



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2020 00277 01
DEMANDANTE: EDGAR ALBANO GOMEZ RODRIGUEZ
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., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA ADMINSTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

LLAMADA EN GARANTÍA: MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones, Porvenir S.A, Colfondos S.A, Skandia S.A contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado en el mes de febrero de 1996, a través de la AFP Porvenir S.A. y las posteriormente efectuada a las Colfondos S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. En consecuencia, se ordene a ésta última, a retornarlo junto con los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y rendimientos, al régimen de prima media administrado por Colpensiones

y; a ésta, a recibirlo. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de las costas y, a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado al ISS desde el 27 de agosto de 1985 hasta el 12 de febrero de 1996, acumulando un total de 363.57 semanas cotizadas en el ISS. Para el mes de febrero de 1996, asesores de la AFP Porvenir le presentaron el nuevo régimen pensional; el asesor le aseguró que si seguía en el ISS podría perder su pensión; no le informó el derecho de retracto; por ello decidió trasladarse de régimen. En noviembre de 1998 se trasladó a la AFP Colfondos, en diciembre de 2006 a la AFP Protección y, en mayo de 2011 a la AFP Skandia. Afirma que los asesores de las AFP lo mantuvieron en error. Tiene un total de 1.469.86 semanas cotizadas a agosto del año 2019. El 24 de enero de 2020, radicó derecho de petición ante las demandadas, solicitando la nulidad; obteniendo sendas respuestas negativas (archivo 01, fls.3 a 24).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación del actor al ISS y las semanas cotizadas; manifestó que los restantes hechos no le constan. 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 y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante se encuentra válidamente afiliado 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 beneficiario 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 (archivo 11 fls.3 a 30).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos acepto el traslado a esta AFP, el derecho de petición presentado 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 afiliado de la AFP no revirtió su decisión, pese a que contaba con la posibilidad (archivo 07 fls.2 a 23).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió el traslado del demandante a esta AFP, el derecho de petición y su respectiva respuesta. Frente a los demás hechos manifestó que 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, traslado de aportes, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen 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 (archivo 08 fls.3 a 23).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió como cierta la afiliación del accionante con esta AFP y el derecho de petición presentado, con su respectiva respuesta. Manifestó que no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, 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., y las declarables de oficio. Sostuvo la vinculación fue el resultado de la voluntad libre y espontánea del afiliado, quien permaneció por más de 20 años en el RAIS; el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época, ajustándose el formulario de afiliación a la ley; además el demandante no hizo uso del derecho de retracto y, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el accionante no es beneficiario del régimen de transición (archivo 26 fls.2 a 20).

Finalmente, Skandia S.A., rechazó el éxito de las pretensiones en su contra. Frente a los hechos aceptó parcialmente las semanas cotizadas y, el derecho de petición con su respectiva respuesta. Manifestó no constarle, no ser ciertos o no aceptar los restantes. Propuso las excepciones que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causal 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 facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de la sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y las demás declarables de oficio. En su defensa alegó que el 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 el actor se encuentra en la prohibición legal de traslado en atención a la edad, sin que sea beneficiario del régimen de transición (archivo 06 fls.3 a 20).

Finalmente, llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional vigentes entre 2011 a 2012 y 2014 a 2018 (fls.70 a 73); 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 (archivo 17 fls.2 a 25).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 5 de junio de 2023 (archivo 36), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación que hizo el señor EDGAR ALBANO GÓMEZ RODRÍGUEZ al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad a través de Administradora De Fondos De Pensiones Y Cesantías Porvenir conformé al formulario suscrito el 12 de febrero de 1996, de acuerdo con las razones expuestas en la parte emotiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor EDGAR ALBANO GÓMEZ RODRÍGUEZ nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad contrario a ello, siempre permaneció en el Régimen De Prima Media con Prestación Definida, conforme a lo señalado en la parte emotiva de esta decisión.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CENSANTÍAS S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido, con motivo de la afiliación del demandante el señor EDGAR ALBANO GÓMEZ RODRÍGUEZ como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C, ello significa que debe trasladar a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía en pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINSTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CENSANTÍAS – PROTECCIÓN, COLFONDOS, PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, lo que haya deducido por concepto de los aportes a pensión por concepto de gastos de administración debidamente indexados, conforme a lo motivado.

QUINTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra de acuerdo a lo esbozado en la parte motiva.

SEXTO: DECLARAR PROBADOS los hechos sustentando de la excepción propuesta por la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., denominada SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CENSANTÍAS S.A 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 frente a MAPFRE, no probadas los demás medios, de acuerdo a lo esbozado en la parte motiva del presente proveído.

SEPTIMO: Sin condena en costas.

OCTAVO: En el evento en que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, no interponga recurso de apelación contra la presente decisión remítase el expediente a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor.

Como sustento de su decisión, manifestó que las AFP incumplieron con la carga de demostrar que al momento de vincularse el demandante al RAIS lo hizo conociendo al detalle las características de cada régimen pensional, lo que permite inferir la ausencia de la libertad informada, por lo tanto, no se puede tener por acreditado el cumplimiento en del deber de información.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Porvenir, Colfondos, Skandia y Colpensiones, recurrieron la sentencia.

Porvenir argumenta que el demandante realizó sus actos de traslado de régimen pensional de manera completamente libre, voluntaria e informada, tan es así que realizó un total de 8 traslados horizontales dentro del RAIS, situación que denota que el demandante tenía un interés particular de estar afiliado a esta AFP, lo que denota estos traslados se realizaron buscando una mejor rentabilidad y, un conocimiento sobre este régimen de capitalización. Aduce que los gastos de administración son sumas que se causaron durante el tiempo en que el accionante estuvo vinculado, cuya diligencia precisa el origen de estos respectivos rendimientos, los cuales fueron trasladados a Skandia y reposan en la cuenta de ahorro individual y; respecto del trasladar de los seguros de vida y sobrevivencia, estos dineros fueron destinados a terceros de buena fe, contratados para cubrir en aquel momento al afiliado.

Colfondos S.A. reprocha lo relativo a devolver los aportes de administración debidamente indexados, por cuanto el demandante de manera libre y voluntaria, en uso de sus facultades legales y en ejercicio de la libertad de selección y afiliación contenidas en el artículo 3 del literal b de la Ley 100 de 1993, resolvió afiliarse al RAIS y someterse a todas las características y exigencias del régimen, sin que mediara coacción ni vicios del consentimiento. Así mismo, la deducción por gastos de administración se realizó como consecuencia de una disposición legal válida, a su vez se administraron los recursos de la cuenta individual del demandante, generando rendimientos superiores a los que hubiera generado en el RPM, por lo que es deber del fallador aplicar también los principios constitucionales de equidad y justicia, pues si se trasladan dichos recursos, se generaría enriquecimiento sin justa causa.

Skandia S.A. solicita se revoque lo dispuesto, dado que las administradoras cumplieron con el deber de administrar la cuenta del demandante y gracias a su óptima inversión, se produjeron rendimientos en su cuenta individual, por lo que es deber del fallador aplicar también principios constitucionales de equidad y justicia. Igualmente, la Corte Suprema de Justicia ha doctrinado que la consecuencia lógica de esta declaración es el regreso automático de las cosas a su estado inicial, por lo que también debe hacerse un estudio de ponderación objetiva en cuanto a la teoría de las restituciones mutuas y la buena fe. Skandia cumplió con su deber legal de contratar a una aseguradora mediante la cual se cubriera dichos riesgos y; frente a la administración de la cuenta de ahorro individual, se le dio debida diligencia generándose dichos rendimientos, por lo que, si se devuelven, se generaría un enriquecimiento sin justa causa, aunado a que dichos dineros no se encuentran en arcas de la AFP. Por último, aduce que si se declara la ineficacia de la afiliación y el piso jurídico era el contrato de afiliación con el demandante, en atención a esos recursos destinados para las primas de invalidez y sobrevivencia, es la aseguradora Mapfre quien tiene que responder por dichos emolumentos.

Finalmente, Colpensiones manifestó que el demandante está incurso en la prohibición legal de trasladarse de régimen en razón la edad. Con la declaratoria de ineficacia del traslado se afecta gravemente el equilibrio

financiero y presupuestal de Colpensiones, pues a futuro tendrá que cargar una prestación en favor de quien no ha construido un fondo de naturaleza pública por más de 25 años.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por 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 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 el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 27 de agosto de 1985 al 29 de febrero de 1996 (archivo 14, fls.21 a 24). Migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A mediante la suscripción de formulario de vinculación el 12 de febrero de 1996 (archivo 07, fl.25 y 28); cambió horizontalmente a la AFP Colfondos S.A., a partir del 28 de octubre de 1998 (archivo 26, fl.21); se trasladó nuevamente a la AFP Porvenir S.A el 29 de octubre de 1999, (archivo 07, fl.29); posteriormente realizó traslado el 12 de octubre de 2006 a la AFP Protección y el 21 de septiembre cambió a ING (archivo 08, fl.36 y 37); luego se trasladó a la AFP Skandia el 23 de marzo de 2011, (archivo 06, fl.35). Retornó a la AFP Colfondos el 27 de enero de 2012 (archivo 26, fl.21) y; a la AFP Porvenir el 18 de abril de 2013 (archivo 07, fl.30). Finalmente, regresó a la AFP Skandia, el 13 de febrero de 2014 (archivo 06, fl.36).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que laboraba en una compañía a la que llegaron representantes de Porvenir y le indicaron que el ISS se iba acabar, que lo mejor era moverse hacia un fondo privado de pensiones; la reunión fue grupal, duró entre 30 a 40 minutos; le explicaron que los dineros se movían al fondo privado, pero no le informaron sobre los rendimientos financieros, rentabilidades e intereses. No se acercó al ISS a verificar la información. Se trasladó por todas las AFP dado que no tenía información respecto de los regímenes y solo le hablaban de rendimientos, mas no de la posibilidad de regresar al RMP; respecto a los rendimientos lo que básicamente le explicaron fue que era para tener más dinero. No le explicaron del capital básico ahorrado para pensionarse, tampoco de la pensión anticipada; se enteró de la diferencia entre los dos regímenes hace aproximadamente 5 años, cuando estaba cerca a pensionarse. Quiere retornar al RPM por los cálculos hechos y el valor de la pensión, lo cual le parece más conveniente. Recibió extractos de Porvenir de manera ocasional, sin embargo, solo revisaba el valor, mas no los entendía por completo. Se trasladó a Protección por una visita en la que le ofrecieron mejores rendimientos, la asesoría también fue grupal, sin embargo, no recibió mayor información. No realizó aportes voluntarios. A Skandia se trasladó por el mismo argumento de los rendimientos y de un ahorro voluntario, que fue la información adicional que le dieron; le llegaron extractos, entendía que el valor era lo ahorrado. Se vinculó de manera libre y voluntaria. Nunca le mencionaron su derecho de retracto, tampoco conocía los requisitos para pensionarse en ninguna AFP y, sigue cotizando a pensiones.

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).

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

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 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, para indicar que la condena impuesta en primera instancia, también deberá ser por los valores utilizados en seguros previsionales. 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., Colfondos 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). 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 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 ineficacia 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 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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 5 de junio de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia recurrida, que 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 así como los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima a que haya lugar; los gastos de administración, comisiones, y los valores utilizados en seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: MODIFICAR en el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, que quedara en el siguiente tenor: **CONDENAR** a las AFP Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas al demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras 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.

CUARTO: 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.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
con aclaración de voto
024 2020 00277 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2021 00309 01
DEMANDANTE: MANUEL ANTONIO VARGAS PEREZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de la AFP Colfondos S.A. y, que siempre estuvo válidamente afiliada al régimen de prima media (RPM). En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual, junto con sus rendimientos, a Colpensiones. Asimismo, se condene a las demandadas a pagar lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cotizó para los riesgos de IVM inicialmente en el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES. Gestores de la AFP Colfondos, promovieron, sin brindarle información suficiente, que se trasladara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS–, a partir de junio del 2000. Mediante derecho de

petición radicado el 21 de abril de 2021, solicitó a la AFP toda la documentación relativa al traslado y las constancias de los cálculos efectuados, las explicaciones brindadas, el documento contentivo del derecho de retracto y la carta que soportara que se le había informado el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 del 2003, para poder regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida; obteniendo como respuesta, que toda la asesoría al momento de la vinculación se hacía de forma verbal y por ende, no había ningún soporte documental. El 11 de mayo de 2021, solicitó a Colpensiones tener por nulo el traslado de régimen pensional y la aceptación de la afiliación al RPM, a lo que la administradora manifestó no ser procedente, sin estudio ni consideración que atiende de fondo los motivos, situación fáctica y/o jurídica en que se basa la misma. Aduce que, de haber continuado afiliado al RPM, conservaría la expectativa de una mesada pensional considerablemente superior a la que puede optar y recibir en el RAIS y; que, si la AFP demandada hubiera brindado una asesoría completa, no hubiera consentido la afiliación (fls.82 a 93, 01Demandaanexos).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió las cotizaciones al ISS, la solicitud de nulidad de traslado y su respuesta; manifestó que los restantes hechos no le constan. 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, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 a quienes acrediten un derecho consolidado en el régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP; que 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; 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 (fls.4 a 26).

La AFP Colfondos se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos admitió la petición elevada por el actor y su respuesta y, manifestó no constarle o no ser ciertos los restantes. 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 la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, 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 (fls.3 a 19).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 22 de junio de 2023 (39Audioaudiencia), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo el señor Manuel Antonio Vargas Pérez, al régimen de ahorro individual a través de Colfondos Pensiones y Cesantías, traslado que se hizo efectivo a partir del 1º de agosto del año 2000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor Manuel Antonio Vargas Pérez nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: ORDENAR a Colfondos Pensiones y Cesantías, a trasladar a la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación el señor Manuel Antonio Vargas Pérez, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses. Ello significa que debe trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el Fondo de Garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades; ordenando a Colfondos que al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos

valores junto con el detalle formalizado de los ciclos, el ingreso hace cotización, aportes y demás información relevante que lo justifique, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, entre otras decisiones, en la sentencia SL 164 del año 2023.

CUARTO: Sin condena en costas.

QUINTO: En el evento de que la administradora colombiana de pensiones Colpensiones no interponga recurso de apelación contra esta decisión, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP probó que al momento en que la demandante suscribió la vinculación, le brindó información suficiente comparada respecto a las características de ambos regímenes pensionales, por lo tanto, no se puede tener por acreditado el cumplimiento en del deber de información.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes, las demandadas apelaron lo resuelto.

La AFP Colfondos S.A. se opone a la devolución de todos los conceptos de manera indexada, porque con los rendimientos generados durante el periodo que administró los recursos pensionales del actor, fueron superiores a los que se hubiera podido generar en el régimen de prima media si el demandante siempre hubiera permanecido en dicho régimen, quedando más que compensado este concepto; además que el mismo no fue solicitado en el proceso, desconociendo el principio de consonancia. En cuanto a las primas de seguros provisionales, aduce que ya se causaron en un tercero y su devolución afectaría la capitalización del fondo de pensiones, desconociendo de esta manera la teoría de las prestaciones mutuas y se impuso, además una condena sobre el deterioro sufrido por el bien administrado, aun cuando no se debatió sobre ello.

Colpensiones manifiesta que no puede desconocerse que el deber de asesoría y buen consejo para los fondos de pensiones ha venido evolucionando con el paso del tiempo; luego para la fecha de traslado de régimen pensional, los fondos no tenían la obligación de efectuar asesorías personalizadas o efectuar simulaciones o proyecciones pensionales, por lo que se verifica que sí se cumplió por parte de ese fondo el cumplimiento del deber de información que se exigía para esa época. debe respetarse el

principio constitucional de la sostenibilidad financiera y dar aplicación a la prohibición legal de traslado que limita esa libertad y, por lo tanto, no podría darse un traslado automático, pues se afectaría esa sostenibilidad presupuestal y financiera.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

El Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen 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 el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de febrero de 1985 al 30 de junio de 2000 (34Historiallaboralcolpensiones), fecha a partir de la cual migró al RAIS a través de la AFP Colfondos, mediante la suscripción de formulario de afiliación del 21 de junio de 2000 (fls.20 y 22, 19ContestacionColfondosSA).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para el tiempo de la vinculación a Colfondos los citaron en la oficina de la bodega en Funza, en el segundo piso, a él y a sus compañeros. La información que les dieron fue, que el Seguro Social se iba a acabar y que debían aprovechar ese momento que había asistido una persona de un fondo de pensiones de los que se habían creado hacía poco para vincularse y que lo que teníamos en el Seguro Social para ese entonces no se perdiera. Firmó un formulario y les quedaron de enviar posteriormente la copia, pero

nunca la recibió. No hizo preguntas porque no conocía mucho y confió mucho en las personas que los dirigían en la empresa y supuso que estaban muy bien asesorados y que lo que estaban haciendo era para su beneficio, entonces no vio mayor inconveniente. Nunca fue al Seguro Social a verificar la información; no ha hecho aportes voluntarios; no radicó solicitud de retractor, no tenía conocimiento de eso y, no ha solicitado pensión. Considera que la firma del formulario *fue algo como inducido*, porque el gerente de la compañía los reunió y lo invitaron para darle a conocer la situación. Recuerda que les hablaron que podían pensionarse después de los 50 años, que podrían negociar la pensión y se podían pensionar antes que en el Seguro Social. conoce los requisitos para pensionarse con el seguro, por los comentarios de los compañeros, pero no los requisitos con el fondo privado. Recibe extractos, pero no los entiende. No sabía que había plazo para cambiarse, se enteró por los compañeros. Cuando se trasladó al fondo privado, trabajaba lejos de la civilización, hasta el 2021; cuando se termina la pandemia fue que averiguó sobre su estado pensional. No recibe actualmente pensión.

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 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 Colfondos S.A. faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

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

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, Colfondos S.A., deberá entregar a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a que haya lugar, los valores utilizados en seguros previsionales, con cargo a sus propias utilidades (CSJ SJ SL2209-2021, CSJ SL2207-2021 y CSJ SL5686-2021), así como los gastos de administración y las comisiones (CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020, CSJ SL373-2021, CSJ SL5686-2021). Por tanto, la sentencia se modificará en este aparte, para indicar que la condena impuesta en primera instancia, también deberá ser por los valores utilizados en seguros previsionales. 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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 22 de junio de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado

del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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.

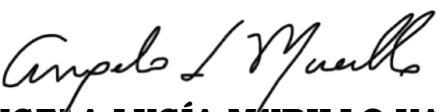
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

con aclaración de voto

024 2021 00309 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2021 00477 01
DEMANDANTE: RITA LILIANA ARAQUE GONZALEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia, o en subsidio la nulidad, de la afiliación y traslado a Porvenir S.A. Por consiguiente, se ordene a la AFP Porvenir S.A, autorizar la devolución de los aportes cotizados, con los rendimientos financieros a Colpensiones y, a ésta a aceptarla como afiliada, y reconocerle y pagarle la pensión de vejez bajo lo previsto en la ley 100 de 1993 en el momento en que cumpla los requisitos legales. Asimismo, se condene a la AFP a pagar la indemnización de perjuicios ocasionados por la nulidad, concernientes a las mesadas pensionales de vejez causadas desde el cumplimiento de los requisitos legales hasta el momento en que Colpensiones comience a pagar las mesadas pensionales; lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 07 de septiembre de 1964; se afilió al ISS en el año 1989; a la fecha de entrada de la ley 100 de 1993 ostentaba la calidad de trabajadora privada y contaba con 29 años, 6 meses y 24 días. En ejercicio de la campaña comercial de los fondos privados, fue contactada por un asesor de Porvenir S.A., a fin de generar el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no obstante, nunca recibió información por parte de la AFP respecto a temas como: Ventajas y desventajas que había entre los dos regímenes, la forma de liquidar la pensión o, modalidades de pensión; respecto a la información brindada, ésta se limitó a que en el fondo privado podría obtener una pensión más ventajosa, rápida, con una mesada pensional alta, sin embargo no recibió comparativos, se limitaron a que el ISS se iba acabar y a liquidar y que ello afectaría su pensión futura.

Al momento del traslado contaba con 420 semanas aportadas al ISS. El 07 de septiembre de 2011, cumplió 47 años, nunca se le comunicó que podría regresar al Régimen de Prima media antes de esa edad. Solicitó a Porvenir una proyección pensional, recibiendo respuesta que su mesada pensional sería entre \$1'122.700 y \$1'432.400. A su vez, Colpensiones tampoco suministró asesoría, por lo cual no recibió información necesaria, completa, clara, coherente, cierta y suficiente. Solicitó a las demandadas la ineficacia y subsidiariamente la nulidad del traslado, así como la proyección de vejez, copia del formulario de afiliación, copia del reporte de cotización e historia laboral (Archivo 03, fls. 03 a 36).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la fecha de afiliación al ISS y, la falta de asesoría por parte de Colpensiones. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva respecto a la solicitud de reconocimiento pensional, inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en caso 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 innominadas o genéricas. Argumentó que todas las actuaciones de Colpensiones están encaminadas al cumplimiento del principio Constitucional de sostenibilidad financiera, a su vez que 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 (archivo 09 fls. 05 a 31).

Por su parte, 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 buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, y la innominada o genérica. En su defensa expuso que el traslado de régimen fue por medio de la voluntad libre y consciente de la afiliada, se garantizó el derecho de retracto y, si se declarara la ineficacia se estaría desconociendo el principio de autonomía de la voluntad privada; a su vez el actuar de la AFP ha sido de buena fe, y que el afiliado no tenía ningún derecho pensional consolidado (archivo 06 fls. 02 a 31).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 15 de junio de 2023 (archivo 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de la señora **RITA LILIANA ARAQUE GONZÁLEZ** al RAIS A través del Administrador de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir SA., Conforme al formulario de afiliación suscrito 14 de diciembre de 2001, de conformidad con las razones expuestas. En la parte emotiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales que la señora **RITA LILIANA ARAQUE GONZÁLEZ** nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media Con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR al **ADMINISTRADOR DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, trasladar a **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora **RITA LILIANA ARAQUE GONZÁLEZ** como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone

el artículo 1746 del C.C., esto es esto es, con los rendimientos que se hubieren encausado, es decir, lo que tenga el demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme a la parte emotiva de la sentencia

CUARTO: ABSOLVER a las demandas de las demás pretensiones formuladas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: Sin condena en costas

SEPTIMO: En el evento en que la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**, no interponga recursos de apelación contra la presente decisión remítase el expediente a la sala de Decisión Laboral Del Tribunal Superior De Distrito Judicial De Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES.

Como sustento de su decisión, manifestó que Porvenir incumplió con la carga de demostrar que al momento de vincularse la demandante al RAIS lo hizo conociendo al detalle las características de cada régimen pensional, lo que permite inferir la ausencia de la libertad informada, por lo tanto, no se puede tener por acreditado el cumplimiento en del deber de información.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Porvenir, recurrieron la sentencia.

Colpensiones reprocha la decisión en cuanto a que el formulario de afiliación no fue desconocido ni tachado de falso y fue conforme a lo legalmente exigido para la época; a su vez que las respuestas brindadas por la demandante, dan a entender que tenía conocimiento de las diferencias entre los dos regímenes y, en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera y de no afectar el pasivo presupuestal que tiene Colpensiones, se absuelva de ello. Afirma que no basta con que el fondo privado devuelva o traslade todos los recursos, teniendo en cuenta que a futuro la tendrían que sostener y asumir una carga prestacional que afectaría la sostenibilidad financiera.

La AFP Porvenir S.A. arguye que no existe razón alguna para que se condene a la devolución de los gastos de administración, primas de seguros provisionales y demás sumas indexadas, teniendo en cuenta que

estos montos corresponden a una obligación de tracto sucesivo, por lo que las sumas no entran en los dineros con los cuales se financia la prestación personal de la demandante, los traslados de dichos dineros generaría un enriquecimiento sin causa para Colpensiones; a su vez que las sumas ya se encuentran actualizadas monetariamente y la declaración de indexación estaría generando una doble condena ya que superarían a creces cualquier devaluación económica. Afirma que debe declararse la prescripción.

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 17 de enero de 1989 (expediente digital, archivo 09, fls. 127 a 146) y; migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 14 de diciembre de 2001 (expediente digital, archivo 06, fl. 78).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que para el año 2001 asistió un funcionario de Porvenir a la oficina, y les dijo que deberían trasladarse al fondo de pensiones privado, dado que el ISS se iba acabar y no había seguridad respecto a lo que iba a pasar con su pensión; para ese momento no estaba cerca de la edad para obtener la pensión; el asesor le manifestó que mantenía las mismas condiciones que inicialmente

había establecido en el ISS, una pensión de acuerdo a un promedio de salario y que obtendría beneficios adicionales como lo era que la pensión iba a ser heredable a algunos familiares, además de poderse pensionar en el momento que quisiera. Afirma que firmó el formulario de afiliación, pero no es cierto que el asesor le haya hecho una proyección pensional; ha realizado aportes al fondo privado y aportes voluntarios; ha recibido extractos a su correo electrónico; sin embargo, no conoció la posibilidad de retractarse de la vinculación a Porvenir, lo supo hasta el año 2020 después de la pandemia, dado que comenzó a investigar respecto a su mesada pensional, sin embargo, no se acercó en su momento a ninguna oficina del Seguro Social. Respecto a la asesoría en su lugar de trabajo, no tomó más de 20 minutos y fue enfocada a los puntos que recibían a nivel de noticias; no se le mencionó sobre rendimientos o la proyección del ahorro pensional, el asesor informo que los apostes iban a ir a una cuenta de ahorro individual. Nunca presentó reclamo o queja respecto a su pensión, salvo en el año 2022. Afirma que está buscando obtener una vida digna al acercarse a la edad de retiro de su trabajo, y lograr obtener una pensión que le permita cubrir los gastos de enfermedad y tranquilidad en su vejez, no se encuentra pensionada.

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.

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

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). En consecuencia, la sentencia será modificada 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 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.

Pensión de vejez

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

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, contempla como requisitos para acceder a la pensión de vejez en lo que interesa al proceso, que la afiliada mujer haya alcanzado los 57 años y acredite cotizaciones por un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. Precisa la norma que a partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementaría en 50 y a partir del 1 de enero de 2006 ascenderá en 25 cada año hasta llegar a 1300 semanas en el año 2015.

En esa perspectiva, una vez realizadas las validaciones correspondientes, se determina que la accionante alcanzó los 57 años de edad el 7 de septiembre de 2021 (fl.43 archivo 01) y que a lo largo de su vida laboral acredita más de 1.188 semanas cotizadas (archivo 6 fl.83), por lo que no tiene derecho a acceder a la pensión de vejez en los términos previstos en la ley de seguridad social.

No obstante, sólo hasta que Colpensiones reciba a satisfacción el traslado del saldo en cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales a que haya lugar, así como los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales, estará obligada a estudiar la prestación de vejez, pues no cuenta en la actualidad con los recursos para financiar la pensión y, en todo caso, no es posible determinar el monto de la prestación, ni tampoco la fecha de disfrute, máxime cuando no tiene el total mínimo de semanas cotizadas.

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 Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de junio de 2023, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

TERCERO: 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 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

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

024 2021 00477 01

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 026 2020 00345 01
DEMANDANTE: YENNI LORENA INFANTE GARCÍA
DEMANDADO: CORPORACIÓN DE LA INDUSTRIA AERONÁUTICA COLOMBIANA S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Procede la Sala a revisar la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de febrero de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato realidad entre las partes, vigente de julio de 2015 a enero de 2018, terminado por la demandada, de forma unilateral e injustificada. En consecuencia, se ordene a la CIAC S.A., a pagar las cesantías, vacaciones, primas de vacaciones, bonificaciones por recreación, primas de navidad, primas de servicios, bonificaciones de servicios, intereses a las cesantías, causados durante la vigencia del contrato; la devolución de aportes pagados al Sistema de Seguridad Social en salud, pensiones y riesgos profesionales, ajustado, indexado y actualizado; a realizar el reajuste a los aportes al sistema de seguridad social integral teniendo en cuenta el verdadero salario base de \$15.729.336; se condene a la indemnización por terminación del contrato sin justa causa; al pago de \$93.333 diarios, por cada día de mora en el reconocimiento de las prestaciones sociales y, el mismo valor por cada día de mora en el reconocimiento de las cesantías. Asimismo, se condena a lo ultra y extra *petita* y; las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que la Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A. – CIAC S.A., es una sociedad de economía mixta, regida bajo el régimen de empresa industrial y comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Defensa, cuyo objeto social es la reparación, mantenimiento y fabricación de aeronaves, entre otras. Aduce que trabajó ininterrumpidamente, para la demandada, mediante contratos de prestación de servicios, de forma anual y sin solución de continuidad, como asesora jurídica, dando soporte a los requerimientos de área de talento humano y de subgerencia en la contestación de PQRS y como secretaria de la junta directiva, desde el mes de julio del año 2015 hasta el 31 de enero de 2018, fecha en la que se vio obligada a renunciar, por motivos imputables a la demandada. Que durante el tiempo que laboró para la CIAC S.A., fue sometida al cumplimiento y acatamiento de las normas, reglamentos, horarios y órdenes, para la realización de sus labores, en igual forma y condiciones que otros servidores públicos de la planta de personal, bajo la supervisión y subordinación de los directivos de la empresa.

Manifiesta que, aunque cada contrato iniciaba a mediados o finales de enero y finalizaban el 31 de diciembre de cada año, lo cierto es que prestó sus servicios de forma continua e ininterrumpida. Que la accionada siempre le exigió el cumplimiento de horarios, en las mismas condiciones que a los trabajadores oficiales y; que las herramientas y los equipos con los que realizaba la prestación personal del servicio eran de propiedad de corporación. Presentó reclamación administrativa, con el fin de obtener el pago de sus derechos laborales, pero le fue negada (*fls.6 a 35, Archivo 001. DEMANDA Y ANEXOS*).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio, se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra. Respecto de los hechos, aceptó la naturaleza jurídica y objeto social de la corporación, la vinculación de la demandante mediante contratos de prestación de servicios, que las herramientas y equipos con los que realizaba la prestación del servicio eran propiedad de la CIAC S.A., la reclamación administrativa y, la respuesta negativa. Manifestó no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la relación laboral y

cobro de lo no debido, prescripción, buena fe de la demandada y, las demás declarables oficiosamente.

En su defensa argumentó que, la señora Yenni Lorena Infante, no trabajó para la CIAC S.A., sino que, estuvo vinculada mediante contratos de prestación de servicios, de naturaleza civil, ejecutando obligaciones de tipo profesional, en actividades relacionadas con la gestión administrativa de la Entidad, que en esencia no implican de manera alguna el ejercicio de funciones públicas administrativas. Que cada contrato contaba con un término de ejecución expreso y, en la ejecución de las actividades y principalmente en aras de la seguridad de la información de la Entidad, se asignó para su uso un computador que contaba con los sistemas de protección de redes de la CIAC S.A., sin que con esto se limitara la autonomía de sus servicios profesionales, por lo tanto, no siendo este un elemento concluyente de lo que la parte demandante pretende demostrar (011. CONTESTACION DEMANDA CIAC 26.04.2021).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de febrero de 2022 (022. GRABACIÓN AUDIENCIA ART 80), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora Yenni Lorena Infante García y la Corporación de la Industria Aeronáutica de Colombia - CIAC S.A., existió una relación laboral, bajo la modalidad de contrato de trabajo, desde el 21 de julio de 2015 hasta el treinta de enero de 2018, en la calidad de trabajadora oficial, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al 10 de junio de 2017.

TERCERO: CONDENAR a la Corporación de la Industria Aeronáutica De Colombia - CIAC S.A. a pagar a la demandante las siguientes sumas de dinero:

- \$5.984.222 por cesantías
- \$2.700.000 por vacaciones
- \$2.700.000 por prima de vacaciones
- \$2.727.500 por prima de navidad
- \$2.727.500 por prima de servicio
- \$931.000 por bonificación por servicios prestados.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Corporación de la Industria Aeronáutica de Colombia - CIAC S.A. a pagar como aportes al sistema de seguridad social en pensiones, lo correspondiente al porcentaje que debe pagar el empleador, respecto a la relación laboral surtida entre las partes, esto es desde el 21 de julio de 2015 hasta el 30 de enero de 2018, al fondo de pensiones al cual se encuentre afiliada la

demandante, tomando para tal efecto, los salarios señalados en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la entidad demandada, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

Como sustento de su decisión, concluyó que, la parte demandada no logró demostrar que las labores realizadas por la demandante se hubieran realizado en forma autónoma e independiente, con lo cual se encuentra demostrada la existencia de una verdadera relación laboral, teniendo en cuenta que se logró acreditar la prestación personal del servicio, conforme a las pruebas testimoniales y documentales que acreditan que efectivamente prestó sus servicios de conformidad con los contratos suscritos, pero bajo una relación laboral. Además, la demandada, que tenía la carga de la prueba, no logró desvirtuar la subordinación que legalmente se presume, como lo establece el artículo 1º de la Ley 6ª de 1945 y el artículo 20 del Decreto 2127 de 1947.

De otra parte, dado que la reclamación administrativa se presentó en junio de 2020, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, lo que no opera respecto a las cesantías, pues como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia, estas se causan a la finalización del vínculo contractual. En cuanto al despido injusto, la demandante no acredita las razones que llevaron al despido indirecto que aduce, lo cual era la carga de prueba de su incumbencia. Finalmente, en lo referente a las indemnizaciones moratorias, en cuanto al artículo 99 de la ley 50 de 1990 considera el despacho que no procede respecto de los trabajadores oficiales y, en cuanto a la indemnización establecida en el artículo primero del decreto 797 de 1949, dado que se suscribieron varios contratos atípicos de prestación de servicios personales y bajo esta convicción se desarrolló el vínculo, consideró que la demanda no actuó de mala fe.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las partes interpusieron sendos recursos de apelación.

El demandante, en resumen, reprochó la prescripción de las prestaciones sociales, y la decisión sobre las sanciones por no pago de las

cesantías y moratoria del Decreto 797 de 1949. Así las cosas, frente al término de prescripción, considera que hay una aplicación indebida de la norma, comoquiera que en el Decreto 2701 de 1988 artículo 77, se determina que el término para presentar la reclamación administrativa es de cuatro años, por lo que el término de 3 años para contar la prescripción, se debe contar a partir del agotamiento de la vía gubernativa de conformidad como lo señala el artículo 151 del CPTSS, considerando que la prescripción es cuatrienal. Frente a la sanción por no pago de las cesantías, respecto a los trabajadores oficiales la norma aplicable es la 1071 del 2006, por la cual se modifica y adiciona la Ley 244 de 1995, que establece que la entidad pagadora tendrá un término de 45 días hábiles a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordene la liquidación de las cesantías definitivas parciales del servidor público. Por último, frente a la sanción moratoria por no pago de prestaciones sociales regulado por el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, la Sala de Casación Laboral a determinado que el hecho de celebrar un contrato de prestación de servicios no es óbice y justificación para no pagar las prestaciones sociales, que el hecho que se determinó que esos contratos solo fueron una fachada para encubrir una relación laboral, hace presumir la existencia de la mala fe del empleador y; en este caso, se demostró ese encubrimiento, conducta que demuestra la mala fe del empleador y da lugar a una sanción de conformidad con la norma citada.

Por su parte, la demandada, adujo que se están desconociendo los 3 elementos que comprenden la existencia de la relación laboral según lo determinado en el Decreto 2127 de 1945, por cuanto lo que se refiere a la prestación personal del servicio, no se tuvo en cuenta la cláusula de cesión del contrato, en cuanto a que es *intuitu personae*, por ser una entidad estatal y, que en consecuencia, no pueden cederse sin previa autorización, sin que ello signifique que se viole esa autonomía del contratista.

IV. CONSIDERACIONES

Sería del caso entra a resolver el recurso interpuesto en contra de la decisión de primer grado, de no ser porque se advierte que, el

conocimiento del presente asunto no corresponde a la Jurisdicción Ordinaria, sino a la de lo Contencioso Administrativo.

En efecto, en reciente providencia proferida por la Corte Constitucional, con la referencia Auto 492 de 2021, expediente CJU-317, la citada Corporación en ejercicio de las atribuciones previstas en el numeral 11 del artículo 241 de la Constitución Nacional, al resolver un conflicto negativo de competencia entre la jurisdicción laboral y la contenciosa administrativa, sentó como regla de decisión que *“la jurisdicción contencioso administrativa es la competente para conocer y decidir de fondo un proceso promovido para determinar la existencia de una relación laboral, presuntamente encubierta a través de la sucesiva suscripción de contratos de prestación de servicios con el Estado”*. Para tal fin, refirió como argumentos los que se sintetizan a continuación:

1. Que las personas naturales se vinculan con el Estado para prestar sus servicios u oficios, a través de tres tipos de relaciones, a saber: *i)* como empleados públicos en virtud de una relación legal y reglamentaria; *ii)* como trabajadores oficiales por medio de un contrato laboral; y *iii)* como contratistas mediante contrato estatal de prestación de servicios. Las dos primeras modalidades suponen la existencia de un vínculo de carácter laboral, mientras que la última no, dado su carácter *“contractual estatal”*. La vinculación de los empleados públicos está precedida del nombramiento y la posesión (art. 122 C.P.). Los trabajadores oficiales, en cambio, celebran contrato de trabajo en el que se delimitan los servicios que se encontrarán a su cargo.

2. Que, a diferencia de estas modalidades de vinculación con el Estado, el artículo 32 numeral 3º de la Ley 80 de 1993 habilita a las entidades del sector público a celebrar contratos con personas naturales *“para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad [...] solo [...] cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados [...] y por el término estrictamente indispensable”*.

Que, el Consejo de Estado ha destacado que los elementos propios de una relación contractual no laboral entre un particular y el Estado

consisten en que: *i)* se acuerde la prestación de servicios relacionados con la administración o funcionamiento de la entidad pública; *ii)* no se pacte subordinación, porque el contratista es autónomo en el cumplimiento de la labor contratada; *iii)* se acuerde un valor por honorarios prestados; *iv)* la labor contratada no pueda realizarse con personal de planta o se requieran conocimientos especializados; y *v)* se ejecute durante un tiempo determinado .

3. Se indicó que según el artículo 12 de la Ley 270 de 1996, la jurisdicción ordinaria conocerá de todos los asuntos que no estén asignados a cualquier otra. Por su parte, el artículo 2.5 del Código Procesal del Trabajo señala que la jurisdicción ordinaria, en su especialidad laboral, estudiará los casos relacionados con *“[l]a ejecución de obligaciones emanadas de la relación de trabajo y del sistema de seguridad social integral que no correspondan a otra autoridad”*. Se trata, entonces, de una cláusula general o residual de competencia que opera cuando no hay una norma especial que atribuya el conocimiento de un proceso a otra jurisdicción.

4. Seguidamente, que el artículo 104 de la Ley 1437 de 2011 establece que corresponde a la jurisdicción de lo contencioso administrativo conocer, entre otros, de los asuntos laborales *“relativos a la relación legal y reglamentaria entre los servidores públicos y el Estado”*. Paralelamente, el artículo 105 del mismo estatuto excluye de la competencia de esta jurisdicción los *“conflictos de carácter laboral surgidos entre las entidades públicas y sus trabajadores oficiales”*.

5. Asimismo, se advirtió: *“el artículo 104 del CPACA establece que “[l]a Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo está instituida para conocer, además de lo dispuesto en la Constitución Política y en leyes especiales, de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones, sujetos al derecho administrativo, en los que estén involucradas las entidades públicas, o los particulares cuando ejerzan función administrativa”*. En particular, sobre la definición de la autoridad judicial que debe conocer los conflictos relacionados con contratos estatales, el artículo 104.2 del CPACA establece que la jurisdicción

contencioso administrativa conocerá los procesos *“relativos a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*. El parágrafo precisa que, para efectos de esa normativa, se entiende por entidad pública todo órgano, organismo o entidad estatal, con independencia de su denominación, entre otras.

6. Concluyó que es claro que corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los procesos laborales en los que son parte trabajadores oficiales y a la jurisdicción contencioso administrativa aquellos relacionados con la vinculación legal y reglamentaria de los empleados públicos. Y también lo es que la jurisdicción contenciosa es la que conoce de las controversias y litigios originados en actos, contratos, hechos, omisiones y operaciones que: *i)* estén sujetos al derecho administrativo y *ii)* en los que se encuentren involucradas las entidades públicas.

7. *“En los casos en los que se discute el reconocimiento de un vínculo laboral con el Estado no es posible aplicar la misma regla que se utiliza para definir la autoridad judicial que conoce de las controversias suscitadas entre los trabajadores oficiales o empleados públicos y el Estado. Lo anterior conlleva la necesidad de que la Sala Plena se aparte del precedente que, en su oportunidad, desarrolló la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura. Es claro que corresponde a la jurisdicción ordinaria el conocimiento de los procesos laborales en los que son parte trabajadores oficiales y a la jurisdicción contencioso administrativa aquellos relacionados con la vinculación legal y reglamentaria de los empleados públicos. En efecto, cuando existe certeza de la existencia de un vínculo laboral y no se discute que había una relación de subordinación entre la entidad pública y el trabajador o empleado, resulta válido definir la jurisdicción competente para conocer de estos asuntos con base en las funciones que dice haber ejercido el empleado o trabajador (criterio funcional) y la entidad a la cual se encontraba vinculado (criterio orgánico), para establecer si se trata de un trabajador oficial, que puede ejercitar la acción laboral ante la jurisdicción ordinaria del trabajo, o de un empleado público, caso en el cual la jurisdicción de lo contencioso administrativo es la que debe definir el asunto.*

Sin embargo, esta regla no puede ser aplicada cuando el objeto de la controversia es, precisamente, el reconocimiento del vínculo laboral y el pago de las acreencias derivadas de la aparente celebración indebida de contratos de prestación de servicios con el Estado pues, en estos casos, se trata de evaluar i) la actuación desplegada por entidades públicas en la suscripción de ii) contratos de naturaleza distinta a una vinculación laboral. Adicionalmente, la única autoridad judicial competente para validar si la labor contratada corresponde a una función que “no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados” es el juez contencioso”.

Dicha postura, ha sido reiterada por la Corte Constitucional en las providencias A479 de 2021; A617 de 2021; A618 de 2021; A676 de 2021; A680 de 2021; A684 de 2021; A705 de 2021; A738 de 2021; A901 de 2021; A931 de 2021; A1076 de 2021; A1094 de 2021; A1116 de 2021; A131 de 2022; A198 de 2022; A304 de 2022; A439 de 2022; A500 de 2022; A623 de 2022; A705 de 2022; A738 de 2022; A760 de 2022; A785 de 2022; A790 de 2022; A791 de 2022; A829 de 2022; A1090 de 2022, entre otras.

Así las cosas, en el caso bajo estudio, se verifica que la parte demandante pretende la declaratoria de existencia de un contrato realidad en razón a los contratos de prestación de servicios suscritos, con la demandada Corporación de la Industria Aeronáutica Colombiana S.A., sociedad de Economía Mixta bajo el régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Defensa Nacional. Esto es, se trata de una controversia entre un particular y una entidad pública, por lo que corresponde a las controversias *“relativas a los contratos, cualquiera que sea su régimen, en los que sea parte una entidad pública o un particular en ejercicio de funciones propias del Estado”*, de modo que de conformidad con el numeral 2 del artículo 104 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, el presente asunto debe ser resuelto por la jurisdicción contencioso administrativa.

En consecuencia, es claro que la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral no es el competente para conocer de este asunto,

dado que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se configuran los requisitos de falta de competencia y jurisdicción, esto es, *i)* se discute la validez del acto administrativo mediante el cual la Administración da respuesta a la reclamación del contratista y la legalidad de la modalidad contractual; *ii)* el fundamento de las pretensiones se estructura en un contrato de prestación de servicios estatal; *iii)* el juez contencioso administrativo es el competente para validar si la labor contratada corresponde a una función que *“no puede realizarse con personal de planta o requiere conocimientos especializados”*, en los términos del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; y *iv)* el objeto mismo del proceso consiste en establecer si se configuró un vínculo laboral a través de contratos de prestación de servicios, lo que implica un juicio sobre la actuación de la entidad pública.

En ese horizonte, aplicando las directrices emanadas de la Corte Constitucional, como órgano de cierre constitucional y en aras de garantizar el derecho al debido proceso, se declarará la falta de jurisdicción y, en consecuencia, en los términos del artículo 16 y 138 del C.G.P., lo actuado hasta antes de la sentencia de primera instancia conservará su validez y, ésta se invalidará. En el mismo sentido, se ordenará la remisión inmediata del proceso a los Juzgados Administrativos del Circuito de Bogotá, para su conocimiento, de conformidad con el numeral 2 del artículo 155 del CPACA.

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: DECLARAR LA FALTA DE JURISDICCIÓN para conocer del presente asunto, advirtiendo que todo lo actuado en este proceso hasta antes de la decisión de primera instancia conservará su validez, pero la sentencia proferida el 3 de febrero de 2022 por el Juzgado Veintiséis

Laboral del Circuito de Bogotá, se declara inválida; de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR la remisión inmediata del expediente a reparto de los Jueces Administrativos del Circuito de Bogotá, para lo de su competencia. Por secretaría de la Sala, procédase de conformidad.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

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 028 2015 00856 01.
DEMANDANTE: PRISCILA TORRES CHAVES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
TERCERO AD
EXCLUDENDUM: LUIS GERARDO LÓPEZ OSPINA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de abril de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocerle pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su hijo Alexander López Torres (q.e.p.d.), junto con las mesadas pensionales, los intereses moratorios, la indexación, los perjuicios y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró Alexander López Torres (q.e.p.d.) en vida trabajó para diferentes empresas, siendo la última el Banco de Occidente, del 1º de febrero de 2012 al 27 de diciembre de 2013, mediante contrato a término indefinido, culminado por la muerte del joven, el 28 de diciembre de 2013. Aduce que el causante era parte vital del hogar materno, compuesto por él, su señora madre Priscila Torres Chaves y, su hermano menor Andrés López Torres, ya que de su salario dependía la manutención de más del 50% de los gastos del hogar, pues la

demandante solo gana un salario mínimo mensual y los gastos del hogar superan ampliamente dicho ingreso; además, el *decurjus* ayudaba con los estudios de su hermano menor, debió abandonar sus estudios superiores e ingresar al mundo laboral para ayudar a sostener la casa.

Manifiesta que inició los trámites para que se realizaran los reconocimientos y devoluciones a que hubiere lugar por los aportes de seguridad social de su hijo. Realizó reclamación en la entidad demandada, pero le fue negada mediante comunicación del 22 de agosto 2014, sin argumentos y, sin indicar el trámite a seguir para obtener la devolución de aportes. Elevó reclamación mediante apoderado, obteniendo nuevamente respuesta negativa, pero esta vez indicando el trámite de devolución de saldos; no obstante, lo que se pretende es la pensión de sobrevivientes (*Archivo 003Demanda (4)*).

Al contestar Porvenir S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió las reclamaciones de la pensión y, manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Propuso la excepción previa de falta de integración del *litis* consorcio necesario y, las de mérito de falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y las demás declarables oficiosamente. En defensa de sus intereses argumentó que la demandante no acredita el requisito de dependencia económica previsto en la norma aplicable, en consecuencia, no es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes reclamada (*013ContestacionDeDemanda (2)*).

Por auto del 26 de septiembre de 2016, se dispuso vincular a la litis a Luis Gerardo López Ospina en calidad de interviniente ad-excludendum¹. Al no poder ser notificado personalmente, se dispuso su comparecencia al proceso a través de curador ad litem, quien se pronunció solicitando se declare que en su condición de padre sobreviviente del causante es beneficiario de la pensión de sobreviviente de su hijo fallecido, en cumplimiento de los requisitos establecidos por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003; en consecuencia, se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar la pensión de sobreviviente a partir del día de la configuración del derecho

¹ 015AutoQueAclaraCorrigeYAdiciona

pensional, los intereses moratorios, la debida indexación, lo extra y ultra *petita*, y las costas y agencias en derecho.

Fundamento lo anterior en que, Alexander López Torres (q.e.p.d), se encontraba laborando para el Banco de Occidente, con contrato a término indefinido, en el cargo de cajero por el periodo comprendido entre el 01 de febrero de 2012 y el 27 de diciembre de 2013, y vinculado a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. desde el 1 de octubre de 2007. Que de acuerdo a la demanda inicial y prueba documental obrante en el expediente, el estado civil del causante, era soltero, sin unión marital de hecho y al parecer sin hijos. Le sobrevivieron sus padres, Priscila Torres Chaves y Luis Gerardo López Ospina, quienes presentaron de manera separada reclamación por sobrevivencia, negada por parte de la accionada el 22 de agosto de 2014, en atención a que los reclamantes no dependían económicamente del afiliado (*039ContestacionDeDemanda*).

Al dar contestación a la demanda del interviniente ad excludendum, Porvenir se opuso a la totalidad de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la reclamación de la pensión de sobrevivencia presentada por cada uno de los padres del occiso, las respuestas negativas por no acreditar la dependencia y el trámite de demanda principal y, manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de mérito de falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y las demás declarables oficiosamente. Para enervar las pretensiones indicó que Luis Gerardo López Ospina no acredita el requisito legal de la dependencia económica a que se refiere el literal d) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, por ende, tampoco tiene la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de su hijo Alexander López Torres (q.e.p.d.) (*041ContestacionDeDemanda*).

La señora Priscila Torres Chaves, demandante principal, guardó silencio respecto de la demanda del Tercero Ad Excludendum, por lo que, mediante auto del 25 de febrero de 2021, se dispuso tenerla por no contestada, por esta parte (*042AutoQueTienePorContestadaLaDemanda*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de abril de 2022, resolvió absolver a Porvenir S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante y por tercero ad excludendum.²

Como sustento de su decisión, señaló que ni la accionante ni el tercero ad excludendum, lograron demostrar la dependencia económica respecto de su hijo, que amerita el reconocimiento de la prestación reclamada.

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 la Sala determinar si los señores Priscila Torres Chaves y/o Luis Gerardo López Ospina, tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su hijo Alexander López Torres (q.e.p.d.).

Para resolver el problema jurídico debe precisarse que se encuentra al margen de la discusión en esta instancia que **i)** el señor Alexander López Torres (q.e.p.d.) falleció el 28 de diciembre de 2013, según se lee en el registro civil de defunción; **ii)** se encontraba afiliado al fondo de pensiones y cesantías Porvenir S.A. y dejó cotizadas más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso.

² 46AudioSentencia //11001310502820150085600s20220300079 04_28_2022 09_35 PM UTC

Igualmente se pudo verificar que la demandante y el señor Luis Gerardo López Ospina, en su calidad de madre y padre supérstites, elevaron ante la demandada sendas solicitudes de sustitución pensional, los días 21 de febrero y 17 de junio de 2014, de respectivamente, (fls.3 a 4 y 18, 014ContestacionDeDemanda), pero les fue negada mediante comunicaciones 0200001111347800 y 0200001111347700 del 22 de agosto de 2014, bajo el argumento de no acreditar la dependencia económica (fl. 29 y 30, 014ContestacionDeDemanda).

i) *Pensión de sobrevivientes*

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

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

En el presente caso, quedó visto que Alexander López Torres (q.e.p.d.) falleció el 28 de diciembre de 2013³, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con lo previsto en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, la cual en su artículo 73, dispone para el régimen de ahorro individual que:

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

Es decir, que tendrán derecho a la referida prestación económica, los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres

³ fl.7, 014ContestacionDeDemanda

últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Entendiéndose como beneficiarios, conforme el artículo 13, literal D, de la Ley 797 de 2003, a falta de cónyuge o compañera permanente, e hijos con derecho, **“los padres del causante si dependían económicamente”** del afiliado.

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

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

En el presente asunto, para demostrar la calidad de beneficiaria, la actora allegó registro civil de nacimiento que da cuenta que Alexander López Torres (q.e.p.d.) es hijo de Priscila Torres Chaves y Luis Gerardo López Ospina (fl.2); declaración juramentada ante la notaría 55 del Círculo de Bogotá, en la que manifiesta que el *de cujus* era su soporte económico, ya que le colaboraba con el 50% de los gastos del hogar y, que su sueldo no supera el salario mínimo y no le alcanza para cubrir los gastos (fl.5); declaración extra proceso suscrita por Jonathan Fernando Hernández Garay, en la que manifestó que conoció al causante por 15 años aproximadamente, por lo que sabe que era el soporte económico de su familia, madre y hermano menor, pues asumía más del 50% de los gastos de la casa, hipoteca, alimentación, servicios públicos entre otros y, que la

señora Priscila Torres Chaves, en calidad de madre, aunque trabaja, solo devenga un salario mínimo y los gastos del hogar superan el doble, por lo cual el resto era asumido por el *de cujus* (fl.6)⁴.

Aportó igualmente, certificación expedida por Eléctricos Torres G, del 6 de enero de 2015, en donde se indica que la señora labora para esa empresa en el cargo de Vendedora de mostrador con un salario básico mensual de \$616.000 más subsidio de transporte de \$72.000, para un total de \$688.000, con un contrato a término indefinido.

A solicitud de la parte demandante fueron escuchados los testimonios de Jonathan Fernando Hernández Garay y Milton Hernández Garay. El primero manifestó conocer a la demandante porque es la madre de Alexander (q.e.p.d.), quien fue su amigo aproximadamente desde el 2002-2004, hasta el día de su fallecimiento, el 28 de diciembre de 2013. Se conocieron en época de escolaridad y se hicieron amigos, siempre estuvieron en contacto, e incluso el día de su fallecimiento estaban juntos. Que para esa época Alexander trabajaba y vivía con la señora Priscila y su hermano, era como el pilar del hogar, era muy responsable con el tema de poderlos apoyar a ellos; trabajaba en el Banco de Occidente; tiene entendido que ese aporte económico era para el estudio del hermano y parte de los gastos necesarios del sustento diario, como comida y servicios. Tiene entendido que la señora Priscila tenía algún ingreso, pero no suficiente, cree que era el mínimo o menos; lo que sí sabe es que el causante era el que aportaba más y el que estaba pendiente de los gastos que tenían.

Tiene entendido que con ocasión del deceso de Alexander, a la señora Priscila le ha tocado trabajar duro, igual que al hermano, que llegó a dejar el estudio, porque Alexander era el que lo apoyaba y en vista de que ha tenido que salir a trabajar, porque les ha tocado duro por el tema económico. Tiene entendido que el inmueble en el cual vivían era en arriendo. Manifiesta que cualquier recurso económico que consiguiera el causante, manifestaba que era para ayudar a la mamá, y a su hermano y

⁴ 005Demanda (2)

todos los recursos eran para su casa. Doña Priscila siempre fue una persona era incondicional para él, siempre estaba pendiente de él.

El testigo Milton Cesar Hernández Garay, indicó conocer a la demandante porque es la madre de su amigo Alex, a quien conoció como desde el 2003 o 2004 más o menos, porque él estudiaba con su hermano, con quien siempre tuvieron buena relación, iba siempre a la casa. Recuerda que la fecha del deceso de Alex fue el 28 de diciembre de 2013; él estaba en casa de los deponentes, cuando tuvo “*el paro*”, lo llevaron al hospital del Tunal. Para esa época el *de cujus* vivía en la Aurora, con la madre y con el hermano; para ese momento trabajaba en un banco, creo que en el banco de occidente y sabe que tuvo varios trabajos. Sabe que Alex era el que respondía en la casa por todos los gastos, ya que la madre no trabajaba en ese momento y el hermano, cree que era menor de edad en ese momento y estudiaba. Después del fallecimiento, sabe que a la señora Priscila le tocó salir a rebuscarse, al hermano también, dejar los estudios, porque él era el que tenía el sustento en esa casa. Hasta donde sabe, ellos vivían en arriendo. Cree que, para la época del acaecimiento, la demandante no trabajaba, o lo hacía muy ocasional, pero un trabajo estable cree que no lo tenía.

En cuanto al padre del *de cujus*, ambos declarantes fueron coincidentes en afirmar que no tenían relación y, nunca supieron que le diera ayuda, emocional o económica.

De otra parte, Porvenir S.A. allega con la contestación, documento de informe de investigación para pago de prestaciones económicas, de fecha 28 de marzo de 2014, llevado a cabo entre el 10 y el 26 del mismo mes y año, en el que se indica como resultado final de la investigación, que el señor Alexander López Torres (q.e.p.d.) a la fecha del deceso, no tenía matrimonio, unión marital de hecho, ni hijos; que vivía con su madre, Priscila Torres Chaves, quien no dependía económicamente de su hijo, compartía gastos con él, pues ella labora en un almacén de materiales eléctrico, no reporta pensiones ni negocios y, es propietaria del inmueble ubicado en la Carrera 3 Bis N° 712- 20 Sur de Bogotá; que la madre del afiliado tiene otro hijo de nombre Brayan Andrés Torres Chaves, que para

esa data contaba con 21 años, empleado del Banco AV Villas, quien le hace aportes económicos esporádicos a su madre.

En lo referente al señor Luis Gerardo López Ospina, padre del afiliado, se indica que no vivía con su hijo al momento del deceso y, que indicó que recibía aportes económicos **esporádicos** de él; afirmación que la señora Priscila Torres, contravirtió mediante oficio. Asimismo, se indica que el señor López Ospina, no aportó documentación y manifestó que no había iniciado el trámite de reclamación ante Porvenir.

En el acápite de “Referencias”, se expresa que en entrevista con los señores Brayan Andrés Torres Chaves (hermano del causante, con quien vivía) y, Fernando Garay (amigo, que rindió acá testimonio), confirmaron la información anterior. Y, finalmente, en el acápite de “Afiliación a Salud”, se estableció que el fallecido, reportaba afiliación a la EPS Salud Total como cotizante dependiente, **sin beneficiarios** a cargo, con fecha de afiliación 14 de febrero de 2000; que la señora Torres Chaves reporta afiliación a salud en la misma EPS como cotizante dependiente teniendo como beneficiario a su hijo Brayan Andrés Torres Chaves con fecha de afiliación 14 de febrero de 2000 y, el señor López Ospina, reportaba afiliación a salud en la Nueva EPS como beneficiario hasta el 1 de noviembre de 2012, no siendo posible determinar la persona cotizante, ni su parentesco por su estado de desafiliación.⁵

Del análisis en conjunto de los medios probatorios allegados, se concluye que la demandante si bien sí vivía con su hijo para el 28 de diciembre de 2013, cuando se produjo su deceso, no logró demostrar el requisito de dependencia económica respecto de su hijo, previsto en el artículo 13 de la ley 797 de 2003, que modificó los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, ello como quiera que para 28 de diciembre de 2013, cuando el joven Alexander López Torres (q.e.p.d.) falleció, la accionante, se encontraba vinculada laboralmente en un almacén de materiales eléctrico, estando además afiliada a salud desde el 14 de febrero de 2000, como cotizante dependiente en la EPS Salud Total, en donde reporta como beneficiario a su hijo menor Brayan Andrés Torres Chaves; aunado a que

⁵ Fls.27 a 28, 014ContestacionDeDemanda

tiene bienes de su propiedad, como lo es el inmueble ubicado en la Carrera 3 Bis N° 712- 20 Sur en la ciudad de Bogotá; pues todo lo anterior se desprende del informe de investigación adelantado a cargo de la accionada, sin que haya sido desconocido.

Y es que, si bien es cierto los testigos fueron coincidentes e insistentes en que el causante era el sustento económico del núcleo familiar, ninguno está seguro de la actividad económica de la demandante para la época del acaecimiento, además que no tienen certeza de los gastos que cubría el causante, solo que estaba pendiente de los gastos que tenían y, que cualquier recurso económico que consiguiera manifestaba que era para ayudar a su madre y hermano y, todos los recursos eran para su casa; por lo que si bien se obtiene que en efecto el causante le colaboraba a su madre con los gastos del hogar, no se probó que sin ese aporte la hoy demandante, no pudiera vivir en condiciones dignas, aunado a que también se demostró que ésta tiene otro hijo, mayor de edad, que también trabaja y la apoya económicamente.

Ahora, en lo que respecta al tercero ad excludendum, Luis Gerardo López Ospina, padre del occiso, basta con precisar que no se aportó ninguna prueba de su dependencia económica y, por el contrario, se logró verificar que no convivía con él, ni tenían ninguna relación, como tampoco un sustento económico, máxime si se tiene en cuenta que, en su decir, en el formato de reclamación de la prestación, refiere que *“NO - dependía económicamente de él”* (fl.22, 014ContestacionDeDemanda) y, de conformidad con lo plasmado en el informe de investigación de Porvenir S.A., indicó el aporte económico por parte de su hijo era *“esporádico”* (fl.28, 014ContestacionDeDemanda).

No pasa por alto la Sala, que los términos *“total y absoluta”* respecto de la dependencia económica de los padres fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2006. En dicha sentencia, dijo la Corte Constitucional que para acreditar la dependencia económica, no es necesario demostrar la carencia total y absoluta de recursos - propio de una persona que se encuentra en estado de desprotección, abandono, miseria o indigencia - sino que, por el contrario,

basta la comprobación de la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los beneficiarios obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna.

De conformidad con este pronunciamiento, al desaparecer los conceptos *“total y absoluta”*, es claro que la norma no exige que los padres del causante carezcan de recursos, sino que debe demostrarse que, aunque tuvieran otros ingresos, no podrían vivir dignamente sin el que les suministraba el causante.

Recuérdese también que, la Sala Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, ha explicado de antaño que la situación de dependencia económica en estos casos debe ser definida en cada caso particular y concreto, pues no cualquier ayuda tiene la virtualidad de configurarla. Así lo recordó recientemente en la Sentencia SL1795-2023, cuando indicó que *“no es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, **sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia**, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba, realmente, a mantener unas condiciones de vida determinadas.”*

En este orden de ideas, estima la Sala que tanto la parte actora como el tercero ad excludendum, faltaron al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, pues no demostraron los supuestos en los que fundaron sus pretensiones, ya que, no probaron ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, pues no demostraron que para la fecha del deceso dependieran, uno u otro, del causante, por lo que resulta forzoso confirmar la decisión de primera instancia.

No se causan costas en este grado jurisdiccional.

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 Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de abril de 2022.

SEGUNDO: Sin costas en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



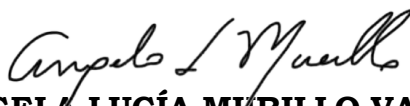
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

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 030 2020 00308 01
DEMANDANTE: ADRIANO RAMIREZ PINZON
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Colpensiones en contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de octubre de 2022. También, el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez especial por hija inválida prevista en la Ley 100 de 1993, a partir del 23 de abril de 2012, con los reajustes, mesadas adicionales de junio y diciembre y, costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cuenta con un total de 1682 semanas cotizadas al sistema de pensiones a Colpensiones y, 52 años de edad. Es padre cabeza de familia de la joven Paula Carolina Ramírez Moreno, persona menor de edad, a quien se le determinó una pérdida de la capacidad laboral del 60.75%, se encuentra a su cuidado y, es él quien le provee su alimentación, vestuario y, en resumen, cubre todas sus necesidades de cuidado y manutención. Solicitó la pensión de vejez por hijo inválido a Colpensiones, pero le fue negada por Resolución SUB 135031 de 24 de junio de 2020; bajo el argumento de no ostentar la

calidad de padre cabeza de familia; decisión contra la cual interpuso los recursos de reposición y apelación, resueltos por Actos Administrativos del 13 y 30 de julio de 2020, confirmando la decisión y, quedando agotada la vía gubernativa.

Aduce ser él quien ostenta la jefatura del hogar, ya ha tenido a su cargo el cuidado y manutención permanente de su hija discapacitada, atendiendo a que su progenitora labora, pues es la única forma de sostener económicamente el hogar. Está casado con la señora Liliana Moreno Rodríguez, quien se desempeña como madre comunitaria y lo que devenga en esta actividad, como el tiempo que le dedica, no le permiten hacerse cargo del hogar, ni mucho menos sufragar los gastos de su hija discapacitada, pues actualmente se encarga de algunos gastos de su otra hija menor de edad Nicol Catalina Ramírez; siendo él, quien cumple esas funciones de cuidado y de sufragar todos los gastos de la joven discapacitada (fls.47 a 51¹).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las peticiones. Admitió las semanas cotizadas por el demandante, la edad, la solicitud de la prestación, la negativa de la entidad, los recursos interpuestos y, los actos administrativos que confirmaron la decisión inicial, por las razones argüidas. Manifestó no constarle los demás hechos. Planteó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido, pago de lo no debido, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros, buena fe y, las demás declarables de oficio. En su defensa argumentó que la parte actora no tiene la calidad de cabeza de familia, no hay indicios que éste sea quien sustenta en un 100% las necesidades de su hogar y tampoco hay evidencia que su esposa tenga alguna incapacidad que le restrinja compartir la sostenibilidad económica del hogar (fls.2 a 10²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

¹ 01DemandaAnexos

² 05ContestacionColpensiones

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de octubre de 2022, resolvió³:

PRIMERO: DECLARAR que el señor ADRIANO RAMÍREZ PINZÓN, identificado con Cédula de Ciudadanía Nro. 80.427.866, tiene derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, representada por JUAN MIGUEL VILLA LORA o por quien haga sus veces a pagar al señor ADRIANO RAMÍREZ PINZÓN, ya identificado, la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, a partir de 01 de noviembre de 2019, a razón de 13 mesadas al año, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con los respectivos reajustes de Ley; advirtiéndose que en caso que se reincorpore a la fuerza de trabajo, se suspenderá el pago, de acuerdo con lo expresado en las consideraciones.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho, cobro de lo no debido y prescripción planteadas por la demandada y, abstenerse de pronunciamiento frente a los demás medios exceptivos.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Por secretaría liquidense e inclúyanse como agencias en derecho el equivalente a UN (1) salario mínimo legal mensual vigente a favor del actor.

QUINTO: CONCEDER EL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA, a favor de COLPENSIONES, al resultar la presente decisión adversa a los intereses de esa entidad.

En sustento de su decisión, indicó que lo relevante aquí es que el hijo discapacitado dependa del afiliado para sobrevivir económicamente, esto es que sea el afiliado quien le suministre los medios de vida como alimentación, vivienda, etc.; la ley solo exige que el hijo inválido dependa económicamente del afiliado y no que éste deba cuidarlo personalmente; teniendo que en el presente asunto, de la prueba recaudada, se coligió que la menor discapacitada depende económicamente del demandante, sin que la ayuda que aporta la madre de la menor, desdibuje la dependencia económica del hijo discapacitado a cargo del actor, ni el hecho de aparecer como responsable en sus atenciones médicas, sea óbice para conceder la prestación.

³ 12Audiencia16Septiembre2022

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones apeló lo resuelto, arguyendo que no se logra acreditar los requisitos *sine qua non* se pueda acceder a la pensión especial de vejez por hijo inválido, teniendo en cuenta la circular interna No. 8, que dispone acreditar la condición de padre o madre cabeza de familia y que tiene un trabajo que le impide atender a su hijo inválido. Si bien no se discute la condición de padre cabeza de familia del demandante, sí está en discusión que el incapacitado dependa económicamente de él, pues con los testimonios y los interrogatorios de parte se logró acreditar que son 3 las personas que están aportando a la manutención de la incapacitada, que sus dos padres son trabajadores activos y que contrataron a un tercero para que atienda a su hija que padece de tal incapacidad.

Así mismo, reprocha la condena en costas, por cuanto la entidad siempre ha actuado bajo el principio de legalidad y de la 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 es procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir si el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, prevista en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993.

Al respecto de esta prestación especial, el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, en su inciso segundo del párrafo 4º, dispone:

“la madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, tendrá derecho a recibir la pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo”.

Así mismo, mediante sentencia C-989 de 2006, la Corte Constitucional dejó sentado que el beneficio pensional al que se viene haciendo referencia, se hace extensivo al padre cabeza de familia de hijos en condición de discapacidad y que dependen económicamente de él.

De la lectura del precepto en cita, se desprende que para acceder a la pretendida prestación, es necesario cumplir tres condiciones: **i)** que la madre o el padre haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos, el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez; **ii)** que el hijo padezca una invalidez física o mental, debidamente calificada y; **iii)** que la persona discapacitada sea dependiente económicamente de su madre o de su padre, según el caso.

A su vez, la norma precitada establece como condición de permanencia que el progenitor no se reincorpore a la fuerza laboral.

Pues bien, se encuentra demostrado en el proceso que: **i)** Adriano Ramírez Pinzón es padre de la menor Paula Carolina Ramírez Moreno, pues así se verifica con el registro civil de nacimiento de ésta⁴; **ii)** ha cotizado a pensiones 1676.57 semanas en toda su vida, según se desprende del reporte de semanas cotizadas actualizado a 10 de marzo de 2021, aportado por la demandada⁵ y, **iii)** la menor fue calificada por Colpensiones, mediante dictamen del 20 de abril de 2020, en el que se determinó pérdida de capacidad laboral del 60.75%, con fecha de estructuración del 8 de julio de 2005, esto es, a partir de su nacimiento⁶.

⁴ Fl.44, 01DemandaAnexos

⁵ Fls.113 a 127, 06ExpedienteAdministrativo

⁶ Fls.35 a 41, 01DemandaAnexos

Quedando acreditadas las dos primeras condiciones para ser beneficiario de la pensión especial peticionada.

No obstante, el demandante solicitó a Colpensiones la prestación especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, pero le fue negada por Resolución SUB 135031 del 24 de junio de 2020, confirmada por los Actos Administrativos SUB 149785 de 13 de julio de 2020 y DPE 10508 de 30 de julio de 2020, bajo el argumento de no acreditar la calidad de padre cabeza de familia⁷.

Sobre la exigencia de acreditar la calidad de madre o padre cabeza de familia, ha explicado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia, que el precepto que consagra la pensión especial, no exige que el progenitor a cargo del hijo o hija inválidos, deba tener tal calidad, toda vez que no establece ese requisito. *“Lo anterior, por cuanto se ha estimado como inadmisibile una interpretación que sesgue el objeto perseguido con la implementación de aquel dispositivo, la protección de los intereses del hijo o hija invalida del afiliado, y los derechos pensionales de este último, que aspira a dicha prestación para cumplir precisamente con las obligaciones familiares y alimentarias, ya que la finalidad en la concepción de esta pensión especial de vejez, es que el progenitor cese su vida laboral para dedicarse a la entera atención de su descendiente en condición de discapacidad, por lo que se infiere así mismo, que la dependencia de aquellos respecto del padre o madre, debe ser predominantemente económica. Por consiguiente, es viable que ese soporte económico provenga de uno u otro progenitor, máxime, cuando dicha preceptiva legal no puede tener el efecto de liberar de aquellas obligaciones constitucionales y legales.”.* (Sentencia CSJ SL17898-2016, reiterada en las SL1991-2019, SL3772-2019, SL2585-2020 y SL739-2021)

A efectos de demostrar la dependencia económica de la menor en estado de discapacidad respecto del demandante, a solicitud de la parte actora fueron escuchados los testimonios de Luis Hernando Vega Abril y Sandra Milena Ramos Barbosa. El primero, conoce al demandante desde hace aproximadamente 15 años, porque vivían en el mismo barrio, conoce a su esposa y a sus 3 hijos. Sabe que la totalidad del cuidado de la menor está entre ambos padres, pero la responsabilidad recae mucho sobre el

⁷ Fls.2 a 34, 01DemandaAnexos

señor Adriano, quien es la cabeza del hogar, quien está pendiente que no les falte nada; como su esposa trabaja, él es quien debe acudir a las citas médicas. Del núcleo familiar del actor, sabe que éste, su esposa y su hijo, están trabajando, pero los gastos de la casa son asumidos por los padres, los responsables son Adriano y su esposa Liliana; ella trabaja en el ICBF desde hace más de 8 años, aproximadamente. Las necesidades de la menor las asume más que todo el demandante.

Sandra Milena Ramos Barbosa, conoce al demandante hace entre 14 o 16 años, vive en el mismo barrio y es inquilina en la misma casa de él. La mamá de la niña trabaja con niños del bienestar familiar y en cargo de la niña le toca hacerle las cosas necesarias de ella, por su incapacidad; ella permanece en la casa, porque es madre comunitaria y trabaja allí. El demandante es el encargado de dar en la casa de lo que trabaja. El canon de arrendamiento se lo pagan al señor Adriano. Del grupo familiar trabajan el demandante, su esposa y el hijo mayor. La niña va a donde una profesora para que le enseñe cosas, como escribir; tienen que pagar por estos servicios. El señor Adriano es quien asume los gastos de techo alimentación, vestuario y cuidados por la condición de discapacidad de su hija. Cuando tiene que ir al médico él es el que está pendiente de llevarla y traerla.

Al absolver interrogatorio de parte el actor indicó ser operario de cultivo en Flores de Bogotá, y trabajar allí actualmente. Vive con Paula Carolina Ramírez, ella es su hija, quien tiene discapacidad desde el nacimiento pues padece del síndrome Freeman Sheldon. Convive con la mamá de su hija. Los gastos mensuales de su hija son alimentación, techo, vestido. Los cuidados de la enfermedad los asumen entre ambos, junto con su esposa y, a veces una señora que les colabora en la casa. No recibe subsidios del Estado, solo un subsidio familiar que le otorga la empresa. Tiene afiliada como beneficiaria en la EPS Famisanar a su hija; ella depende para muchas cosas, como su aseo propio, de otra persona; requiere de un apoyo, no se puede valer por sí sola. No puede ir al colegio, no aprendió a leer ni a escribir; hay una vecina que les ayuda a afianzar estos conocimientos para que algún día pueda aprender. Son 5 personas las que conforman el núcleo familiar, pero laboran y asumen los gastos de

la casa, su esposa, su hijo mayor y él. Viven en casa propia. Los gastos para la menor los asume él. Su esposa trabaja con el bienestar familiar y tiene la sede en la casa, por lo que puede cuidar a su hija.

Analizados en conjunto los elementos probatorios, estima la Sala que el señor Adriano Ramírez Pinzón, logró acreditar ser quien suple económicamente la subsistencia de su hija inválida, con los ingresos obtenidos por su labor como operario de cultivo en Flores de Bogotá, quedando claro el presupuesto de la dependencia económica de la menor, dada su condición de invalidez, pues son sus padres quienes asumen la responsabilidad alimentaria, sin que el hecho de que la madre de la menor trabaje como madre comunitaria en su propia casa, logre desvirtuar esa dependencia, pues no puede considerar más allá del apoyo económico que como persona y madre responsable, integrante de un hogar, puede y debe aportar a su familia, máxime cuando se trata de una pareja con tres hijos, de los cuales una menor de edad se encuentra en estado de discapacidad desde su nacimiento.

Tampoco puede decirse que porque el hijo mayor trabaja y su padre en el interrogatorio de parte dijo que ayuda con los gastos del hogar, pueda entenderse desvirtuada la dependencia económica de su hermana respecto de su padre, pues por un lado, se desconoce cuál es el salario y el aporte que aquel hace al hogar y, en segundo lugar, por su condición de hijo mayor que habita en casa con sus padres, es natural que aporte al menos para sus gastos propios en la casa; empero, no se demostró que entrara a suplir la obligación a cargo de sus padres sobre su menor hermana.

Sobre este aspecto de la dependencia económica en casos como el que ahora nos ocupa, conviene precisar que la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, en sentencia SL739- 2021, Radicación N.º 69642 de 10 de marzo de 2021, explicó:

Contrario a lo entendido por el Tribunal, la exigencia de la dependencia económica del hijo inválido respecto del progenitor que demanda la pensión especial de vejez, no puede equipararse al concepto de madre o padre cabeza de familia, ya que la norma no incluyó como requisito la exclusividad o la subordinación única del hijo frente a la madre o padre

trabajador, en la medida que para la Corte, atendiendo el espíritu teleológico de la norma, la interpretación de dicho requisito, debe ser observado en los términos que se consagra la manutención de los hijos menores o incapacitados, la cual se encuentra a cargo de ambos padres (Numeral 7.º art. 42 de la Constitución Política y art. 413 del CC), y en tal sentido, es que dicha pensión, persigue que uno de ellos pueda dedicarse al cuidado de su descendiente inválido, sin perjuicio del ingreso económico indispensable para la supervivencia, tanto del hijo como de su padre o madres, según el caso.

Ahora, en cuanto al cuidado exclusivo del hijo inválido por parte del asegurado que aspira a la pretensión, como requisito, debe reiterarse, que no es posible imponer exigencias adicionales no previstas en la ley, pues ello agrava y obstaculiza el acceso a tal prerrogativa en detrimento del derecho del asegurado y de sus hijos en condición de discapacidad, que valga resaltar, son sujetos de especial protección.

Al respecto en sentencia CSJ SL3772-2019 reiterada en la CSJ SL 2585-2020, asentó la Sala:

Ahora bien, en cuanto a la exigencia que impuso el Tribunal al actor, relativa a «cumplir la función de atender a su hija en lo que se refiere al cuidado y atención», en tanto resaltó que la cumple su compañera permanente, vale señalar que, precisamente, la Corte Constitucional en la sentencia C-227 de 2004, al declarar exequible el aparte del inciso 2.º del parágrafo 4.º del artículo 9.º de la Ley 797 de 2003, referente a la necesidad de demostrar la dependencia del hijo inválido respecto de su padre o madre que pretenda el reconocimiento de la pensión especial, lo hizo en el entendido de que tal subordinación es de carácter económico.

Así es, porque la dependencia del hijo en estado de discapacidad referida a la necesidad afectiva y psicológica de contar con la presencia, el cariño y el acompañamiento de sus progenitores, es connatural a los lazos familiares, mientras que la subordinación económica es una exigencia legal a efectos de obtener el derecho a la pensión especial de vejez; entonces, la dependencia que se debe demostrar es la económica.

Y es que de esa manera, es que se arriba al objetivo principal de tal beneficio pensional, esto es, el de proteger al hijo afectado por una discapacidad física o mental, pues es en virtud de esa prerrogativa que los progenitores tendrán la posibilidad de atenderlos y compensar con su cuidado personal la disfunción que padecen, impulsar su proceso de rehabilitación y ayudarlos a vivir de forma digna sin que su ingreso económico se afecte.

Luego, es contradictorio exigir esa doble dependencia -económica y de acompañamiento o cuidado- para acceder a la pensión especial, por cuanto padre y madre están en la obligación de responder económicamente por sus hijos -menores o inválidos-, lo que necesariamente implica el desarrollo del rol de trabajador que, en cualquiera de sus formas, impide el cuidado exclusivo de su descendiente en condición de discapacidad.

En tal dirección, la Sala debe señalar que parte del correcto entendimiento en la utilización de las reglas interpretativas excluye una aplicación aislada y descontextualizada del fin último de las normas; por tanto, una correcta aplicación de la hermenéutica jurídica implica necesariamente hacer un análisis de dicho fin, de manera conjugada y armonizada, en aras de esclarecer el verdadero sentido y espíritu de las disposiciones legales.

En ese orden de ideas, se encuentran reunidos los tres elementos exigidos por el inciso 2º del párrafo 4º del 9º de la Ley 797 de 2003, por lo que se concluye que le asiste al demandante el derecho al reconocimiento y pago de la pensión pretendida, tal como lo advirtió el *a quo*, y en este sentido se confirmará la sentencia de primera instancia.

Causación y disfrute de la pensión

El artículo 13 del Decreto 758 de 1990, 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.»*.

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.»* (Negrilla 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 gozar de ella.

En el caso concreto se advierte que el demandante acreditaba 1676,57 semanas cotizadas al 31 de enero de 2021⁸; mediante dictamen del 20 de abril de 2020, se calificó la pérdida de capacidad laboral de su menor hija, con fecha de estructuración del 8 de julio de 2005⁹. Solicitó la prestación pensional especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, 17 de junio de 2020; pero, la entidad mediante Resolución SUB 135031 del 24 de junio de 2020, negó el reconocimiento de la prestación¹⁰; inconforme el promotor del juicio interpuso recursos de reposición en subsidio de apelación que fueron resueltos mediante Actos Administrativos SUB 149785 de 13 de julio de 2020 y DPE 10508 de 30 de julio de 2020, confirmando la decisión inicial, bajo el argumento de no acreditar la calidad de padre cabeza¹¹.

Así mismo, no existe prueba en el plenario con la que se constate el retiro del sistema del afiliado o que haya renunciado al cargo que desempeña en Flores de Bojacá, aspecto este, que aunque no constituye un presupuesto de la existencia del derecho, sí constituye una condición para el disfrute y permanencia de esta pensión especial de vejez, cuando la norma señala expresamente, que el *beneficio se suspenderá si el trabajador se reincorpora a la fuerza laboral*. Es así como en el interrogatorio de parte absuelto por el demandante el 27 de octubre de 2022, confesó que para dicha data se encontraba como trabajador activo como Operario de Cultivo en Flores de Bojacá (minuto 8:40, 14ActaAudiencia27Octubre2022).

De conformidad con lo anterior, en lo que concierne al disfrute del derecho pensional, el hecho de estar actualmente activo, no impide el reconocimiento del derecho a la pensión especial por hijo invalido, empero, sí obliga a ordenarse sólo a partir de la data en que se verifique su retiro del sistema y, en este entendido, se impone modificar la sentencia de primera instancia.

Para determinar el monto de la pensión deberá darse aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, tomando hasta la última

⁸ Fls.113 a 119, 06ExpedienteAdministrativo

⁹ Fls.35 a 41, 01DemandaAnexos

¹⁰ Fls.2 a 15, 01DemandaAnexos

¹¹ Fls.16 a 34, 01DemandaAnexos

semana cotizada por el accionante, para establecer el ingreso base de liquidación de conformidad con los salarios cotizados en toda la vida laboral o con base en los últimos 10 años, el que resulte más favorable; ante el cual se le aplicará una tasa de remplazo calculada en los términos del artículo 34 ibídem, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003; sin que en ningún caso pueda ser inferior el salario mínimo legal mensual vigente, en los términos del artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta, ni en la instancia ante su no causación.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de octubre de 2022, el cual quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, a reconocer al demandante, la pensión especial de vejez por hijo en condición de discapacidad, a partir de la fecha en que se verifique su retiro del sistema, a razón de 13 mesadas al año, con los respectivos reajustes de Ley; advirtiéndose que en caso que se reincorpore a la fuerza de trabajo, se suspenderá el pago. Para determinar el IBL deberá darse aplicación a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, al cual se le aplicará una tasa de remplazo calculada en los términos del artículo 34 ibídem, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003; sin que en ningún caso pueda ser inferior el salario mínimo legal mensual vigente.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la decisión del a quo.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



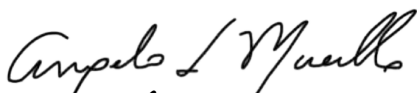
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

030 2020 00308 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 00450 01.
DEMANDANTE: WILLIAM ALEXANDER AGUIRRE GUTIÉRREZ.
DEMANDADO: D&H CONSTRUCCIONES LTDA., DIEGO DUQUE RIVERA y ALEJANDRO DUQUE HENAO.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de julio de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a los demandados para que se declare la existencia de un contrato laboral entre las partes, en calidad de Administrador en la finca Santa Paubla del Municipio de Mani (Casanare), así como la responsabilidad solidaria; en consecuencia, se condene al pago de salarios correspondientes a los meses de abril, mayo y junio de 2014; cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios, por todo el tiempo laborado; la indemnización moratoria; aportes a seguridad social integral; la indemnización por despido injusto y; las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que trabajó mediante contrato de trabajo verbal para los demandados, del 27 de septiembre de 2013 al 30 de junio de 2014, en calidad de Administrador de la Finca Santa Paubla y de sus sembrados de Plantación de Palma Africana del Municipio de Mani, Casanare; desempeñando labores de Administrador de manejo de personal en el corte, recolección y cosecha de fruto de Palma

Africana; en un horario de las 7 am a 6pm, de lunes a domingo, incluyendo festivos, con un día de descanso cada mes y, laborando horas extras diurnas y nocturnas. Devengaba la suma mensual de \$1'400.000.

Aduce que no se le canceló seguridad social, A.R.L, primas de servicio, dotación, cesantías, ni intereses a las cesantías, durante todo el tiempo laborado; nunca fue afiliado a fondo de pensión y, se le adeudan los salarios de los meses de abril, mayo y junio de 2014. Que fue despedido sin justa causa por Diego Duque Rivera; debido a que él y otros compañeros de labores pidieron el suministro de comida y los demandados no los suministraron con el argumento de que no tenían dinero para ello y por tanto los despidió. Manifiesta que ha solicitado el pago de las prestaciones laborales adeudadas, sin que se haya producido y; que el 16 de octubre de 2016, llegaron a un acuerdo en los que los demandados se comprometieron a cancelar las acreencias laborales cuando vendieran la Finca ubicada en la Región donde se había prestado la relación laboral, con lo que se determinó entre las partes que suspenderían la prescripción; no obstante, ello correspondió a una trama de para prescribir el cobro, por lo que considera que el término prescriptivo se cumpliría el 16 de octubre de 2019 (fls. 2 a 7).

Al no poder ser notificados personalmente los demandados, se dispuso su comparecencia al proceso a través de curador ad litem, quien se pronunció, manifestando oponerse a las pretensiones. Frente a los hechos, indicó no constarle ninguno. Propuso las excepciones de prescripción y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, adujo que, teniendo en cuenta los extremos temporales que el demandante refiere desde el 27 de septiembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2014, en concordancia con el artículo. 488 del C.S.T., la excepción de prescripción está llamada a prosperar; sin que se evidencie prueba si quiera sumaria que constate el reclamo de manera escrita como lo consagra la norma, para entender la interrumpida¹.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

¹ 08ContestacionDemanda

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de julio de 2022, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado y prescripción; absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda y, se abstuvo de condenar en costas.

En lo fundamental, señaló que no se encuentra cumplida la carga probatoria establecida por quien invoca el supuesto de hecho del que pretende derivar el derecho; aunado a que, en gracia de discusión, teniendo en cuenta los extremos de la relación laboral alegados en la demanda, estaría llamada a prosperar la excepción de prescripción.

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

Corresponde a la Colegiatura definir si es procedente declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 27 de septiembre de 2013 y el 30 de junio de 2014 y si, en consecuencia, los demandados deben ser condenados a pagar las acreencias laborales reclamadas en el libelo introductorio.

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 WILLIAM ALEXANDER AGUIRRE GUTIÉRREZ en favor de los

demandados D&H CONSTRUCCIONES LTDA., DIEGO DUQUE RIVERA y ALEJANDRO DUQUE HENAO, 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 demandante, para demostrar el vínculo laboral que lo unió con el demandado, solicitó la recepción de los testimonios de Víctor Manuel Galindo Ramos, Emilio Sánchez y Pedro Puentes, sin embargo, el primero no fue recaudado ante su inasistencia, por lo que se declaró la preclusión de esta práctica, decisión que quedó ejecutoriada.

Pedro Puentes manifestó ser amigo del demandante, y haber sido compañero de trabajo de él donde Diego Duque, como en el 2012 o 2013, aproximadamente por 6 meses, no sabe hasta cuándo. Dice que el señor William Aguirre lo reemplazó cuando estuvo sembrando una palma que le sembró al señor Duque, porque era el que administraba cosechas y él lo reemplazó en esa época; que lo contrató Diego Duque, pero que Alejandro Duque, también era su patrón. Las funciones eran las de manejar personal, lo que es de cosecha, plagas y todo lo quera del campo. No conoce la empresa D&H Construcciones, cree que tenía alguna relación con la plantación porque la fruta que salía llevaba el nombre de esa empresa. En cuanto a la terminación del contrato dice que fue porque no lo dejaron trabajar más.

Emilio Sánchez indicó haber trabajado en una palmera con el demandante, no recuerda el nombre de la finca, pero era donde el señor Duque. Que el señor William Alexander era el administrador, mandaba la gente a trabajar, se daba cuenta del trabajo; que el accionante llegó a trabajar cuando don Pedro renunció y, duró 1 año trabajando; tenía un horario de 7 o 6 am, hasta las 6 pm, y laboraba horas nocturnas. No sabe porqué se retiró.

De oficio se realizó interrogatorio al demandante, quien manifestó haber prestado el servicio como Administrador General de la Planta Santa Paula, del 27 de septiembre de 2013 al 30 de junio de 2014, mediante contrato verbal que le hiciera el señor Diego Duque, a nombre propio y de la constructora. Que esa plantación era de Diego y Alejandro Duque. Manifiesta que sus funciones eran las de programar las labores de la plantación, estar pendiente de la plantación, de que la labores se hicieran, se ejecutaran bien, llevar un registro de las horas que laboraran, la cantidad de unidades que se hacían, el valor de las unidades y pasarle a Diego Duque el costo de la labor que se ejecutaba y, vigilar que se cumpliera. Aduce que la empresa era la que aparecía en los tiquetes de espacio de fruta que se le enviaba a la planta distribuidora en Villanueva – Casanare, como quien enviaba la fruta. Que su salario se lo pagaba Diego y; que el vínculo laboral terminó porque le decían que no tenían dinero, dejaron de pagarle 3 meses y, les dijeron que se tenían que ir de la plantación porque no tenían como sostenerlos.

Analizadas de manera detallada y conjunta las declaraciones rendidas, advierte la Sala que no se demostró que el demandante haya prestado sus servicios de forma personal a los demandados, 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. Y es que con el único que podría decirse que hubo una prestación del servicio, es con el demandado Diego Duque, sin embargo, no se demostró que el demandante haya prestado sus servicios de forma personal por el periodo que ahora se reclama, esto es, entre el 27 de septiembre de 2013 y el 30 de junio de 2014.

Es así como, de los testimonios practicados, si bien afirman la prestación del servicio del demandante en favor del señor Diego Duque, nada se aporta respecto los extremos, condiciones, detalle de la prestación del servicio, remuneración o menos, subordinación o, algún otro elemento del que pudiera inferirse la vinculación laboral por el contrato que aquí se discute, pues aunque afirman haber trabajador con el actor, no hay claridad en los extremos, dado que ninguno da cuenta siquiera del año en

que aquel trabajó en la plantación, pues mientras uno dijo que fue en el 2012 o 2013, aproximadamente por 6 meses, el otro solo indicó que duró un año trabajando; concluyéndose que sus dichos, nada aportan al establecimiento de la relación laboral pretendida.

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 a los demandados.

De la prescripción

Aunado a lo anterior, si en gracia de discusión se aceptara la existencia del contrato de trabajo pretendido, debe precisarse que, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, establece:

“ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

A su turno, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra la prescripción de las acciones en los siguientes términos:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo **escrito** del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

Frente al punto de la prescripción extintiva, es necesario recordar que el sistema jurídico colombiano, prevé esta institución como un modo de extinguir los *“derechos u obligaciones, como resultado de su no reclamación, alegación o defensa durante el tiempo determinado por la ley, por cualquier razón subjetiva que motive la inacción de su titular”* (sentencia C-091 de 2018 Corte Constitucional). Conforme a ello, es dable entender

que esta figura materializa el principio constitucional a la seguridad jurídica, al impedir una indefinición latente y prolongada de los problemas jurídicos surgidos de hechos jurídicos relevantes, como aquellos que pueden derivarse de la relación entre trabajadores y empleadores, o los afiliados y las entidades que integran el sistema de la seguridad social. Por tal razón, el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Al respecto de la prescripción en materia laboral, ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL5159-2020 del 11 de noviembre de 2020, Radicación n.º 60656, explicó:

La prescripción es un modo de adquirir cosas ajenas, o bien, de extinguir las acciones y derechos, por haberse poseído dichas cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un lapso de tiempo determinado. Es decir, la prescripción extintiva se entiende como una forma de extinción o desaparición de un derecho, real o personal o de una acción, cuando durante un determinado período de tiempo establecido en la ley, no se realizan ciertos actos, a lo que el ordenamiento le atribuye la consecuencia indicada (CSJ SL2501-2018).

Esta Sala de la Corte ha señalado que el fenómeno de la prescripción se justifica por razones de orden práctico y que exigen que las relaciones jurídicas no permanezcan inciertas en el tiempo y se solucionen (CSJ SL, 2 may. 2003, rad. 19854). En materia laboral, en la sentencia C-412-1997 la Corte Constitucional indicó que dicha institución jurídica tiene como finalidad *«el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral concurrente con la función del Estado de garantizar la vigencia y efectividad del principio de seguridad jurídica. Resulta entonces congruente con dicho principio, el imponer límite a la existencia de conflictos para que estos no perduren indefinidamente, siendo resueltos por medios pacíficos entre patronos y trabajadores»*.

Sin desconocer el espacio fáctico de la acusación y como esta conmina a la Sala a determinar el momento a partir del cual comienza a contar el término de prescripción de las acreencias laborales reclamadas, es pertinente reiterar que acorde a lo estatuido en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años que se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible (CSJ SL13155-2016, CSJ SL 1785-2018 y CSJ SL2885-2019), de modo que quien exija una prestación social deberá alegarla en el término establecido, en cuyo caso, basta *«el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador»*, para que por una sola vez se entienda interrumpida y comience a correr de nuevo el término por un lapso igual al inicialmente señalado.

Al respecto, esta Sala ha adocinado que con ese *«reclamo escrito»* lo que el legislador pretendió fue que el empleador, ante el eventual inicio de un proceso judicial, hubiese conocido previamente sobre las acreencias que el

trabajador pretendía que le fueran canceladas. De modo que ese «*simple reclamo por escrito*» puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud por escrito que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural (CSJ SL, 2 sep. 2020, rad. 55445).

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

Lo anterior, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: *i)* su causación y *ii)* su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción. Ello sin olvidar, la suspensión de dicho fenómeno permitido por la misma norma cuando señala que “*El simple reclamo **escrito** del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.*”.

En el asunto bajo examen conviene señalar que conforme quedó determinado, el contrato de trabajo que se pretende en la demanda, se arguye que finalizó el 30 de junio de 2014, por lo que en los términos del artículo 65 del CST, la obligación del empleador de cancelar las acreencias laborales causadas, se habría generado en ese momento; y en este sentido, si el trabajador consideraba que existían deudas laborales, debía reclamar, por escrito, dentro de los tres años siguientes a partir de la finalización de la relación laboral, data en que se habrían hecho exigibles sus acreencias, en atención a la finalización del vínculo contractual laboral.

Pues bien, el demandante manifiesta que llegó a un acuerdo con los demandados el 16 de octubre de 2016, en el que se comprometieron a cancelar sus acreencias laborales; lo cual no aconteció. Sin embargo, y pese a que el apoderado de la parte actora enfocó los interrogatorios a los testigos en este sentido, no puede entenderse interrumpido el término prescriptivo respecto de las acreencias laborales que ahora se pretenden, pues de ninguna parte del informativo, se logra desprender que los demandados hayan recibido misiva alguna para reclamar, como lo exige la norma, sin que pueda entenderse que el reclamo o acuerdo verbal tenga esa connotación.

Así las cosas, se tiene que la demanda fue radicada el 27 de junio de 2019 (fl.11), superando el término trienal de que trata la norma, desde que se afirma finalizó el supuesto contrato laboral, por lo que operó el fenómeno prescriptivo de los derechos y acciones a la luz del artículo 151 del CPTSS y 488 del CST.

Corolario de lo anterior, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan modificar la decisión absolutoria analizada, por lo que la misma será confirmada. Sin costas en el grado jurisdiccional.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de julio de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

032 2019 00450 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 00561 01.
DEMANDANTE: EDGAR AUGUSTO RODRÍGUEZ CÁRDENAS
DEMANDADO: AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A.
AVIANCA S.A. Y COOPERATIVA DE TRABAJO
ASOCIADO SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN -
SERVICOPAVA EN LIQUIDACIÓN.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 1 de abril de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con Avianca S.A., a partir del 8 de marzo de 2010 al 30 de noviembre de 2017, terminada sin justa causa por parte de ésta demandada y, que la Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava, fue una simple intermediaria en dicha relación laboral. En consecuencia, se condene a las demandadas solidariamente al reconocimiento y pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, auxilio de transporte y, las vacaciones; al pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social en pensiones, salud, riesgos profesionales y caja de compensación familiar; al pago de las indemnizaciones por terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y las moratorias por falta de pago de salarios y prestaciones sociales y, por la no consignación oportuna de cesantías e intereses sobre las cesantías; la indexación sobre emolumentos que no constituyen salario ni prestaciones sociales; las costas y; lo ultra y extra *petita*.

De manera subsidiaria, solicita se declare el contrato realidad con Servicopava y, a la empresa Avianca S.A., solidariamente responsable para respecto de todas las obligaciones prestacionales.

En respaldo de sus pretensiones, narró que ingresó a prestar sus servicios para Avianca S.A., el 8 de marzo de 2010, hasta el 30 de noviembre de 2017, por medio de la Cooperativa Servicopava, a través de un acuerdo Cooperativo de Trabajo Asociado o Convenio de Asociación; en el que la Cooperativa actuó como un simple intermediario; desempeñando una labor directa, personal y subordinada, con cumplimiento de horarios, órdenes permanentes y directas de sus jefes inmediatos, quienes eran de la CTA Servicopava y de Avianca, directamente. Desempeñó el cargo de Auxiliar de Conexiones, ejerciendo funciones de cargue, descargue y selección de equipaje y reportar novedades diariamente; en turnos de 8 horas diarias, con 45 minutos para almorzar, con un día libre a la semana, en turnos rotativos, de lunes a domingos, de 05:00 am a 1:45 pm, de 1:00 pm a 9:45 pm y, de 3:00 am a 11:45 am, devengando para el mes de noviembre de 2017, una remuneración mensual de \$1'250.000); con elementos de trabajo que pertenecían a AVIANCA S.A. y, en las instalaciones de esta empresa.

Aduce que, durante su jornada laboral portaba un carnet en el que figuraba el cargo desempeñado y el membrete de las demandadas. Que se le concedían 15 días de descanso remunerados por cada año laborado. El 27 de noviembre de 2017, la CTA emitió resolución ordenando retirarla del puesto de labor, al finalizar la jornada del día 30 de noviembre de 2017, sin justa causa. Luego del despido, se le realizó liquidación definitiva de compensaciones por terminación de convenio de asociación, denominada "*paz y salvo*". Manifiesta que la Superintendencia de la Economía Solidaria, solamente autorizó la conversión de precooperativa de Trabajo Asociado a Cooperativa de Trabajo Asociado con la sigla Servicoopava, el 11 de marzo de 2011, o sea que la CTA demandada, no cumplió con los requisitos establecidos en el Decreto 1333 artículo 20 de 1989, el cual estableció que las precooperativas tenían un plazo perentorio para ser cooperativas.

Indica que AVIANCA S.A., nunca le consignó las cesantías a un fondo. Que el 16 de septiembre de 2016, la Avianca le concede directamente un beneficio, consistente en un descuento en pasajes. Que el actor participo en la Escuela Recurrente de Operaciones Terrestres, que consistía en capacitaciones para el personal que prestaba sus servicios a la empresa Avianca, del 23 al 28 de julio de 2016. Que a la fecha el Ministerio del Trabajo ha sancionado a las demandadas al pago de cuantiosas sumas de dinero, por utilizar la figura de la tercerización laboral para esquivar el pago de prestaciones laborales. Que en el mes que fue despedido, la cooperativa realizó una convocatoria ocupar su cargo y; que a la fecha las demandadas no le han consignado las cesantías ni sus intereses.¹

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio Avianca S.A., se opuso a todas las pretensiones formuladas en su contra. Respecto de los hechos, Manifestó no ser ciertos o que no le constan. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago y las demás que puedan ser declarables oficiosamente. En su defensa arguyó que el demandante nunca fue contratado laboralmente por Avianca para prestarle sus servicios personales, nunca fue trabajador de esa compañía, sino que tuvo la calidad de cooperado de Servicopava, y por cuenta de esa cooperativa y bajo su responsabilidad, adelantó algunas labores en las instalaciones de Avianca, pero alejadas de su objeto principal, sin estar sujeto a subordinación laboral por parte de Avianca, pues su trabajo se sujetó a las normas del Régimen de Trabajo Asociado existente en esa cooperativa y se hizo de manera autogestionaria, con total autonomía técnica, administrativa y financiera de parte de la cooperativa, con quien Avianca suscribió oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos y administrativos, siendo prestados estos servicios a través de sus asociados, de acuerdo con la legislación vigente, contando esta Cooperativa con plena autonomía técnica, administrativa y directiva; servicios que eran ajenos al objeto social de Avianca; por lo cual no se

¹ Expediente físico, fls.76 a 87 y expediente digital, archivo: 09. REFORMA DE LA DEMANDA.

cumplen los supuestos contenidos en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.²

Por su parte, la demandada Servicopava al contestar también se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó el convenio de asociación suscrito con el demandante, sus extremos temporales, los jefes inmediatos que tenía, el cargo, el descanso anual compensado y la liquidación definitiva de compensaciones. Señaló que no son ciertos o que no le constan los demás. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia del contrato de trabajo, prescripción y las demás declarables de oficio. Para enervar las pretensiones de la demanda, expuso que tuvo un contrato u oferta mercantil con Avianca S.A. en los términos de la Ley Cooperativa, para cubrir la totalidad de los procesos y sub procesos que no están contemplados dentro de la actividad misional, en las etapas productivas de dicha empresa; en desarrollo de la cual, participó el demandante en la ejecución de dichos procesos, para lo cual se vinculó mediante unos convenios de asociación firmados y aceptados por las partes, respectivamente de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes de Servicopava y las normas aplicables sobre la materia.³

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 1 de abril de 2022, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación; absolvió a las demandadas y gravó al demandante con las costas del proceso.⁴

Como sustento de su decisión, arguyó que, la prueba allegada al proceso, lleva a concluir que el elemento subordinación esta desvirtuado en el presente caso y, a determinar que no existe la relación laboral pretendida entre Edgar Augusto Rodríguez Cárdenas y las demandadas, pues más allá de los documentos que dan cuenta del vínculo asociativo, nada se acredita que el mismo no se hubiese ejecutado conforme a la ley y

² Expediente digital//Carpeta 07. Contestación Avianca

³ Expediente digital//Archivo 04. Contestación Servicopava, fls.14 a 37.

⁴ 25AudienciaFallo01Abril2022

que en realidad el vínculo correspondiera a un contrato de trabajo y no a un convenio asociativo; por el contrario, reitera, hay elementos de juicio que desvirtúan la pretendida subordinación. Finalmente, resalta que no desconoce la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, no obstante, que el fallo debe fundarse en las pruebas legal y oportunamente allegadas al proceso y lo que ellas acrediten.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación en el que, en resumen, argumentó que, se desatiende la línea jurisprudencial de la Corte Suprema, pues no se tuvo en cuenta que se demostró la existencia de la prestación del servicio, que lleva a la presunción de la subordinación contenida en el artículo 24 del código sustantivo del trabajo, sin que haya sido desvirtuada por las demandadas. Destaca que Avianca S.A. tiene como actividad principal registrada el transporte aéreo su señoría Nacional e Internacional de pasajeros y como secundaria el transporte aéreo nacional e internacional de cargue; lo que permite entender que la carga y descargue de equipaje, que eran las funciones del demandante, así como el alistamiento de aviones, son actividades directamente ligadas con el giro ordinario de los negocios y el objeto social. Aduce que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, fijó su postura sobre este asunto y expresó que cuando se demuestra que las cooperativas o trabajadores asociados no son dueños de los medios de producción, tal elemento es sin duda indicativo del carácter aparente del vínculo de trabajo; se desvirtúa ese vínculo aparente que cubre la pretensión empresarial de deslaborizar el personal de una empresa usuaria a través de una entidad que carece de estructura propia y autonomía en su gestión administrativa y financiera.

IV. CONSIDERACIONES

Conforme al recurso de apelación corresponde a la Sala determinar en primer término si en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas, es posible determinar la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y Servicopava y, su continuidad con Avianca S.A., desde el 8 de marzo de 2010 al 30 de noviembre de 2017, al

demostrarse la prestación del servicio y no desvirtuada la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo.

i) Del contrato realidad.

Para responder tal cuestionamiento, comienza la Sala por recordar que el artículo 70 de la Ley 79 de 1988, define las cooperativas de trabajo asociado como aquellas que vinculan el trabajo personal de sus afiliados para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios. El artículo 59 de la misma norma, señala que el régimen de trabajo será establecido en los estatutos o reglamentos de la cooperativa y no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes.

Igualmente, el Decreto 0468 de 1990 dispone en su artículo 9 que *“las cooperativas de trabajo asociado de conformidad con la ley regularán sus actos de trabajo con sus asociados, mediante un régimen de trabajo de previsión y seguridad social y de compensaciones, el cual deberá ser consagrado en los estatutos o por medio de los reglamentos adoptados”*.

Por su parte, el Decreto 4588 de 2006, en su artículo 3º señala que las cooperativas y precoperativas de trabajo asociado *“Son organizaciones sin ánimo de lucro pertenecientes al sector solidario de la economía, que asocian personas naturales que simultáneamente son gestoras, contribuyen económicamente a la cooperativa y son aportantes directos de su capacidad de trabajo para el desarrollo de actividades económicas, profesionales o intelectuales, con el fin de producir en común bienes, ejecutar obras o prestar servicios para satisfacer las necesidades de sus asociados y de la comunidad en general”*.

Dicho precepto, también en sus artículos 16 y 17, prohibió la intermediación laboral de las cooperativas de trabajo asociado, al disponer que:

“Artículo 16. Desnaturalización del trabajo asociado. El asociado que sea enviado por la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado a prestar servicios a una persona natural o jurídica, configurando la prohibición contenida en el artículo 17 del presente decreto, se considerará trabajador dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficie con su trabajo”.

“Artículo 17. Prohibición para actuar como intermediario o empresa de servicios temporales. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a usuarios o a terceros beneficiarios, o remitirlos como trabajadores en misión con el fin de que estos atiendan labores o trabajos propios de un usuario o tercero beneficiario del servicio o permitir que respecto de los asociados se generen relaciones de subordinación o dependencia con terceros contratantes”

En el mismo sentido, de conformidad con el numeral 1º del artículo 7º del Decreto 1233 de 2008, *“las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como empresas de intermediación laboral, ni disponer del trabajo de los asociados para suministrar mano de obra temporal a terceros o remitirlos como trabajadores en misión. En ningún caso, el contratante podrá intervenir directa o indirectamente en las decisiones internas de la cooperativa y en especial en la selección del trabajador asociado”*.

Paralelamente, el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010 establece 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”*.

En ese horizonte, es dable afirmar que estas formas asociativas (cooperativas y pre cooperativas de trabajo asociado) no pueden utilizarse para vulnerar garantías laborales y evadir las obligaciones que emergen de un verdadero contrato de trabajo.

De otro lado, anota la Sala que el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Esta disposición, ha de entenderse en el sentido que al trabajador le basta demostrar la prestación del servicio para que se presuma la existencia de dicha vinculación subordinada.

En el caso bajo estudio, se encuentra demostrado que el promotor del juicio estuvo vinculado en calidad de asociado a la demandada SERVICOPAVA desde el 8 de marzo de 2010 al 30 de noviembre de 2017, lo cual se constata con la liquidación definitiva de compensaciones (fl.32⁵) y, del interrogatorio de parte absuelto por Juan Alfonso Matheus Páez, en su calidad de representante legal de Servicopava, quien acepta que el promotor del juicio prestó sus servicios como era auxiliar de asistencia en tierra.

Conforme a lo anterior, comprobada la prestación personal del servicio, se traslada la carga de la prueba a las demandadas para que demuestren que el vínculo que las unió con la demandante es de naturaleza diferente al laboral o con ausencia de subordinación.

Para el efecto, SERVICOPAVA allegó copia de los estatutos que la gobiernan (fls.403 a 441); el régimen de trabajo asociado y de compensaciones (fls.442 a 464); la oferta mercantil presentada por Servicopava a Avianca S.A. el 1º de agosto de 2003 y el 5 de febrero de 2009, con sus respectivos otrosí; cuyo objeto fue la prestación de servicio de apoyo técnico, administrativo y operativo, con total autonomía técnica administrativa y financiera, bajo su propio riesgo y dirección y con sus propios asociados (fls.38 a 78); el contrato de comodato precario celebrado entre la cooperativa y Avianca S.A. para utilizar bienes exclusivamente para realizar actividades comprendidas en la oferta comercial, sus otrosí y anexos (fls.82 a 400).⁶

También obra acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito el 8 de abril de 2013, entre la demandante y SERVICOPAVA (fl.469 a 470); solicitud de afiliación a la cooperativa suscrita por el demandante (fl.471) y, comunicación de aceptación dirigida al demandante (fl.472); las comunicaciones suscritas por el actor mediante las cuales autoriza a SERVICOPAVA a realizar descuentos de sus compensaciones ordinarias y extraordinarias (fl.477); certificado expedido por COODANSOCIAL en que

⁵ Expediente físico.

⁶ Expediente digital//04. Contestación Servicopava

se hace constar que el demandante asistió al curso básico de economía solidaria por 20 horas.⁷

Paralelamente, se anexó formulario de afiliación a la EPS Sanitas (fl.489); el certificado de afiliación del demandante a la ARL Equidad Seguros a través de Servicopava (fl.491); certificado de afiliación a la AFP Pensiones y Cesantías Protección (fl.493); solicitud de días de descanso por jornada electoral (fls.494 a 496); comunicación de plan de descanso anual (fl.506 a 514); el histórico de compensaciones y pagos canceladas al actor por la cooperativa (fls.516 a 534) y; las planillas de pago de aportes a seguridad social (fls.535 a 561).⁸

Asimismo, la parte demandante solicitó decretar y escuchar los testimonios de Armando González Garrido, Fabián Andrés Penagos Garay, Julio Alexander González Velásquez, Juan Gabriel Fonseca Sotelo y José Ángel León Cárdenas; sin embargo, no se practicaron toda vez que los deponentes no se conectaron a la audiencia y, el Juez declaró precluida la oportunidad para la práctica de estas pruebas, decisión que quedó ejecutoriada.

A su vez, la demandada AVIANCA S.A., solicitó decretar y escuchar el testimonio de Juan Pablo Arbeláez Arango y Javier Alarcón, y la demandada SERVICOPAVA, el de Marlen Infante Prada; todos de cuya práctica desistió.

El demandante al rendir interrogatorio de parte, dijo que confesó que solicitó la afiliación a la cooperativa Servicopava como trabajador asociado, firmando convenio asociativo el 8 de abril del 2010; que Servicopava durante la vigencia del convenio le pagó las afiliaciones a seguridad social integral, así como, los aportes que realizó como trabajador asociado se los pago en la liquidación definitiva de compensación. Que Servicopava le pagaba compensaciones mensuales y semestrales. Que solicitó a Servicopava permisos por calamidad doméstica, como la licencia de luto por la muerte de su abuela; disfrutes de descansos anuales y

⁷ Expediente digital//04. Contestación Servicopava

⁸ Ibídem.

compensaciones anuales. Que tiene un carné donde dice Avianca por un lado y por otro Servicopava. Que para entrar a trabajar tenían un entrenamiento, más o menos de veinte días, donde iban al centro, al edificio de Avianca y, que esta empresa les daba tiquetes. Que como jefe directo, había varios líderes, que manejan de acuerdo a los turnos que tenía, como Armando González, que era trabajador de la Cooperativa. Cree que le hicieron un proceso disciplinario por una incapacidad o algo así; se lo hizo Mauren algo, la encargada de Servicopava en generar órdenes en ese momento. Dice que inició como auxiliar y cargue y descargue, selección de maletas, selección de equipaje, después pasó a un cargo que es selección de auxiliar de conexiones.

Se recibieron las declaraciones de parte de los representantes legales de las demandadas. El representante de Servicopava, manifestó que, los bienes e instrumentos con los que prestaba sus servicios el demandante eran algunos de la cooperativa y otros de propiedad de Avianca, pero gracias a un contrato de comodato entre las partes. Las instalaciones en donde prestaba los servicios pertenecen a la aeronáutica civil, pues es en el aeropuerto el Dorado y el puente aéreo de la ciudad de Bogotá. Como todos los asociados, el demandante podía tomar decisiones como socio de la CTA, según estaba en los estatutos y regímenes vigentes durante la existencia de la cooperativa, los asociados tienen derecho a elegir y ser elegido, derecho a la participación de los excedentes de la cooperativa, a la utilización de los servicios de la cooperativa, a tener un puesto de labor, ante la existencia del mismo y, todo lo que está contemplado en eso estatutos y regímenes de la cooperativa. Cada año la cooperativa hacía asamblea general, aprobaba los estados financieros del año inmediatamente anterior y, de acuerdo con eso y con esos estados, los excedentes que obtenía la cooperativa eran repartidos entre los trabajadores asociados después de efectuar las reservas; igualmente cuando el trabajador asociado se retira, se le devuelven no solamente los aportes que dio la autorización para descontar mensualmente durante la vinculación a la cooperativa, sino aquellos también que fueron obtenidos vía excedentes en las asambleas generales, vía revalorización de aportes o vía retorno cooperativo como ocurrió en el caso del demandante, que en la liquidación final se le dio una devolución de aportes sociales, por la suma

de \$1'284.253. El actor era auxiliar de asistencia en tierra, sus funciones constaban desde el registro del pasajero, el traslado y la recepción de las maletas, el traslado de las maletas al avión y cualquier información que requieran los pasaron con relación a los vuelos que le correspondían atender a la cooperativa. Todos los trabajadores asociados de la cooperativa deberían cumplir con un horario previamente establecido, prácticamente de manera semanal porque se manejaban diferentes turnos en la cooperativa.

Por su parte, el representante legal de Avianca, informó que se suscribió un contrato de comodato con la cooperativa Servicopava, sobre los implementos y herramientas de la compañía. Aduce que el demandante nunca fue trabajador directo de Avianca. No tienen un control de los servidores que están vinculados mediante la CTA, no tiene un registro de esas personas, porque no son vinculados a la compañía. Las personas que aparecen y registran en los archivos de la compañía son las que tienen vínculo directo con Avianca S.A. Estas personas no transitan en las instalaciones de Avianca, sino en el aeropuerto, por lo que quién tiene la explotación es a quien le dan los permisos, que en este caso es Avianca, quien solicita a la OPAIN que es quienes manejan todo el tema de seguridad de la aerolínea a través de la Aerocivil para que las personas puedan ingresar, y así, les dan un carnet, que dice si son trabajadores o cooperados, pero Avianca no expide el carnet. Avianca tiene permisos otorgados para circular dentro del aeropuerto el Dorado, pero no tiene un espacio delimitado.

Estima la Sala, que en el presente asunto la demandada logra desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, pues la prueba recaudada permite colegir que la demandante se desempeñó de manera autónoma o autogestionaria con la Cooperativa de Trabajo, quien ejercía el poder disciplinario sobre el trabajador. Además, conforme a los medios probatorios obrantes en el expediente se verifica que la Cooperativa se servía de sus propios medios operacionales para llevar a cabo la labor al utilizar los elementos de trabajo y

acondicionamientos físicos que Avianca S.A., le entregó en comodato según el contenido del contrato de folios 82 a 400⁹.

Así, como quiera que la parte demandante no trajo la prueba testimonial decretada en su favor, y las demandadas desistieron de su práctica en su totalidad, el Tribunal debe remitirse al contenido de los documentos aportados al proceso, según los cuales entre Avianca S.A. y Servicopava se suscribió un contrato surgido de la aceptación de la oferta mercantil de la compra de servicios, luego se insiste que, nada diferente arroja esta documental más allá que la prestación del servicio fue desarrollado por esta última de manera autónoma y autogestionada. Es decir, que no existen pruebas que demuestren que la ejecución de las labores se hubiera desarrollado en condiciones distintas a las propias de un asociado cooperado que es lo único que arroja la lectura de la documental aportada.

Nótese como los documentos aportados evidencian que hubo una afiliación por parte del demandante a Servicopava, que se le pagaron compensaciones y demás emolumentos propios del régimen de las cooperativas de trabajo, incluso la cooperativa fue quien le otorgó permiso para atender una calamidad doméstica; lo que permite concluir que la labor fue propia de un régimen cooperado.

De otro lado, no se evidencia que el actor recibió órdenes de personal directamente vinculado a Avianca S.A. y, aunque los elementos con que ejecutó sus funciones eran de propiedad de Avianca S.A., se demostró que estos fueron entregados en comodato a Servicopava, como se colige de la documental allegada.

Así las cosas, en criterio de Sala, las demandadas cumplieron con el deber que les 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 demostraron que el demandante como asociado cooperado, prestó a AVIANCA S.A. servicios de manera independiente y autogestionada, entre el 8 de marzo de 2010 al 30 de noviembre de 2017,

⁹ Expediente digital// 04. Contestación Servicopava

por lo que se desvirtúa la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo. En consecuencia, se confirmará la decisión absolutoria de primera instancia.

Cumple precisar que, si bien existen pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en los que se ha declarado la existencia del contrato realidad en procesos similares al que ahora ocupa la atención de la Sala, contra las mismas enjuiciadas, cada proceso debe analizarse de conformidad con las pruebas traídas en cada caso concreto. Es así, como esta misma Sala de decisión, en oportunidades anteriores, en las que sí se demuestra la configuración del derecho y no se desvirtúa el elemento esencial de la subordinación, ha atendido las pretensiones de la parte actora declarando la existencia del contrato de trabajo; situación que en el sub lite, no ocurrió.

De conformidad con las consideraciones expuestas y atendidos los argumentos de apelación, la Sala confirmará la sentencia apelada.

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 1 de abril de 2022 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN
Magistrada
032 3019 00561 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2020 00318 01.
DEMANDANTE: ENRIQUE ALFONSO RODRÍGUEZ.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES Y PALMAS OLEAGINOSAS
BUCARELIA S.A.S.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 16 de febrero de 2023.

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 16 de marzo de 1989 al 2 de diciembre de 1992; en consecuencia, se condene a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez reconocida al demandante, teniendo en cuenta el periodo no cotizado, así como el pago de la diferencia de las mesadas y la indexación; asimismo a realizar el cálculo actuarial por ese periodo y, a Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. 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 nació el 28 de junio de 1946. Que existió un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., el cual inició el 16 de marzo de 1989 y terminó el 6 de octubre de 2007. Por Resolución 006279 de

2007, el Instituto de Seguros Sociales le reconoció pensión de vejez a partir del 1º de julio de 2007, en cuantía inicial de \$554.516, basada en 691 semanas de cotización, un ingreso base de liquidación de \$1'026.882, al que se le aplicó una tasa de reemplazo de 54%; pues para la liquidación de la mesada, no se tuvo en cuenta el tiempo laborado a la empresa, del 16 de marzo de 1989 al 2 de diciembre de 1992 (fls.5 a 7, 01DemandaAnexos).

Al dar respuesta, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones incoadas en su contra. En cuanto a los hechos, admitió la data de nacimiento del actor, su afiliación a pensión, el extremo final del contrato de trabajo, el acto administrativo a través del cual se le reconoció la pensión de vejez, la fecha a partir de la cual le fue reconocida, la cuantía, semanas, IBL y tasa de reemplazo tenidas en cuenta y, el tiempo no cotizado que no se tuvo en cuenta. Respecto de los demás indicó no ser ciertos. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación a cargo de Colpensiones, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, pago, compensación, buena fe, no configuración del derecho al pago del I.P.C., no configuración del pago de indexación o reajuste alguno y, no configuración de derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y, las demás declarables oficiosamente.

En su defensa manifestó que los periodos en controversia solo se pueden tener en cuenta para el reconocimiento de la pensión de vejez únicamente si el empleador omiso, cancela o cancelaba ante la entidad las cotizaciones en pensión no efectuadas en su tiempo a favor del trabajador, con los correspondientes intereses por su pago extemporáneo, sin que a Colpensiones le asista obligación de cobro coactivo y por ende debe efectuarse por parte del empleador presentar la solicitud respectiva y deberá radicar la documentación para el trámite. En consecuencia, el demandante no tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que se está ante la falta de afiliación y pago de aportes, por lo que la reliquidación deprecada solo será procedente mediante solicitud por vía administrativa con posterioridad al pago del cálculo actuarial (fls.2 a 9, 09ContestaciónColpensiones).

Por su parte, Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la fecha de nacimiento del demandante y, relación laboral con sus extremos temporales; respecto a los demás manifestó no ser ciertos o no constarle. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, doctrina probable, buena fe, prescripción 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 1992, pues con anterioridad se encontraba en imposibilidad legal de realizar la afiliación y pago de aportes al sistema, de conformidad con 3041 de 1966 (fls.2 a 15, 03ContestacionPalmas).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 16 de febrero de 2023 (16Audencia16022023), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre ENRIQUE ALFONSO RODRÍGUEZ y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., existió un contrato de trabajo, desde el 16 de marzo de 1989 hasta el 6 de octubre de 2007.

SEGUNDO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES- a realizar el cálculo actuarial, por el tiempo en que ENRIQUE ALFONSO RODRÍGUEZ no estuvo afiliado al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por cuenta de la empresa PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S., esto es, del 16 de marzo de 1989 al 2 de diciembre de 1992.

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

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que, una vez reciba el valor del referido cálculo actuarial, proceda a reliquidar la pensión de vejez del demandante.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. Inclúyase para su liquidación la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.

Como sustento de su decisión, señaló que aun cuando la cobertura del Instituto de Seguros Sociales en el municipio de Puerto Wilches no

existía para la época que se reclama, 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 y; como quiera que el tiempo dejado de cotizar durante la vinculación laboral, tiene adicionalmente la consecuencia de perjudicar la expectativa pensional del demandante, sin que exista justificación de orden legal o fáctica.

En cuanto a la reliquidación pensional, consideró que aunque la entidad de Seguridad Social no se encuentra en la obligación de realizar un cálculo actuarial respecto de un empleador que, salvo una orden judicial como la presente, no reconozca la existencia del vínculo laboral y solicite la elaboración del cálculo actuarial para realizar el pago correspondiente, para no hacer nugatorias las reclamaciones elevadas por el demandante, ordenó a Colpensiones que una vez sea pagado el cálculo actuarial por parte de la empresa, proceda a reliquidar la prestación de vejez del demandante conforme a las normas que resulten aplicables y que en derecho corresponda.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión, demandante y demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., interpusieron recurso de apelación.

El demandante, solicita se revoque parcialmente la sentencia en el sentido de imponer condena en concreto en lo referente a la reliquidación de la pensión de la mesada pensional, teniendo en cuenta que el fallo apelado no cuantifica dicho monto ni fecha de causación, lo que afecta directamente la mesada pensional.

Por su parte, la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S. reprocha la condena, considerando que mal puede pregonarse una omisión, teniendo en cuenta que la obligación de pago de aportes no estaba vigente para la época reclamada.

IV. CONSIDERACIONES

No es materia de discusión en esta instancia, que entre el demandante y la empresa Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., existió una relación laboral vigente entre el 16 de marzo de 1989 y el 6 de octubre de 2007; así fue aceptado por la empresa accionada, además, de ser demostrado en el plenario con el contrato de trabajo allegado (fl.103 a 105, 03ContestacionPalmas), así como la certificación laboral expedida por la empresa (fl.11, 01DemandaAnexos).

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.

i) Aportes a seguridad social.

Argumenta la demandada, que la obligación de afiliar a sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales, no existía para antes del 1º de diciembre de 1992, por cuanto su centro de operaciones y lugar de prestación del servicio del actor, es el Municipio de Puerto Wilches, es decir, en una fecha posterior al periodo en que inició la relación laboral con el demandante, por lo que no incurrió en omisión alguna.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

(...)”

De conformidad con el anterior criterio, aunque la empresa demandada solamente se vio obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales a partir del 1 de diciembre de 1992, 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 Oleaginosas Bucarelia S.A.S., desde el 16 de marzo de 1989, 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 1 de diciembre de 1992, teniendo que el accionante fue afiliado desde el 3 de diciembre de 1992.

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 1 de diciembre de 1992, 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 1 de diciembre de 1992, 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 16 de marzo de 1989 y, hasta cuando fue efectivamente afiliado, 3 de diciembre de 1992; tal como lo encontró la a quo.

ii) Recurso del demandante.

De otra parte, reprocha el demandante se imponga condena en concreto en lo referente a la reliquidación de la pensión de la mesada pensional.

Al respecto, baste con indicar que, no es posible determinar los valores exactos en esta instancia, hasta tanto no se haga efectivo el pago del cálculo actuarial correspondiente por parte de la demandada Palmas Oleaginosas Bucarelia S.A.S., por el periodo ordenado. No obstante, tal como lo indicó el *a quo*, la obligación impuesta a Colpensiones, de reliquidar la pensión de vejez del demandante una vez reciba el valor del referido cálculo actuarial, corresponde a los salarios percibidos por el demandante mes a mes, dentro del periodo comprendido entre el 16 de marzo de 1989 al 2 de diciembre de 1992, los cuales se encuentran determinados en la certificación visible a folio 25, archivo 03ContestacionPalmas y; la juez determinó de manera expresa en su sentencia. En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia también en este aspecto.

En este sentido, se confirmará la sentencia de primera instancia en su integridad. No se causan costas en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, el 16 de febrero de 2023.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



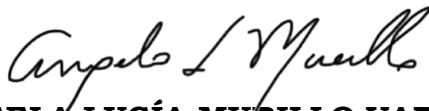
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

036 2020 00318 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 036 2020 00384 01
DEMANDANTE: JOHN ALEXANDER CAÑÓN LINARES
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de febrero de 2023.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió se condene a la demandada a pagar las mesadas pensionales por concepto de retroactivo, con ocasión a la pensión de invalidez, desde el 7 de noviembre de 2011 hasta diciembre de 2012, por cuantía de un salario mínimo mensual para cada anualidad; los intereses moratorios; los derechos ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que cuenta con más de 47 años de edad, es de estado civil soltero, no tiene hijos, ni padres. Tiene una pensión de invalidez de un SMLV, reconocida mediante Resolución No. GNR 121760 del 9 de abril de 2014; pues padece enfermedad VIH, patología que le fue calificada en el año 2011. Aduce que, desde la confirmación de la patología hasta la fecha, ha presentado un deterioro de salud acelerado, estando en grave riesgo su salud y vida misma; ha perdido la visión, con ocasión a los medicamentos y enfermedad, lo cual ha deteriorado su estado de salud de manera notoria y contundente.

Posterior al reconocimiento de la pensión de invalidez, la demandada no le concedió el retroactivo causado desde el 7 de noviembre del 2011 hasta el mes de diciembre del 2012, pese a que le fue estructurado su estado de invalidez el 7 de noviembre de 2011, con pérdida de capacidad laboral del 73.33%, mediante dictamen No 201200140VW del 31 de octubre de 2012; no obstante, fue incluido en nómina de Colpensiones a partir del mes de enero de 2014, como consecuencia de una acción de tutela que ordenó la inclusión en nómina y pago de la pensión de invalidez. Elevó el 30 de noviembre de 2017, reclamación del retroactivo, pero le fue negado; decisión impugnada a través del recurso de reposición y en subsidio apelación, que fueron resueltos confirmando la negativa. Manifiesta que solicitó el reconocimiento de su retroactivo, sin que existiera discusión respecto al reconocimiento pensional. Se le adeuda también adeuda las mesadas de diciembre de 2011 y 2012 (fls.5 a 12 y fls.1 a 9¹).

Al dar contestación Colpensiones, se opuso al éxito de las pretensiones. Aceptó la pensión de invalidez del actor, el acto administrativo por medio del cual le fue reconocida, sin reconocimiento de retroactivo, la fecha de estructuración del estado de invalidez, el dictamen, la tutela, la inclusión en nómina, la solicitud del retroactivo, la negativa de la entidad, los recursos y la confirmación de la negativa. Manifestó no ser cierta la edad del actor ni el porcentaje de PCL; no constarle su estado civil, carencia de familiares, ni deterioro de salud y; no ser una situación fáctica que solicitara el retroactivo sin que existiera discusión respecto al reconocimiento pensional, ni las mesadas que considera se le adeudan.

Formuló las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, buena fe en las actuaciones de Colpensiones, inexistencia de la obligación, no configuración de condena por intereses moratorios, compensación y, las demás declarables de oficio. En defensa de sus intereses argumentó que, a través de Resolución GNR 121760 del 09 de abril de 2014, se estableció como efectividad el 14 de enero de 2013, misma fecha ordenada por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en instancia de tutela, en este orden de ideas, no es posible acceder al reconocimiento del

¹ 01DemandaAnexo y 06ReformaDemanda

retroactivo a partir de la fecha de estructuración, modificando de esta manera lo ordenado por la autoridad judicial (fls.2 a 9 y 2 a 6²).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de febrero de 2023, resolvió absolver de todas las pretensiones incoadas en la demanda y se abstuvo de imponer costas.³

Como sustento de su decisión, señaló que se configuró el fenómeno de la cosa juzgada constitucional que puede ser declarada oficiosamente, por ello no es posible alterar lo resuelto en la acción constitucional, que hizo tránsito a cosa juzgada y se caracteriza por su inmutabilidad, pues el juez constitucional emitió decisión de carácter definitivo, a lo que se suma la imposibilidad de modificar la fecha de reconocimiento de la prestación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandante, argumenta en síntesis que el fallo de tutela no puede tener el carácter de definitivo, pues las acciones de tutela, como lo ha manifestado de antaño la Corte Suprema de Justicia y la Constitucional, no es impedimento para acudir a debatir lo que es objeto de este litigio, que es el retroactivo dejado de cancelar. Asimismo, no hay identidad de objeto, habida cuenta que aquí se está ventilando el retroactivo dejado de cancelar y, en la tutela lo que se hizo fue acceder como mecanismo para evitar el perjuicio irremediable frente al estatus y reconocimiento pensional y de contera, incluirlo en nómina, pero no debatirse de manera amplia y necesaria como amerita el retroactivo, que es a partir de la fecha de estructuración; sin que además, en la parte resolutive se indicara que fuera de manera definitiva dicho fallo.

IV. CONSIDERACIONES

² 05ContestacionColpensiones y 09ContestacionReforma

³ 23Audiencia21022023

No fue objeto de debate que mediante dictamen de pérdida de capacidad laboral, Colpensiones determinó que el actor padece una pérdida de capacidad laboral del 73.55%, estructurada el 7 de noviembre de 2011, de origen común; a través de Resolución N° GNR 058208 de 2013, la demandada le negó la pensión de invalidez por no acreditar 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez.

Tampoco se discutió, que el señor Cañón Linares interpuso acción de tutela en contra de la decisión de la administradora, por lo que el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 7 de febrero de 2014, dispuso el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez a partir del 14 de enero de 2013; en cumplimiento de lo cual, Colpensiones procedió a reconocer la prestación al demandante, a partir del 14 de enero de 2013, en cuantía inicial de \$589.500, mediante Resolución GNR 121760 de 9 de abril de 2014 (fls.25 a 28⁴).

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

Cosa Juzgada

Arguye el recurrente que en el presente asunto no ha operado el fenómeno de la cosa juzgada, teniendo en cuenta que la acción de tutela no está consagrada para desplazar el juicio ordinario; no hay identidad de objeto, pues en la tutela no se debatió el retroactivo dejado de cancelar que debe debatirse de manera amplia y necesaria y, que es a partir de la fecha de estructuración y; que en la parte resolutive de la acción constitucional debió indicarse que era de manera definitiva, sin que se hubiere hecho.

Sobre el particular, el artículo 303 del Código General del Proceso, frente a la cosa juzgada, establece que *“La sentencia ejecutoriada proferida*

⁴ 01DemandaAnexos

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

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

Pues bien, dicha figura jurídica ha sido concebida como la atribución o capacidad definitiva de un pronunciamiento de concluir o culminar un litigio, que en palabras de la Corte Constitucional se entiende «es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y, en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico»⁵.

⁵ Sentencia C-774 de 2001

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

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

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

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

[...]

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

Con el objeto de verificar si en el presente asunto se ha configurado la cosa juzgada es necesario indagar lo analizado en la acción constitucional, para lo cual, la Sala se remite a la sentencia que fue aportada con la demanda a folios 18 a 23.

De conformidad con el contenido de los folios 18 a 23, ante el Juzgado 10 Laboral del Circuito de Bogotá, se surtió la acción de tutela radicada bajo el número 2014-047, en la cual, el señor Jhon Alexander Cañón Linares instauró la acción constitucional en contra de

Colpensiones, solicitando el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, mínimo vital, igualdad y a la seguridad social en conexidad con el derecho a la vida y, en consecuencia, el reconocimiento y pago de la pensión por invalidez **desde la fecha de estructuración de la invalidez (07/11/2011)**, junto con el pago de todas y cada una de las mesadas dejadas de percibir, en atención a que es paciente con infección por el Virus de Inmunodeficiencia Adquirido (VIH), se retiró de trabajar el 31-10-2010 y actualmente no puede laborar; el 14-01-2013 solicitó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, luego que se le emitiera un dictamen que calificó su pérdida de capacidad laboral en un 73.55%, el cual tuvo como fecha de estructuración el día 7/11/2011.

Mediante sentencia del 7 de febrero de 2014, el juez constitucional resolvió tutelar los derechos fundamentales del señor Cañón Linares y, ordenó a Colpensiones, expedir la Resolución administrativa de reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a que tiene derecho el señor JHON ALEXANDER CAÑÓN LINARES, en la suma que corresponda y a partir del día 14 de enero del año 2013; decisión que fundamentó en el hecho de que, el accionante es una persona en situación de especial protección constitucional y que el mismo está frente a un perjuicio irremediable dado que se encuentra en circunstancias de debilidad manifiesta al ser portador del VIH/SIDA y al tener una pérdida de su capacidad laboral del 73.55%, resultando procedente la acción constitucional de tutela para el reconocimiento de la pensión solicitada y, al estudiar el cumplimiento de los requisitos, encontró que tiene más de 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de invalidez, es decir entre el 7 de noviembre de 2011 y el 7 de noviembre de 2008, cumpliendo los requisitos exigidos por la Ley 860 de 2003 (fls.18 a 23).

De la lectura del fallo de tutela, se extrae que el Juez constitucional determinó que el accionante era sujeto de especial protección constitucional en atención a su condición de salud, por ello, ordenó el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, en la suma que corresponda y, a partir del 14 de enero de 2013, día en que se radicó la primera solicitud.

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

Cumple precisar que, si bien en aquel momento no se solicitaba expresamente el retroactivo pensional, sí se solicitó la prestación a partir de la data de estructuración de la invalidez, 7 de noviembre de 2011; sin que el hecho de que la juez constitucional la concediera a partir de la fecha en que se radicó la primera solicitud, el 14 de enero de 2013, haya sido objeto de impugnación en su momento, decisión que quedó debidamente ejecutoriada; sin que ahora pueda decirse que la decisión no fue de carácter definitivo, pues esta es la característica propia de una acción de tutela, salvo que se anote expresamente en el fallo respectivo su carácter transitorio; situación que en el *sub lite* no ocurrió.

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

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



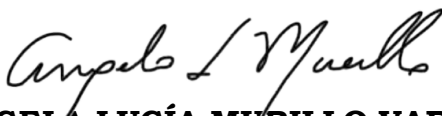
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

036 2020 00384 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 037 2020 00266 01
DEMANDANTE: MAGDA TERESA SUAREZ TOVAR
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y
SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A
**LLAMADA EN
GARANTÍA:** MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Skandia S.A, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de mayo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare la nulidad del traslado de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, efectuado a través de Protección y posteriormente Old Mutual, hoy Skandia Pensiones y Cesantías S.A. En consecuencia, se ordene el traslado de los aportes a Colpensiones y, a ésta, aceptar nuevamente su vinculación. Asimismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 01 de diciembre de 1968; cotizó al ISS desde el 10 de noviembre de 1989 al 30 de septiembre de 2001, un total de 427 semanas. Se trasladó a Protección S.A el 1º de octubre de 2001, como consecuencia de las falsas expectativas referentes a supuestas ventajas que ofrecía respecto del ISS;

posteriormente, se trasladó a Old Mutual hoy Skandia, el 1º de julio de 2013. Realizó reclamación administrativa el 28 de mayo de 2020 ante Colpensiones, solicitando la nulidad del traslado al RAIS, obteniendo respuesta negativa. El 27 de mayo de 2020, solicitó a los fondos privados su traslado, pero le fue negado. Aduce que las demandadas al momento de realizar la afiliación faltaron al deber de información, no le elaboraron proyección de su mesada pensional, ni parámetro comparativo entre regímenes (fls.2 a 9, 01DemandaAnexos).

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 reclamación administrativa y su respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló las excepciones de mérito que denominó: Inexistencia del derecho y de la obligación para regresar al régimen de prima media con prestación definida, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y, las declarables de oficio. 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 20 años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante 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. 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 la afiliada también recaía su deber de información (fls.2 a 26, 10ContestacionDemandaColpensiones).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la data de nacimiento de la demandante, la solicitud de traslado 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 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 (fls.03 a 23, 09ContestacionDemandaProteccion).

Skandia S.A., rechazó el éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la afiliación a este fondo, dijo que era parcialmente cierto el derecho de petición y su respuesta y, manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. Propuso las excepciones que denominó: 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 (fls.03 a 21, 07ContestacionDemandaSkandia).

Finalmente, llamó en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. en virtud de los contratos de seguro previsional vigentes entre 2013 a 2018 (fls.62 a 65); 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 (fls.2 a 22, 13ContestacionDemandaLlamamientoGarantia).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 25 de mayo de 2023 (22ActaAudiencia), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURÍDICO DE TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora MAGDA TERESA SUÁREZ TOVAR del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por intermedio de la AFP PROTECCIÓN S.A. lo que ocurrió el 10 de agosto de 2001, así como, aquella afiliación efectuada a la AFP SKANDIA S.A. En consecuencia, se DECLARA válida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, conforme se expuso.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SKANDIA S.A., a transferir a COLPENSIONES todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el periodo en que la accionante estuvo vinculada en este régimen, precisando que los rubros, relacionados con descuentos realizados por gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, serán con cargo a los propios recursos de la entidad SKANDIA y deberán ser regresados a COLPENSIONES de manera indexada, conforme se expuso.

TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a transferir a COLPENSIONES lo relacionado con gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como las comisiones y porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por el periodo que estuvo vinculada la demandante a esta administradora, precisando que los rubros, deberán retornar a COLPENSIONES de manera indexada y estarán a cargo de PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos, teniendo en cuenta los extremos temporales de la demandante a dicha administradora, conforme se expuso.

CUARTO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. de las pretensiones invocadas en el llamamiento en garantía.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A., incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1'500.000 M/Cte.

SEXTO: Se ordena remitir el presente proceso a la 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 se expuso.

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

Inconforme Skandia, reprocha la condena, dado que los gastos de administración son utilizados para administrar la cuenta de ahorro individual, y gracias a una óptima administración de los aportes, se generaron los rendimientos, por lo que estarían imposibilitados a devolver las comisiones. Ahora bien, los descuentos fueron realizados por mandato legal. Al Juez le corresponde hacer un estudio de ponderación en cuanto a la teoría de las restituciones mutuas y la buena fe, teniendo en cuenta que durante toda la relación contractual del vínculo de afiliación con la demandante, siempre ha sido el de administrar la cuenta de ahorro individual de manera diligente, por ello no es procedente que se retornen emolumentos, pues se estaría causando un detrimento, dado que tendría que responder con su propio patrimonio. En gracia de discusión, con respecto a los seguros de invalidez y sobrevivientes, es Mapfre quien debe entrara a responder por estos valores, pues si no existe el contrato de vinculación, no tendría que haber pagado el aseguramiento; en su defecto, solicita que no se deba hacer la respectiva indexación, dado que causaría enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por 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 en el proceso que la actora estuvo afiliada y cotizó al seguro social, desde 10 de noviembre de 1989 al 30 de septiembre de 2001 (fls.74 a 80, Proceso Ordinario. 2020-00266); fecha a partir de la cual, migró al RAIS, a través de la AFP Protección S.A, mediante la suscripción de formulario de vinculación del 10 de agosto de 2001 (fl.31 y 41, 09ContestacionDemandaProteccion); posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP Skandia S.A, a partir del 20 de mayo de 2013 (fl.66, 07ContestacionDemandaSkandia).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, en el 2001 empezó a trabajar como contratista en la empresa Codensa, personas de Protección entraron a la oficina y se acercaron a los puestos de trabajo; le comentaron que tenían la posibilidad de salvar sus aportes debido a que ISS se iba a acabar y para eso era necesario que se trasladaran a Protección, por ello firmó el formulario junto con otras personas. Afirma que no conocía los requisitos para pensionarse, que faltó información y asesoría por parte del fondo privado; nunca recibió ningún tipo de asesoría. Quiere regresar a Colpensiones debido a que compañeros le dijeron que era mejor la mesada pensional y con ese dinero no podría tener calidad de vida. Respecto al traslado a Old Mutual, indica que fue por la misma información que recibió por parte de los fondos privados y le hicieron un ofrecimiento mejor o un regalo; no recuerda que le ofrecieron, pero tampoco le brindaron información sobre las semanas cotizadas, solo que sus aportes no se iban a perder. Afirma no saber de dónde sacaron la información del formulario, lo único que ella hizo fue

firmar y no lo leyó a detalle, solo sus datos básicos; firmó de manera libre y voluntaria.

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 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). 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 confirmada en estos aspectos, pero se adicionará, para indicar que Al momento de cumplirse estas órdenes, 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 cierre 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: ADICIONAR los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 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: 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

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
con aclaración de voto
037 2020 00266 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 038 2016 00638 01
DEMANDANTE: JOSE OLIVO MORENO MONTIEL
DEMANDADO: EMPRESA DE INGENIERÍA MECÁNICA CIVIL Y
MANTENIMIENTOS DE CASANARE S.A.S. - IMECA
S.A.S., TECPETROL COLOMBIA S.A.S. y,
PETROTIGER SERVICES COLOMBIA LTDA hoy
SUMMUM ENERGY S.A.S.
**LLAMADAS EN
GARANTÍA:** ASEGURADORA SOLIDARIA DE COLOMBIA y
SEGUROS DEL ESTADO

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de mayo de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare que entre las partes existieron varios contratos de trabajo por labor determinada para trabajadores que no son de dirección, confianza y manejo, desde el 22 de septiembre de 2012 hasta el 1º de agosto de 2013, terminado de forma unilateral y sin justa causa. En consecuencia, se condene a las demandadas a reconocer y pagar todas las acreencias laborales que dejó de percibir durante el tiempo laborado, tales como salarios, bono técnico diario, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, auxilio de transporte, la porción patronal de aportes a la seguridad social en pensión, indemnización por terminación unilateral de que trata el artículo 64 del C.S.T., indemnización moratoria,

indemnización por no consignación de las cesantías, intereses moratorios e, indexación; lo ultra y extra *petita* y, las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que suscribió varios contratos de trabajo por labor determinada para trabajadores que no son de dirección, confianza y manejo, con la empresa de Ingeniería Mecánica Civil y Mantenimientos de Casanare S.A.S., Imeca S.A.S., así: *i)* del 22 de septiembre al 21 de diciembre de 2012, *ii)* del 14 de mayo al 1º de junio de 2013, *iii)* del 19 de junio al 17 de julio de 2013 y, *iv)* del 22 de julio al 1º de agosto de 2013; desempeñando el cargo de Capataz de Montaje, con una remuneración mensual de \$1'800.000, más un bono técnico mensual de \$14.000. aduce que la labor encomendada fue ejecutada de manera personal y bajo órdenes y directrices de la demandada Imeca S.A.S., pero se realizaba en las instalaciones de Tecpetrol Colombia S.A.S., para proyectos de la industria del petróleo y/o construcciones y demás labores de planta de gas, donde opera Petrotiger Services Colombia Ltda. PTS Colombia Ltda. Los elementos y herramientas eran de la demandada Tecpetrol Colombia S.A.S.

Manifiesta que jamás se presentó queja alguna o llamado de atención en su contra. Las partes acordaron un horario de trabajo de 7:00 a.m. a 4:00 p.m., de domingo a domingo; fue afiliado a seguridad social integral, en salud, pensión y riesgos profesionales, sin embargo, no existe claridad si los aportes se pagaron mes a mes. El 1º de agosto de 2013, la empresa Imeca S.A.S., decidió dar por terminado de manera unilateral, sin justa causa, el contrato de trabajo, pero aún no estaba ejecutado en un 70% o más de la labor contratada entre las demandadas. Aduce que, la demandada no pago salarios, ni prestaciones sociales, frente al último contrato pactado. Citó a las demandadas a conciliación, la cual se declaró fallida (fls.3 a 19¹).

Petrotiger Services Colombia Ltda., hoy Summum Energy S.A.S., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Manifestó que no le constan los hechos. Propuso las excepciones de fondo de cobro de lo no debido por inexistencia de la solidaridad, cobro de lo no debido por ausencia de

¹ Carpeta: 01ExpedienteFisico// EXP 2016-638

causa, buena fe y, prescripción. En su defensa adujo que no existe soporte probatorio o argumentativo que permita señalar la responsabilidad solidaria respecto de esta demandada, pues no se cumplen los requisitos del artículo 34 del C.S.T. (fls.205 a 219²).

Tecpetrol Colombia S.A.S., reprocha la totalidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos indicó que no son ciertos o no le constan. Propuso la excepción de prescripción como previa y de mérito, así como las perentorias de inexistencia de la obligación, inexistencia de la solidaridad, cobro de lo no debido y buena fe. Fundamentó su defensa en que celebró un contrato comercial con Petrotiger Services Colombia Ltda., para la prestación de unos servicios que no hacen parte de su objeto social; por lo que al contar ésta última con autonomía e independencia, desconoce las circunstancias de modo, tiempo y lugar, que se suscribió el contrato comercial con IMECA SAS., desconociendo la vinculación laboral que aduce el demandante. Recalca que no se cumplen los presupuestos establecidos por el artículo 34 del C.S.T., pues la actividad realizada por el demandante a favor del contratista, es extraña a sus actividades (fls.281 a 303³).

Al no poder ser notificada personalmente la demandada Empresa de Ingeniería Mecánica Civil y Mantenimientos de Casanare S.A.S. IMECA S.A.S., se dispuso su comparecencia al proceso a través de curador ad litem, quien se pronunció, manifestando en cuanto a las peticiones, que deben despacharse de acuerdo con la realidad procesal. Indicó no constarle la totalidad de la situación fáctica. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones pretendidas, ausencia de título y de causa en las pretensiones del demandante, ausencia de obligación en la demandada y pago total. Para enervar las pretensiones, adujo que, de acuerdo con lo manifestado por la parte actora en los hechos de la demanda, se trató de varias relaciones laborales, la cuales fueron liquidadas y pagadas de manera oportuna y completa⁴.

² Carpeta: 01ExpedienteFisico// EXP 2016-638

³ Carpeta: 01ExpedienteFisico// EXP 2016-638

⁴ Carpeta: 16ContestacionCurador20210513//CONTESTACION CURADURIA JUZ 38 2016-638

Finalmente, Petrotiger Services Colombia Ltda., llamó en garantía a Aseguradora Solidaria de Colombia y a Seguros del Estado, en virtud de las pólizas de seguro tomadas por IMECA S.A.S., para garantizar el cumplimiento, pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones y la estabilidad de los contratos suscritos (fls.1 a 7⁵ y fls.3 a 12⁶).

Al contestar la Aseguradora Solidaria de Colombia, Entidad Cooperativa, rechazó el éxito de las aspiraciones, tanto de la demanda inicial como del llamamiento. Aceptó como cierto que celebró el contrato de seguro al cual se hace referencia y, manifestó que los demás hechos no le constan. Propuso las excepciones que denominó: **i)** *«Ausencia de cobertura de la póliza de cumplimiento no. 605-45-994000005886 por no existir prueba del incumplimiento en el pago de salarios y prestaciones sociales del demandante»*, **ii)** *«Ausencia de demostración de la ocurrencia y cuantía de la pérdida»*, **iii)** *«Prescripción»*, **iv)** *«Limitaciones derivadas de la póliza de cumplimiento No. 605-45-994000005886»* y, **v)** las demás declarables oficiosamente. Como fundamentos de defensa indicó que, en el presente asunto se reclama una eventual indemnización por el supuesto despido injusto del trabajador, para lo cual necesariamente deberá acreditarse dicha circunstancia, no obstante, se trata de un contrato por obra o labor determinada; en todo caso, indica que se atiene al contenido textual y exacto de la póliza y sus condiciones generales y particulares (fls.2 a 12⁷).

Por su parte, al dar respuesta al llamamiento en garantía, Seguros del Estado S.A, se opuso al mismo, así como a la prosperidad de las pretensiones del libelo inicial. Admitió las pólizas tomadas por la empresa Petrotiger Services Colombia Ltda., para el cumplimiento de las obligaciones derivadas de las órdenes de pedido, con Tecpetrol Colombia S.A.S. y; manifestó no ser ciertos o no constarle los demás hechos contenidos tanto en la demanda, como en el llamamiento. Propuso las excepciones de mérito frente a la demanda, de inexistencia de responsabilidad y/o obligación alguna a cargo de las entidades

⁵ Carpeta: 01ExpedienteFisico//EXP CUAD 1 LLAMADO EN GARANTIA

⁶ Carpeta: 01ExpedienteFisico//EXP CUAD 2 LLAMADO EN GARANTIA

⁷ Carpeta: 03ContestacionAseguradora20201022 //SUBSANACIÓN DE LA CONTESTACIÓN JOSÉ OLIVO MORENO MONTIEL

demandadas, inexistencia de responsabilidad y/o obligación alguna a cargo de Tecpetrol Colombia S.A.S., cobro de lo no debido, prescripción y, cualquier otra que resulte probada en el proceso.

Frente al llamamiento en garantía, formuló las excepciones que denominó: **i)** *«ausencia de cobertura por cuenta de las pólizas de cumplimiento Nos. 21-45-101104114, 21-45-101103638, 18-45-101059037 y 18-45-101059038 invocadas como fundamento de la citación», ii)* *«inexistencia de obligación indemnizatoria a cargo de seguros del estado s.a. por cuenta de las pólizas de cumplimiento Nos. 21-45-101104114, 21-45-101103638, 18-45-101059037 y 18-45-101059038 invocadas como fundamento de la citación», iii)* *«prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro», iv)* *«límite de la eventual responsabilidad o de la eventual obligación indemnizatoria a cargo de mi representada y a favor del convocante», v)* *«las exclusiones de amparo expresamente previstas en las condiciones generales de la póliza que sirvió de fundamento para el llamamiento en garantía» y, vi)* *«cualquier otro tipo de excepción de fondo que llegare a probarse y que tenga como fundamento la ley o el contrato de seguro recogido en la póliza invocada como fundamento en el llamamiento en garantía.»*.

Expuso en su defensa que el amparo de la garantía única de cumplimiento se refiere al pago de salarios y prestaciones sociales; es decir, que la aseguradora está exenta de obligación alguna diferente a la contenida en el objeto del negocio jurídico aseguratorio (fls.3 a 26⁸).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 20 de mayo de 2022, absolvió a las demandadas de todas las súplicas de la demanda; se abstuvo de imponer alguna carga a las llamadas en garantía, por sustracción de materia y; gravó en costas al demandante.

⁸ 08ContestacionSegurosEstado20201202

En lo fundamental, señaló que no se acreditó en el informativo la prestación personal del trabajador al servicio del empleador, en el último periodo alegado, esto es, entre el 22 de julio y el 1º de agosto de 2013, sobre el cual estaban cimentadas las súplicas de la demanda.

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

Corresponde a la Colegiatura definir si entre el demandante y la empresa de Ingeniería Mecánica Civil y Mantenimientos de Casanare S.A.S. Imeca S.A.S., existieron varios contratos de trabajo por labor determinada entre el 22 de septiembre de 2012 y el 1º de agosto de 2013 y, si en consecuencia, los demandados deben ser condenados solidariamente, a pagar las acreencias laborales reclamadas en el libelo introductorio, derivadas del cuarto contrato aludido para el periodo 22 de julio a 1º de agosto de 2013.

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, establece el artículo 24 *ibídem*, modificado por el artículo 2.º de la Ley 50 de 1990, una presunción legal respecto a que toda relación de trabajo personal se encuentra regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole a quien la alega, la acreditación de la prestación del servicio personal, y a quien resiste la pretensión, derruir la presunción, desvirtuando la existencia de los demás elementos esenciales del contrato de trabajo, y acreditando los elementos de una relación de naturaleza jurídica distinta.

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

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

De las pruebas allegadas, analizadas en conjunto, existe certeza sobre la existencia de los contratos vigentes así: **i)** del 22 de septiembre de 2012 al 21 de diciembre de 2012, **ii)** del 14 de mayo de 2013 al 1º de junio de 2013 y **iii)** del 19 de junio de 2013 al 17 de julio de 2013; así se demuestra con los contratos suscritos entre el demandante y la empresa de Ingeniería Mecánica Civil y Mantenimientos de Casanare S.A.S., Imeca

S.A.S., por labor determinada para trabajadores que no son de dirección, confianza y manejo (jornalizados) (fls.49 a 55), las liquidaciones finales por término del plazo fijo pactado, desprendibles de pago, la comunicación de la concesión de un bono técnico, la carta de terminación de los contratos, autorización de exámenes médicos, documentos de reportes de tiempo, (fls.61 a 125)⁹

No sucede lo mismo respecto del contrato que se reclama por el periodo comprendido entre el 22 de julio de 2013 y el 1º de agosto de 2013; 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 demandante, para demostrar el vínculo laboral que lo unió con la empresa demandada IMECA S.A.S., allegó al plenario un contrato de trabajo por obra o labor, no obstante, tal como lo advirtió el *a quo*, el mismo no se encuentra suscrito por el empleador (fls.57 a 59). Asimismo, de folios 127 a 133, aparecen documentos de entrega de materiales al actor por parte de Tecpetrol los días 24, 25 y 29 de julio de 2013, sin que de su contenido se pueda relacionar en manera alguna a la empresa Imeca SAS como empleadora; pues dichos documentos, además de provenir de un tercero, no dan cuenta de la relación laboral, forma de vinculación, extremos, actividades, horarios o cualquier otro dato que pudiera llevar a entender que en efecto se trató de una verdadera relación contractual laboral con dicha empresa.

A petición del demandante, se recibieron los testimonios de Luis Hernán García y Marcos Aurelio Castaño. El primero manifestó que fue era ayudante técnico y conductor de la sociedad Imeca y haber trabajado en esa empresa con el demandante en el campo Rubiales entre mayo y julio de 2013, más o menos, en el pozo atarrayas; que el señor José Olivo era su jefe inmediato; dirigía la cuadrilla que hacía el mantenimiento y montaje.

⁹ 01ExpedienteFisico//EXP 2016-638

Que el actor trabajó hasta que terminó la obra en atarrayas, después llevaron el trasteo a Puerto Gaitán. Aduce que cumplían horario de 7 a 12, una hora de descanso y hasta las 5 de la tarde, no descansaban ni los domingos.

Marcos Aurelio Castaño Villa, conoció al demandante, pues fueron compañeros de trabajo en la empresa Imeca, en el año 2013; que el actor estaba como supervisor o capataz, era el que supervisaba las actividades, desarrollaba sus labores en diferentes partes, Petrotiger, Exxon. Dice que el señor José Olivo dejó de trabajar porque se habían declarado en quiebra, lo afirma porque salieron todos en la misma fecha. Que cumplían un horario de 6 a 5 de la tarde, de lunes a viernes.

Así mismo, al absolver interrogatorio de parte, los representantes legales de las accionadas Tecpetrol Colombia S.A.S. y Petrotiger Services Colombia Ltda., hoy Summum Energy S.A.S., informaron, la primera, que durante el año 2013-2014 se realizaron actividades en las cuales se contrató a la empresa Petrotiger para servicios especializados de ensayos de pozos, que se cumplieron en el municipio de Puerto Gaitán en un campo de exploración y producción y el campo Atarraya; que normalmente las empresas que no contratan la industria petrolera es habitual que a veces hagan subcontratación, pero eso no es algo que esté en el marco de la regulación o de lo que establece Tecpetrol como empresa, ellos tienen libertad para poder hacerlo y, no sabe si en este entendido, contrató con Imeca y, menos con el demandante, a quien no conoce.

Por su parte, el representante de Petrotiger Services Colombia Ltda., hoy Summum Energy S.A.S., dijo que entre mayo y julio de 2013 existió una relación comercial con Imeca, cuyo objeto era lo relacionado con montaje mecánico y prueba de equipos en las actividades en campo Pendane y Atarraya; Imeca a su vez decidió en su momento qué personal debía asignar a la ejecución de las actividades puntuales que eran objeto del contrato, pero no conoce la tipología laboral, como tampoco conoció al demandante.

Analizadas de manera detallada y conjunta las declaraciones rendidas, advierte la Sala que no se demostró que el demandante haya prestado sus servicios de forma personal a la demandada por el periodo que ahora se reclama, esto es, entre el 22 de julio y el 1º de agosto de 2013, 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, si bien se confirma la prestación del servicio del demandante hasta el mes de julio de 2013, nada aporta respecto del contrato que aquí se discute, vigente entre el 22 de julio y el 1º de agosto, pues no dan certeza de la fecha exacta del extremo final, debiendo precisar que el tercer contrato suscrito, quedó verificado que culminó el día 17 del mes de julio de 2013. Asimismo, los representantes legales de las llamadas a juicio en solidaridad, nada aportan al establecimiento de la relación laboral.

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, razón por la cual, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan modificar la decisión absolutoria analizada.

Bajo las anteriores condiciones, la Sala confirmará la sentencia de primer grado en su integridad. Sin costas en el grado jurisdiccional.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de mayo 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.



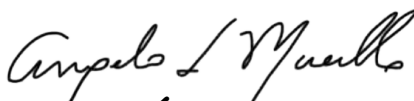
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

038 2016 00638 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 040 2021 00290 01
DEMANDANTE: MANUEL ALFONSO ROJAS BOADA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el grado jurisdicción de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 25 de julio de 2023.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por ser ineficaz la afiliación a Porvenir S.A. En consecuencia, se ordene a la AFP devolver a Colpensiones todas la sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que hayan sido descontados durante el tiempo que estuvo en poder de esa administradora y; a Colpensiones a reactivar la afiliación, actualizar y corregir la historia laboral, sin solución de continuidad. Asimismo, lo ultra y extra *petita* y las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró nació el 13 de octubre de 1961. Se afilió al ISS en el año 1994; se trasladó al RAIS por medio formulario de afiliación el 24 de junio de 1994, efectivo el 1 de agosto de 1994, a través de la AFP Porvenir, debido a un campaña de desinformación

por parte de la administradora, quien no suministró información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de trasladarse de régimen; no se le explicó la naturaleza propia del RAIS, sus características, diferencias con el Régimen de Prima Media, ventajas y desventajas, condiciones para acceder a la pensión o monto de la mesada, ni que ello dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual y del comportamiento del mercado financiero. Durante el período de cotizaciones no recibió asesoría por el personal de las administradoras, no sabía acerca de gastos de administración, ni el plazo de edad para retornar a Colpensiones; no le brindaron proyecciones para asegurar un monto pensional en condiciones dignas (expediente digitalizado, archivo 05, fls. 01 a 16).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento, la afiliación al régimen de prima media con prestación definida. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones, inexistencia del derecho reclamado a cargo de Colpensiones, saneamiento de la nulidad alegada, prescripción, buena fe, las genéricas o innominadas. Argumentó que el afiliado expuso su voluntad de trasladarse mediante el diligenciamiento del formulario suscrito, en donde se encuentra la manifestación expresa de que lo hizo de manera libre de apremios; su afiliación se hizo conforme a los requisitos legales y él mismo no manifestó su deseo de retractarse, por ello no es procedente alegarse la nulidad de la afiliación que en todo caso quedaría saneada por el tiempo, pues no existen vicios del consentimiento (archivo 14 fls. 03 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 genéricas. 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 varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 10 fls. 02 a 28).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 25 de julio de 2023 (expediente digital, archivo 28), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante Manuel Alfonso Rojas Boada, C.C. 19.460.095, en el año 1994 del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir SA, por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante Manuel Alfonso Rojas Boada ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante Manuel Alfonso Rojas Boada, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, y eventualmente de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante Manuel Alfonso Rojas Boada, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, y eventualmente de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, incluyendo en su liquidación como agencias en derecho la suma de un (1) salario mínimo legal mensual vigente, sin condena en costas para Colpensiones

SEPTIMO: CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, en lo desfavorable a Colpensiones, de igual forma respecto de los puntos que no sean objeto de apelación.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no logró demostró que dio cumplimiento a su deber de información debidamente ilustrada a la afiliada al momento de realizar el traslado.

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 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.

V. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones desde el 9 de mayo de 1984 (expediente digital, archivo 10, fl. 139) migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 24 de junio de 1994 (expediente digital, archivo 10, fl. 94)

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se desempeñaba como gerente comercial en una compañía general de alimentos, donde los visitaron unos asesores de Porvenir, fue una charla corta en la cual los invitaban a realizar el traslado y terminó firmando él y sus compañeros de trabajo; le afirmaron que el Seguro Social se iba acabar y que con ellos a futuro tendrían una mejor mesada pensional, no realizó preguntas porque pensó que era un argumento más que válido para tomar la decisión, firmó de manera voluntaria; el formulario ya venía preparado pero se aseguró que la información personal estuviera correcta. No le informaron que sus aportes iban a una cuenta de ahorro individual, de rendimientos, aportes voluntarios, derecho de retracto, ni cómo se financiaría su pensión; entendía que era un fondo de pensión manejado

por el Banco de Bogotá y para él era suficiente respaldo. El motivo para trasladarse a Colpensiones es porque tres años antes se acercó a una oficina a saber el cálculo de su mesada pensional y el valor fue muy bajo, eso le causó preocupación; le han llegado extractos, pero no entiende el cálculo, revisaba que las semanas fueran las correctas. Entiende que es más beneficioso estar en Colpensiones dado que la mesada sería de mayor valor. No se acercó luego del traslado, al ISS a pedir información, dado que entendió que se estaba cambiando de fondo mas no de régimen.

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

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

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

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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). 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).

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 y CSJ SL373-2021, entre otras.

Sin costas en este grado jurisdiccional.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 25 de julio de 2023, en el sentido de indicar que, 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: 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

(En uso de permiso)

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 040 2022 00391 01
DEMANDANTE: GUSTAVO ALFONSO GONZÁLEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de julio de 2023.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado y afiliación efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordene su retorno a Colpensiones y, se condene al fondo demandado trasladar a ésta todas las cotizaciones y rendimientos financieros que reposen en su cuenta de ahorro individual; asimismo, se condene reconozca lo extra y ultra *petita* y, se condene en costas a las demandadas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 23 de enero de 1957, contando a la fecha con más de 62 años de edad. Se encuentra cotizando para pensión desde enero de 1980, inicialmente al régimen de prima media con prestación definida, acumulando más de 2.012 semanas de cotización, de las cuales más de 668 lo fueron antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En noviembre de 1997, se encontraba trabajando en Acerías Paz del río S.A. cuando le solicitaron trasladarse de

régimen, por lo que firmó formulario de afiliación al Fondo Privado de Pensiones Colmena S.A., hoy Protección S.A, sin ningún tipo de asesoría en la materia. La AFP nunca le informó cómo se calculaba la pensión, ni de la restricción de traslado en razón a la edad. Solicitó a Colpensiones su traslado de régimen, pero le fue negado y; solicitó al fondo privado información y aclaración sobre el traslado de administradora, pero no obtuvo respuesta concreta (fls.4 a 20¹).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del actor, sus cotizaciones a pensión al RPM, las solicitudes elevadas y, sus respectivas respuestas. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, enriquecimiento sin justa causa, improcedencia de costas e intereses en contra de Colpensiones, conmutación pensional, prescripción, prescripción de la acción y las declarables de oficio. Argumentó en su defensa que el traslado del demandante al RAIS se efectuó de manera libre y voluntaria; además, solicitó el traslado nuevamente al RPM cuando le faltaba menos de 10 años para adquirir su estatus pensional y cuando se encontraba inmerso dentro de la prohibición establecida en la norma en razón a la edad (fls.1 a 17²).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento del accionante, las semanas cotizadas, el traslado de régimen, la fecha límite de restricción de traslado por la edad, la petición elevada y su respuesta. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones de mérito de declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de AFP Protección S.A., inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración

¹ 01ExpedienteTunja//1.PrimerInstancia//01. Folio 1-69 Expediente 2020-00027.

² 01ExpedienteTunja//1.PrimerInstancia//08. Folio 76-120 Colpensiones allega contestación a la demanda

cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y las declarables de oficio. En su defensa expuso que el demandante solicitó de manera libre y voluntaria el traslado de régimen, como se verifica con el formulario de afiliación, sin que se evidencie algún tipo de vicio de consentimiento; así mismo, el afiliado no era beneficiario del régimen de transición y, se encuentra dentro de la prohibición legar de trasladarse, en razón a la edad (fls.1 a 13³).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 10 de julio de 2023 (10AudenciasArticulos77Y80), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante, Gustavo Alfonso González C.C. 4.206.770, en el año 1997 del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Protección S.A., por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR que el demandante Gustavo Alfonso González ha estado afiliado al régimen solidario de prima media con prestación definida sin solución de continuidad desde su elección inicial, conforme a lo considerado.

TERCERO: DECLARAR no probados los medios exceptivos formulados por los apoderados judiciales de las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., conforme a lo expuesto.

CUARTO: CONDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, las sumas de dinero que están consignadas en la cuenta de ahorro individual del demandante Gustavo Alfonso González identificado con CC 4.206.770, incluidos los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia cobrados, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, y eventualmente de los bonos pensionales, si los hubiere o, en su defecto, cuando se rediman.

QUINTO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a que, una vez la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. traslade los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral del demandante, con sus respectivos valores, IBC y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización.

SEXTO: CONDENAR en costas a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección SA. En su liquidación, inclúyase la suma de un (1) salario

³ 01ExpedienteTunja//1.PrimerInstancia//26. Folio 169-217 Protección allega contestación a la demanda

mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho a su cargo y a favor de la parte demandante. Absolver condena en costas a Colpensiones.

SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá, en lo desfavorable a Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber cumplido con su deber de ofrecer al afiliado la información pertinente, veraz, oportuno y suficiente respecto del cambio régimen pensional, los beneficios y consecuencias del mismo; carga que le correspondía.

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 actora estuvo afiliado y cotizó al seguro social, hoy Colpensiones desde el 31 de diciembre de 1979 al 30 de noviembre de 1997 (fls.18 a 21⁴); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colmena S.A, hoy Protección S.A., mediante suscripción de formulario de vinculación, del 30 de octubre de 1997 (fl.14⁵).

⁴ 08. Folio 76-120 Colpensiones allega contestación a la demanda

⁵ 26. Folio 169-217 Protección allega contestación a la demanda

Al absolver interrogatorio de parte, el demandante señaló que se afilió con Colmena para el año 1997, cuando la empresa Acerías Paz del Río los notificó para informarles que el Seguro Social había quebrado y que podíamos esperar que los citaran en la oficina para firmar el formulario para el traslado al fondo; los citaron por orden y el formulario de vinculación se lo entregó una persona de la empresa, ya diligenciado y él únicamente lo firmó, porque les dijeron que el Seguro Social se terminaba, entonces que les tocaba trasladarse al fondo para quedar con pensión; no revisó el contenido. No hubo ningún asesor; en la empresa figuran todos los beneficiarios en la hoja de vida. Nunca ningún asesor les dio asesoría alguna. Lo único que le dijeron era que el fondo iba a dar una pensión igual a la del Seguro Social. No ha recibido extractos, ni se ha acercado a las oficinas de Protección a presentar alguna solicitud, queja o inconformidad. Quiere retornar a Colpensiones porque, en el 2019, empezaron los compañeros a lamentarse de la pensión de los que estaban afiliados al fondo, por lo que acudió a su abogado quien le hizo una liquidación, donde el fondo le daba una pensión de un salario mínimo y Colpensiones del doble o algo más.

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

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 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. 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; por lo que en este entendido se adicionará la sentencia.

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.

Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de julio de 2023, para ordenar que, al momento de cumplirse esta orden, los

valores deberán ser trasladados debidamente actualizados y, 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.

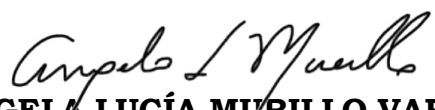
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
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 001 2020 00160 01.
DEMANDANTE: HERMINDA REYES DE BELTRAN y RAFAEL ANTONIO BELTRAN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de junio de 2022.

I. ANTECEDENTES

Los accionantes promovieron demanda laboral para que se condene a la demandada a reconocerles pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su hijo Fredy Antonio Beltrán Reyes, con las mesadas pensionales retroactivas e incrementos de ley, desde julio de 2018; los intereses moratorios y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narraron que son los padres del señor Fredy Antonio Beltrán Reyes (q.e.p.d.), quien empezó su vida laboral desde octubre de 2006 hasta mayo de 2017 y cotizó un total de 447 semanas, de las cuales 75 son cotizadas dentro de los 3 años anteriores a su fallecimiento. Que el causante no tuvo compañera sentimental, ni hijos; siempre vivió bajo el mismo techo y mesa con sus padres y, ellos dependían económicamente de su hijo. El 4 de abril de 2019, por medio de apoderada radicarón ante Protección los documentos para el

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, negada el 3 de septiembre de 2019, bajo el argumento de no haberse constatado la dependencia económica del causante y que, en su defecto harán la devolución de saldos (fls.42 a 46, cuaderno principal).

Al dar contestación, Protección S.A., se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación por ausencia falta de causa de Protección S.A. en el reconocimiento pensional, de la improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, prescripción y, compensación. En defensa de sus intereses argumentó que los demandantes no acreditan el requisito de dependencia económica previsto en la norma aplicable, pues el afiliado fallecido no aportaba una suma de dinero significativa para la subsistencia de sus padres, en consecuencia, no son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes reclamada (fls.57 a 68, cuaderno principal).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 10 de junio de 2022, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la existencia del derecho pensional de sobrevivientes a favor del Señores HERMINDA REYES DE BELTRÁN C.C 20.921.982 y RAFAEL ANTONIO BELTRÁN RODRÍGUEZ, C.C. 3.058.086 conforme la parte motivada de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. a RECONOCER Y PAGAR a los demandantes HERMINDA REYES DE BELTRÁN C.C 20.921.982 y RAFAEL ANTONIO BELTRÁN RODRÍGUEZ, C.C. 3.058.086, la pensión de sobrevivientes, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 con las modificaciones efectuadas en la Ley 797 de 2003, prestación que será reconocida a partir del 03 de junio de 2018, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, suma que deberá incrementarse anualmente; junto con el retroactivo pensional desde la fecha de causación y hasta cuando se haga efectivo su pago y mesadas pensionales adicionales de cada año; de conformidad con lo expuesto en precedencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. a reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del 04 de junio de 2019, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A. Tásense por secretaría.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

Como sustento de su decisión, señaló que los accionantes lograron demostrar la dependencia económica que amerita el reconocimiento de la prestación reclamada; enfatizó que no es necesario que la dependencia sea absoluta, acreditándose en el plenario que sí dependían y recibían ayuda del causante que les es necesario para lograr su congrua subsistencia.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la parte demandada argumentó que no se cumple con el requisito esencial de la dependencia económica de los demandantes frente al causante, señalando que la jurisprudencia laboral ha sido clara al indicar que la ayuda o colaboración debe tener una connotación relevante, pues no es cualquier ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, la que tiene la virtualidad de general la subordinación económica que se requiere para ostentar la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Resalta que, de conformidad con los propios interrogatorios de los demandantes, se logró verificar que era el actor quien asumía los gastos del hogar y, si bien su hijo podía darle una parte para su mamá, para gastos médicos, pero lo demás era para sus gastos personales, debido a que podía trabajar solo de manera esporádica. De otro lado, sostuvo que no hay lugar a ordenar el pago de intereses moratorios, por cuanto la negativa se dio en aplicación de la ley.

IV. CONSIDERACIONES

Conforme a los argumentos expuestos en la apelación, corresponde a la Sala determinar si los promotores del juicio tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento de su hijo Fredy Antonio Beltrán Reyes (q.e.p.d.).

Para resolver tal cuestionamiento, desde ya se indica que está demostrado y no es materia de controversia en esta instancia que: **i)** Fredy Antonio Beltrán Reyes (q.e.p.d.) era hijo de Hermina Reyes de Beltrán y

Rafael Antonio Beltrán Rodríguez **ii)** falleció el 3 de julio de 2018, conforme se verifica con los registros civiles (fls.4 y 5, cuaderno principal); **iii)** la solicitud de pensión de sobrevivientes presentada por los accionantes fue negada mediante comunicación del 3 de septiembre de 2019¹ y **iii)** el afiliado dejó cotizadas más de 50 semanas dentro de los tres años anteriores a su deceso².

i) Pensión de sobrevivientes

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

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

En el presente caso, Fredy Antonio Beltrán Reyes (q.e.p.d.) falleció el 3 de julio de 2018, por lo que la prestación debe ser estudiada de conformidad con la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, la cual en su artículo 73, dispone para el régimen de ahorro individual que:

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

Es decir, que tendrán derecho a la referida prestación económica, los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento. Entendiéndose como beneficiarios conforme el artículo 13, literal D, de la Ley 797 de

¹ Carpeta: 02 FOLIO 59//PRUEBAS//2.3.Comunicación que resuelve solicitud de pre

² Carpeta: 02 FOLIO 59//PRUEBAS// 2.2.Historia Laboral del Afiliado.

2003, a falta de cónyuge o compañera permanente, e hijos con derecho, ***“los padres del causante si dependían económicamente”*** del afiliado.

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

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

En el presente asunto, para demostrar la calidad de beneficiarios, los actores allegaron registro civil de nacimiento que da cuenta que Fredy Antonio Beltrán Reyes (q.e.p.d.) es hijo de Herminda Reyes de Beltrán y Rafael Antonio Beltrán Rodríguez (fl.4).

A solicitud de la parte demandante fueron escuchados los testimonios de Miguel Ángel Tamayo y José Raúl Bello Padilla. El primero manifestó que conoce al demandante hace más o menos 14 años, porque trabajaban juntos en construcción en una casa quinta y, a la accionante en la casa por la amistad con aquel. Que viven en casa propia, es una herencia que le dejaron los padres al señor; tienen 4 hijos, entre ellos Fredy Beltrán; él trabajaba en el *“buchón”*, la laguna de Guatavita, conocido como el embalse de Tominé. Sabe que él prácticamente toda la vida vivió con ellos, trabajaba y le ayudaba mucho a la mamá, era su

mano derecha; la mayoría de la plata siempre se la pasaba a la señora, por lo que fue el último hijo, siempre estuvo ahí con ellos, y le comentaba también, casi lo que trabajaba era para ella, le daba más o menos 200-220 mil pesos. El señor Rafael tiene vacas y trabaja de agricultura y, la señora es ama de casa.

El testigo José Raúl Bello Padilla, adujo que conoce a los demandantes hace 15 años, porque siempre ha trabajado por ese sector. Sabe que la señora Herminda es ama de casa y el señor Rafael trabaja ahí en la finca. Que tienen 4 o 5 hijos; fue amigo de Fredy Beltrán Reyes, como 15 años; sabe que Fredy convivía con los demandantes, porque siempre lo veía ahí y, él colaboraba mucho en la casa. Sabe que la casa en donde vive la pareja, es una herencia del señor Rafael. Recuerda que el causante laboraba en el “*buchón*”, en la laguna. No sabe si los otros hijos ayuden económicamente al señor Rafael y la señora Herminda. No le conoció alguna compañera permanente o hijos al causante. En cuanto a la relación del causante y la mamá, dice que él le ayudaba mucho en la casa, pero no sabe cuánto dinero le daría. Fredy trabajó para el “*buchón*”, pero para el momento en que falleció no se encontraba trabajando.

En el mismo sentido se recibieron los interrogatorios de parte de los promotores del juicio. En efecto, Herminda Reyes de Beltrán manifestó que el único que respondía por ella era su hijo el que se murió, que era él que la ayudaba, él era el único que le colaboraba en la casa, porque ella no ha podido trabajar porque sufre de las rodillas; él le daba para la droga, para ir al médico, fue el único que estuvo toda la vida con ella, nunca se separó de ella. Informó que esta en un tratamiento en Bogotá de las rodillas y la van a operar, y no ha tenido quien la ayude. Tiene más hijos, pero ellos tienen sus hogares, no les alcanza, les dice que le den 20 o 10 mil pesos y ellos le dan, pero muy poquito; no le alcanza, porque a le toca la droga, sufre de la tensión, del azúcar y, no tiene ningún apoyo más. Señala que los gastos del hogar antes del fallecimiento de su hijo, como él ganaba un mínimo, dejaba para sus cosas y les ayudaba para el mercado y cuando me tocaba para el médico, les daba 200 mil pesos, para ayudas del arriendo porque en ese tiempo pagaban arriendo, para la comida. Dice que la casa donde viven es de su esposo, de una herencia que le toco y, que él

la construyó. El señor Rafael tiene otra herencia en Guasca y en Sopo. Manifiesta que en la actualidad, después del fallecimiento de su hijo, costean los gastos del hogar de lo que se gana por ahí, pero no pueden comer lo mismo que comíamos y le ha tocado mucho gasto para ir al médico. En la actualidad viven con otro hijo, él aporta, pero muy poquito.

Por su parte, Rafael Antonio Beltrán Rodríguez, indicó dedicarse a oficios varios y no tiene trabajo fijo, es jornalero independiente, por lo que sus ingresos dependen, a veces sale trabajo como a veces no. Tiene tengo la casa, pero de eso debe plata, y se ve colgado para pagar la plata de esa construcción. En su casa también fabrica quesos y los vende a personas donde vive, de eso saca para el consumo de los gastos, pero no es negocio, fabrica, ni nada. Tiene un lote que fue adquirido por herencia de sus padres, en Guasca y en Sopo, pero no recibe arriendos, a veces de la casa de Sopo. Los gastos del hogar, cuando su hijo estaba con ellos, él trabajaba y ponía sus medios, le llegaba el sueldo y le daba a la mamá, en ese entonces pagaban arriendo. Acepta que para el momento de la visita efectuada por la AFP, los gastos del hogar equivalían a \$1'567.000, eso ha variado por el costo de vida, todo ha sido más elevado. Para el momento del fallecimiento de su hijo él no se encontraba trabajando, aproximadamente desde hacía dos años; él era la mano derecha de ellos para todo, donde le salía a él lo convidaban de vez en cuando, él recogía lo que pagaran y eso aportaba; casi todo era para la mamá. Dice que en la visita de Consultando SAS, le explicó esa situación al muchacho que hizo la visita, pero que él nunca lo anotó; pero que su hijo cuando le salía trabajo aportaba, y que es la misma situación del ahora accionante. Sus otros hijos no le ayudan porque cada cual sus obligaciones y lo que ganan es apenas para ellos, para el estudio de los hijos.

Por su parte, la demandada anexó el informe de investigación de la Empresa Consultando S.A.S., llevado a cabo para establecer la calidad de los reclamantes de la pensión de sobrevivencia por el deceso del señor Fredy Antonio Beltrán Reyes, en el que se indica que la señora Herminda, nunca ha trabajado para empresa alguna y manifiesta que se dedica al hogar y a la venta de quesos, que realiza de forma independiente. Así mismo que, el señor Rafael Antonio Beltrán realiza labores como jornalero,

que, según lo manifestado por él, le dan una ganancia mensual de \$1'000.000 y adicional a eso, percibe la ganancia que le deja la venta de quesos que asciende a \$100.000; que tiene un inmueble ubicado en el municipio de Sopó (Cundinamarca), del que percibe un ingreso por canon de arrendamiento por valor de \$200.000 mensuales. Concluye que pese a que, el afiliado colaboraba con una cuota mensual de \$200.000, el señor Rafael Antonio, manifestó que él era quien cubría la totalidad de los gastos, con su trabajo como jornalero y la fabricación de quesos y, de la misma manera, que él es quien ha sostenido tanto antes como después del deceso del afiliado, la manutención del hogar, de la forma expuesta³.

Del análisis en conjunto de los medios probatorios allegados, se concluye que los demandantes vivían con su hijo para el 3 de julio de 2018, cuando se produjo su deceso; igualmente, que el descendiente contribuía esporádicamente con los gastos del hogar compuesto por él y sus padres, no tenía trabajo formal desde hacía aproximadamente 2 años y trabajaba en *“lo que le saliera”*, lo que recibía era para ayuda de sus gastos personales y le ayudaba con lo que podía a su madre para gastos médicos; pero quien se encargaba de cubrir los gastos del hogar, era su padre, el señor Rafael Antonio.

Así las cosas, no es posible inferir, que, sin el aporte del causante, los demandantes no pudieran vivir en condiciones dignas. Por el contrario, quedó establecido que viven en casa propia, el crédito que arguyen tener, es asumido por el demandante, padre del causante, desde antes del deceso de su hijo, tal como éste lo refiere en su declaración, pues percibe ingresos por su trabajo como jornalero, la venta de quesos que hacen en la casa y el arriendo de una casa que tiene en el Municipio de Sopó, Cundinamarca, todo lo cual, les permite sufragar su subsistencia o sostenimiento, de él y de su esposa, Herminda Reyes de Beltrán. Y si bien se logra verificar que el causante ayudaba a su madre con gastos de medicamentos, es dable inferir que lo aportado por el afiliado, no tenía la entidad suficiente para considerarse indispensable en el sostenimiento básico de sus padres y, que, si bien quedó demostrado que la ocupación de la señora Herminda, es

³ Carpeta: 02 FOLIO 59//PRUEBAS//2.5.Informe de investigación 27 agosto 2019

ama de casa, el sostenimiento de sus gastos recae es sobre su cónyuge, desde antes de la data de deceso de su hijo.

No pasa por alto la Sala, que los términos “*total y absoluta*” respecto de la dependencia económica de los padres fueron declarados inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C-111 de 2006. En dicha sentencia, dijo la Corte Constitucional que, para acreditar la dependencia económica, no es necesario demostrar la carencia total y absoluta de recursos - propio de una persona que se encuentra en estado de desprotección, abandono, miseria o indigencia - sino que, por el contrario, basta la comprobación de la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los beneficiarios obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna.

De conformidad con este pronunciamiento, al desaparecer los conceptos “*total y absoluta*”, es claro que la norma no exige que los padres del causante carezcan de recursos, sino que debe demostrarse que, aunque tuvieran otros ingresos, no podrían vivir dignamente sin el que les suministraba el causante.

Recuérdese también que, la Sala Laboral de la Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria, ha explicado de antaño que la situación de dependencia económica en estos casos debe ser definida en cada caso particular y concreto, pues no cualquier ayuda tiene la virtualidad de configurarla. Así lo recordó recientemente en la Sentencia SL1795-2023, cuando indicó que “*no es cualquier estipendio, ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores, el que tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, sino aquel que tiene la connotación de ser relevante, esencial y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador para obtener la referida prestación, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos ante la muerte de quien les colaboraba, realmente, a mantener unas condiciones de vida determinadas.*”.

En este orden de ideas, estima la Sala que los actores, faltaron al deber que les impone el artículo 167 del Código General del Proceso, pues no demostraron los supuestos en los que fundaron sus pretensiones, ya que, no probaron ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, pues no demostraron que para la fecha del deceso dependieran, del causante, por lo que resulta forzoso revocar la decisión de primera instancia.

De conformidad con las anteriores consideraciones la Sala revocará la decisión analizada, para en su lugar, absolver a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra y así se indicará en la parte resolutive.

No se causan costas en esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte actora.

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 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de junio de 2022, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en la esta instancia. Las de primera estarán a cargo de la parte actora.

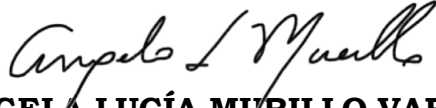
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 001 2020 00160 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 2020 00592 01
DEMANDANTE: CLARA JANETH PINEDA BRICEÑO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de agosto 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 efectuado a Colpatria, hoy Porvenir S.A. En consecuencia, se ordenó a la AFP, devolver los valores consignados en la cuenta de ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos financieros y; a Colpensiones, se condene a activarla en su sistema y tramitar el recaudo de los dineros. Así mismo, se condene a lo ultra y extra Petita.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 4 de enero de 1965; cotizó para los riesgos de IVM desde el 12 de julio de 1990 al 11 de noviembre de 1996, por 238 semanas. Se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Colpatria hoy Porvenir, a

partir del mes de junio de 1994. Aduce que el fondo privado al momento del traslado inicial del sistema pensional no le suministró una información clara, completa y cierta acerca de las consecuencias y efectos futuros de abandonar el régimen pensional de prima media y trasladarse al de ahorro individual; no le explicó requisitos para pensionarse; cálculo actuarial, modalidades de pensión, factores de monto y valor, bono pensional, características del régimen de prima media, asimismo, el ISS guardó silencio respecto al cambio del sistema. En el 2020 solicitó a las demandadas la nulidad del traslado, obteniendo respuestas negativas (01Demanda).

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 solicitud de nulidad y, la respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos y omisiones no son ciertos o no le constan. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia del derecho y la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones 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 todos los años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante 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. 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 la afiliada también recaía su deber de información (fls.2 a 24, 07ContestacionColpensiones).

Por su parte, 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; además la demandante no es beneficiaria del régimen de transición (fls.1 a 50, 11ContestacionPorvenir).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 10 de agosto de 2023 (19GrabaciónAudienciaConcentrada), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora CLARA JANETH PINEDA BRICEÑO identificada con la C.C. No. 51.770.405, a través del fondo administrado por la sociedad demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional de la demandante señora CLARA JANETH PINEDA BRICEÑO identificada con la C.C. No. 51.770.405 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 la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora CLARA JANETH PINEDA BRICEÑO identificada con la C.C. No. 51.770.405 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 y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, 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 lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber cumplido con su deber de información al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que les correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; concluyendo que la vinculación de la demandante al régimen privado de pensiones no estuvo acorde al Estatuto de Seguridad Social y las reglas de libertad de escogencia del sistema.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas recurrieron la sentencia.

Colpensiones aduce que si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, debe analizarse cada caso, en particular; la demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, de acuerdo con el Decreto 2241 del año 2010, que establece expresamente las obligaciones de los afiliados del sistema general de pensiones, sin que se encuentre disminuida en su capacidad para celebrar actos y contratos; tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al régimen de ahorro individual contenidos en el mismo formulario como son el retracto y la rescisión. Con la declaración de ineficacia se está vulnerando los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en pensiones.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena en lo concerniente a la indexación de la suma a retornar a Colpensiones, teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las AFP está la de garantizar esa rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de sus afiliados, pues es incompatible y excluyente la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de esta demandante no se han visto afectados por el fenómeno inflacionario, por el contrario, ha generado rendimientos muy superiores a los que podría garantizar el régimen de prima media. Ordenar que Porvenir indexe cualquier suma de dinero es imponerle una doble sanción, por cuanto se

evidencia que los rendimientos financieros que obtuvo la demandante por la gestión que adelantó el fondo, con creces supera una posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros del afiliado.

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 12 de julio de 1990 al 20 de junio de 1994 (fl.190, 15SubsanacionContestacionColpensiones); migró al RAIS, a través de la AFP Colpatria, hoy Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 21 de junio de 1994 (fls.98 y 100 11ContestacionPorvenir).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, cuando decidió afiliarse con Colpatria fue en una reunión global que duró aproximadamente 10 minutos; bajó la funcionaria de talento humano acompañada del asesor, les brindó una información general en la que asevera que el fondo de pensiones era de la misma compañía donde trabajaban, funcionaba como empresa independiente y que los invitaba a afiliarse porque iban a tener mejor rentabilidad y la pensión sería mejor; que les llevaron los formularios para que los diligenciaran, pero no recibió ningún cálculo actuarial, ni boletín informativo, ni precisión adicional. Le

mencionaron que podría pensionarse más joven o anticipadamente, pero no dieron especificación. Respecto de las semanas cotizadas con el Seguro Social, entiende que pasaban para tenerlas en cuenta con el fondo de pensiones privadas. No le informaron desventajas, por el contrario, le informaron ventajas, como mayor rentabilidad y asegurar una mejor pensión. Se enteró del traslado a Horizonte por la prensa. Antes de cumplir 47 años, no recibió comunicación respecto de la prohibición de ley en donde ya no se podría cambiar de régimen de pensión en razón a la edad.

Quiere retornar a Colpensiones porque siento asaltada en mi buena fe y engañada al incidir el fondo privado en el cambio de régimen pensional, puesto que no tuve en su momento una asesoría personalizada, al punto que el mínimo viable que podría tener por pensión no cubre mis necesidades básicas. No se trasladó antes a Colpensiones porque estuvo confiada en la información brindada por el fondo privado y adicionalmente porque estaba trabajando con una entidad que a la actualidad es la dueña de Porvenir. Nunca ha sido asesorada por Colpensiones y no ha solicitado pensión.

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

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. 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 10 de agosto 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



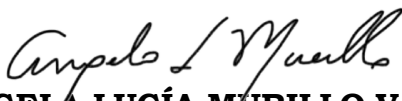
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

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 001 2021 00357 01
DEMANDANTE: EDNA DALILA GARZÓN GAMA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o subsidiariamente la ineficacia e inoperancia, del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a través de Porvenir S.A. En consecuencia, se ordenó a la AFP, a restituir los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, a Colpensiones y; a ésta última, a recibirla como afiliada, recibir esos valores y contabilizar las semanas para efectos de pensión. Así mismo, se condene a las demandadas en costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 8 de junio de 1965; se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 6 de noviembre de 1986, por un periodo de más de 22 años. Se trasladó al régimen de ahorro

individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir, con total desconocimiento de su parte; pues aduce que el fondo privado al momento del traslado no brindó asesoría de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los beneficios, riesgos, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales.

En el año 2008 solicitó la nulidad del traslado, faltándole 13 años para cumplir la edad para pensionarse; lo cual fue informado por Porvenir en reiteradas comunicaciones a Colpensiones, en donde actualmente todos los aportes se encuentran registrados y aceptados, por lo que su estado de afiliación debería ser activo; además, la afiliada se registra en Asofondos como afiliada en la entidad pública. El 22 de febrero de 2021 solicitó a Colpensiones se modifique el estado de la afiliación; no obstante, la entidad le informó que el formulario de traslado de régimen presenta irregularidades que llevaron a suponer la falsedad en la información contenida (fls. 1 a 16, 07DemandaSubsanada).

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, la solicitud de nulidad del traslado, que los aportes se encuentran registrados y aceptados por Colpensiones, la petición de modificación de estado de la afiliación y, la respuesta de la entidad. 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 SL373 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 a pesar de que la AFP realizó la anulación del traslado, para que Colpensiones pueda realizar la activación de la afiliación en las bases de datos se requiere del informe grafológico y declaración de falsedad emitida por la Fiscalía General de la Nación previo denuncia e investigación; que la afiliación de la demandante al RAIS, se realizó con

plena voluntad, suscribiendo los formularios para efectuarlo, voluntad que se vio ratificada por todos los años en que ha realizado cotizaciones a ese régimen; la accionante 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. 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 la afiliada también recaía su deber de información (fls.3 a 27, 14ContestacionColpensiones).

Por su parte, la AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento de la accionante y, manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones 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 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, también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias (fls.2 a 20, 12ContestacionPorvenir).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 3 de agosto de 2023 (18GrabaciónAudienciaConcentrada), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la demandante señora EDNA DALILA GARZÓN GAMA identificada con la C.C. No. 51.822.853, a través del fondo administrado por la sociedad demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado Pensional de la demandante señora EDNA DALILA GARZÓN GAMA identificada con la C.C. No. 51.822.853 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 la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. trasladar con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante señora EDNA DALILA GARZÓN GAMA identificada con la C.C. No. 51.822.853 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 y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias con cargo a sus propias utilidades, 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 lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO: DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – 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: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO: Sin costas para las partes en la presente instancia.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada omitió en su momento, el deber de actuar en consonancia con el principio de eficiencia que informa el sistema de Seguridad Social al tenor del literal a del artículo 2 de la Ley 100 de 1993, dando lugar a la situación desfavorable en que ahora se encuentra inmersa la aquí demandante, quien en su momento no pudo escoger y, aún continúa hoy sin una opción pensional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas recurrieron la sentencia.

Colpensiones aduce que si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, debe analizarse cada caso, en particular; la demandante no puede estar exonerada de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional; tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al régimen de ahorro individual hasta pasados 13 años de su traslado. Con la declaración de ineficacia se está vulnerando los principios

constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en pensiones.

La AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la condena teniendo en cuenta que en la actualidad, el traslado al régimen pensional de la demandante está anulado, motivo por el cual no cuenta con ninguna cuenta activa de ella. Reprocha la condena impuesta sobre los gastos de administración y las primas de póliza, en razón a que estos son descuentos que establece la misma ley 100 en el artículo 20 y, no fue por libre disposición que se descontaron los mismos. En lo concerniente a la indexación, aduce que al generarse rendimientos, que son dineros actuales, no se puede generar una entrega de dineros también indexada, ya que eso genera una actualización de la moneda y se estaría generando una doble condena por el mismo concepto.

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 6 de noviembre de 1986 (fls.49 a 60, 14ContestacionColpensiones) y; migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación el 29 de julio de 2008 (fl.46, 01Demanda).

La demandante desde el libelo incoatorio afirma que desconoce el formulario de afiliación por medio del cual se efectuó su traslado al RAIS. Para el efecto, allegó con la demanda copia derecho de petición radicado ante Colpensiones No. 2021_1980381, la respuesta dada por la entidad el 11 de marzo 2021, copia simple de certificado de Asofondos, carta expedida por Colpensiones referente a una corrección de la historia laboral del 28 de febrero de 2014, historia laboral de Colpensiones año 2017, donde aparece como “Activa”, historia laboral de Colpensiones año 2021, denuncia ante la Fiscalía General de la Nación de fecha 6 de junio de 2019, formulario de vinculación de Porvenir número 12590340, carta enviada a la empresa Barrero Ltda. con radicado 0100222041287900, comunicación remitida a la demandada con radicado 0100222039471500 y carta de la empresa Industrial Barrero Ltda., de fecha 11 de febrero de 2011 (fls.20 a 48, 01Demanda).

Asimismo, se allegó por Porvenir un pantallazo de sistema de cuenta anulada y otro sin resultados, comunicación de cuenta anulada al 27 de julio 2011 y del 18 de marzo de 2011, relación de rezagos trasladados a Colpensiones, historial de vinculaciones y viabilidad SIAFP y, consulta de bono pensional (fls.21 a 30, 12ContestacionPorvenir).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, su traslado al régimen de ahorro individual, ocurrió porque en la empresa donde trabajaba los cambiaron a varios empleados, sin autorización, a Porvenir; cuando se enteró comenzó el proceso ante la AFP y el Seguro Social, pero después de 8 años fue notificada no que estaba con Colpensiones, quien le dijo que eso debía arreglarlo con la Fiscalía. Los aportes a Porvenir se los hicieron entre el 2008 y el 2011. Actualmente ni Porvenir ni Colpensiones la reconocen como su afiliada. La anulación de la afiliación a Porvenir la solicitó en el año 2011 y, enviaron comunicación a la empresa informando que ya habían enviado los aportes a Colpensiones. Los aportes se los trasladaron cuando se dieron cuenta de lo que estaba pasando y Porvenir hizo el traslado a Colpensiones, pero ésta le manifiesta que no está afiliada allí. En sus posteriores vinculaciones laborales informaba que estaba en Colpensiones.

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

Nótese que en el presente asunto lo que se vislumbra es que al parecer la demandante nunca fue consultada siquiera sobre su voluntad de trasladarse del régimen de prima media al RAIS y, por el contrario, es enfática en manifestar que nunca pretendió abandonar el primero, estando en la actualidad en discusión una posible vinculación fraudulenta, frente a la que Porvenir pretendió realizar la anulación, empero, dicho trámite no fue realizado con los requisitos propios que deben adelantarse también con Colpensiones, al punto que en la actualidad ninguna de las entidades reconoce a la actora como su afiliada. Lo que deja claro, que la AFP no cumplió con su deber legal de información reseñado.

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 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).

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

Conforme a los rubros que se ordena trasladar se protege la sostenibilidad del sistema, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, con los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, retornarán a RPM en su integridad, debidamente indexados, junto con los rendimientos y de ser necesario, con cargo a los recursos propios de cada AFP. De cualquier manera, Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto. 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 3 de agosto 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*.

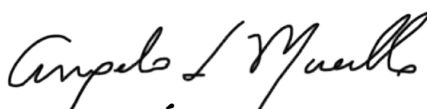
TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

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 002 2020 00231 01
DEMANDANTE: ANGÉLICA MARÍA ORTIZ RANGEL
DEMANDADO: JAVIER HUERTAS MARTÍNEZ

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala estudia en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de marzo de 2023.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretende que se declare que entre las partes existió una relación laboral entre el 24 de diciembre de 2016 y el 14 de septiembre de 2019. En consecuencia, se condene al demandado a cesantías, intereses a las cesantías, primas, vacaciones, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indemnización por despido sin justa causa, aportes a pensión, indexación, indemnización moratoria; costas del proceso y, lo ultra y extra *petita*.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que ingresó al servicio del demandado, bajo subordinación y dependencia, desde el 24 de diciembre de 2016, desempeñando el cargo de cocinera, en el restaurante *California*, de propiedad del demandado; en un horario de 7 de la mañana a 6:40 de la tarde, de domingo a domingo, con un día de descanso entre semana. El salario devengado para el 2016 y 2017, fue la suma de \$1'099.820, para 2018 \$1'134.460 y, para 2019 \$1'350.000. Aduce que laboró hasta el 14 de septiembre de 2019, fecha en la cual fue despedida

en forma verbal y sin justa causa. Manifiesta que el demandado no le consignó cesantías anualmente, no la afilió a seguridad social integral y, no ha cancelado prestaciones sociales ni vacaciones. Citó al demandado al Ministerio del Trabajo, pero éste no compareció (fls.5 a 9¹).

Al no poder ser notificado personalmente el demandado, se dispuso su comparecencia al proceso a través de curador ad litem, quien se pronunció, manifestando en cuanto a las peticiones, atenerse a lo que resulte probado dentro del proceso. Indicó no constarle la totalidad de la situación fáctica. Propuso las excepciones las de prescripción y las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, adujo que, es necesario que la demandante durante el transcurso del proceso cumpla con la carga que le impone la normativa laboral de acreditar los requisitos para que pueda ser declarada la existencia del contrato de trabajo; mencionando que no existe dentro del plenario un material probatorio que brinde al Juez la certeza acerca de la presunta vinculación laboral que se pretende sea declarada².

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 6 de marzo de 2023, absolvió al demandado de todas las súplicas de la demanda y; se abstuvo de imponer costas³.

En lo fundamental, señaló que no se acreditó en el informativo los elementos constitutivos de un contrato de trabajo entre las partes, pues no se logra establecer la prestación personal del servicio de la demandante a favor del demandado, que dé lugar a activar la presunción de que trata el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

¹ 01ExpedienteDigital

² 07ContestacionDemanda

³ 14GrabacionAudiencia3Arts77-80Fallo

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 la Colegiatura definir si es procedente declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo y si en consecuencia el demandado debe ser condenado a pagar las acreencias laborales reclamadas en el libelo introductorio.

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, derrocar 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 trabajadora por parte de la señora Angélica María Ortiz Rangel en favor del demandado Javier Huertas Martínez, como lo determinó la *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 la demandante, para demostrar el vínculo laboral que aduce la unió con el demandado, solicitó la prueba testimonial, decretándose en su favor los testimonios de Pilar Gaona y Joel José Mesa. No obstante, la primera no fue recepcionada por no acudir a la audiencia de practica de pruebas y; en cuanto al señor Joel Mesa, pese a que aduce haber trabajado con la demandante al servicio del demandado, debe tenerse en cuenta que afirma que inició a trabajar en septiembre de 2019, situación que resta total credibilidad a su dicho, al manifestar que fue

compañero de trabajo de la demandante por 2 años, empero la demandante manifiesta haber trabajado entre el 24 de diciembre de 2016 y el 14 de septiembre de 2019, por lo que el testigo habría comenzado a trabajar, cuando la demandante se retiró, pero por el contrario lo que arguye el testigo, es que cuando él salió de ese trabajo, ella continuó allí laborando al servicio del demandado; aunado a que durante su declaración se refería constantemente al demandado como el señor “Daniel”, lo que deja ver que ni siquiera tenía claro el nombre de quien aduce fue su empleador por al menos 2 años y, finalmente, manifiesta que la demandante fue despedida, pero eso fue lo que le informó un sobrino de ella. Situaciones todas estas que hacen sospechar de la veracidad del dicho de este testigo

Así mismo, al absolver interrogatorio de parte, la demandante adujo que llegó al restaurante a pedir trabajo directamente con el demandado, hablaron y el contrato fue verbal, sus actividades eran de cocinera, el salario era \$42.000 diario, con un día a la semana de descanso; se lo pagaban diariamente, no le entregaban recibo ni comprobante alguno. Nunca reclamó al demandado porque no veía motivo, él les daba una bonificación cada fin de año de \$200.000 y, pensó que al final del contrato le podría reconocer. Dejó de trabajar, porque le pidió un domingo para descansar, él estaba molesto y le dijo que si no le servía que hasta ahí trabajaban. No le pagó liquidación y ella le dijo que cuadraban en el Ministerio de Trabajo y, él le dijo que él no tenía nada que hacer por allá. La hermana del demandado era quien le decía que tenía que hacer y era quien dirigía el restaurante.

Analizadas de manera detallada y conjunta las declaraciones rendidas, advierte la Sala que no se demostró que la demandante haya prestado sus servicios al demandado por el periodo que ahora se reclama, esto es, entre el 24 de diciembre de 2016 y el 14 de septiembre de 2019, 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. Lo que no puede tenerse solo con la declaración rendida por la propia accionante, dado que no le es dable a las partes constituir su

propia prueba y, al no estar respaldado su dicho por medio probatorio alguno, pues como quedó visto, no puede dársele credibilidad al único testimonio recaudado.

Estima la colegiatura que la 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, razón por la cual, la Sala no cuenta con elementos de convicción que permitan modificar la decisión absolutoria analizada.

Bajo las anteriores condiciones, la Sala confirmará la sentencia de primer grado en su integridad. Sin costas en el grado jurisdiccional.

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 6 de marzo de 2023, por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

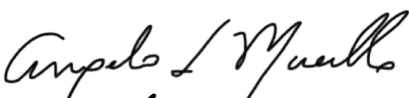
Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Radicación n.º 110013105 002 2020 00231 01.

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

002 2020 00231 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 003 2020 00370 01
DEMANDANTE: PEDRO LEON ALCANTAR HIGUERA
DEMANDADO: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES
DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 14 de octubre de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que fue retirado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero el 27 de junio de 1999, por liquidación de la entidad, sin haber cumplido la edad de 55 años y con 20 años de servicio, causando su derecho pensional en esa fecha, por virtud del parágrafo 1 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente 1.998 – 1.999, mucho antes de la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que tiene derecho a la mesada adicional de junio o, mesada catorce, desde que cumplió la edad para disfrutar el derecho pensional convencional, esto es, el 30 de noviembre de 2007. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer, liquidar y pagar, debidamente indexada, la mesada catorce o mesada adicional de junio, causada desde junio de 2007, hasta cuando sea incluido en nómina; lo ultra y extra *petita* y, las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró en la entonces Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, en calidad de trabajador oficial, hasta el 27 de junio de 1999, fecha en que la empleadora dio por terminado su contrato de trabajo, sin haber cumplido la edad de 55 años; por lo que adquirió el derecho de la pensión convencional en esa data, haciéndose exigible una vez cumplió los 55 años, esto es, el 30 de noviembre de 2007. Que la Caja Agraria, emitió Resolución No. 05956 de 6 de marzo de 2008, por medio de la cual le reconoció la pensión de jubilación convencional a partir del 30 de noviembre de 2007, en cuantía inicial de \$1'002.811,10, equivalente al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios, reconociendo y ordenando el pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce; por Resolución 06244 de 24 de junio de 2008, actualiza el salario base, elevando la cuantía inicial a \$1'666.817,84. La Caja Agraria, de manera unilateral suspendió el pago de la mesada adicional de junio. Finalmente, manifiesta que agotó la reclamación administrativa (archivo 01, fls.5 a 14).

Al dar respuesta a la demanda, la UGPP se opuso a la prosperidad de las pretensiones condenatorias. En cuanto a los hechos aceptó el tiempo de servicio del demandante a la caja Agraria, los actos administrativos de reconocimiento y actualización de la prestación y, la reclamación administrativa. Manifestó que no son ciertos los restantes. Propuso las excepciones de fondo de improcedencia de derecho alegado por derogatoria normativa - inexistencia de la obligación por incumplimiento de los requisitos legales para el pago de las mesadas adicionales, improcedencia de condena en costas, presunción de legalidad de los actos administrativos y firmeza del acto administrativo, principio de buena fe, prescripción, y las declarables de manera oficiosa. Argumentó en su defensa que el Acto Legislativo 01 de 2005 impide el reconocimiento de la mesada reclamada, por cuanto su mesada pensional es superior a tres salarios mínimos (archivo 06, fls.2 a 15).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 14 de octubre de 2022 (05AudienciaFallo), resolvió absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación por incumplimiento de los requisitos legales para el pago de las mesadas adicionales e, impuso costas a la parte actora.

Como sustento de su decisión, señaló que, pese a haber causado el demandante su derecho a la pensión de jubilación antes del 31 de julio de 2011, no satisface las exigencias comprendidas en la reforma constitucional del Acto Legislativo 01 de 2005, pues la mesada pensional que desde un principio debió pagar la demandada, sobrepasó el límite monetario preestablecido, limitación impuesta por dicha normatividad para ser beneficiario de la mesada adicional.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que no puede verse afectado por el Acto Legislativo 01 de 2005, por cuanto causó su derecho cuando completó 20 años de servicios y fue despedido, esto es, el 27 de junio del año 1999, por lo cual la edad únicamente es un requisito de exigibilidad de la pensión convencional, que se dio el 30 de noviembre de 2007; razón por la cual, la reforma constitucional no puede afectar el reconocimiento y pago de la mesada 14 o mesada adicional de junio.

IV. CONSIDERACIONES

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

Para dilucidar dicho problema jurídico, está demostrado que: **i)** el promotor del juicio prestó sus servicios personales a la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 3 de mayo de 1976 hasta el 27 de junio de 1999, y **ii)** la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en

liquidación, mediante Resolución 05956 del 6 de marzo de 2008, le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 30 de noviembre de 2007, en cuantía inicial de \$1'002.811,10 y, por Acto Administrativo 06244 de 24 de junio de 2008, actualizó la mesada inicial en la suma de \$1'666.817,84 (archivo 06, fls.74 a 77 y 107 a 109).

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

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

En relación con las pensiones convencionales, recuerda la Sala que el Acto Legislativo N.º 01 de 2005 por el cual se reforma el artículo 48 de la Constitución Nacional, dispone en el tercer párrafo transitorio, que las reglas de carácter pensional que regían a la fecha de su vigencia contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrían por el término inicialmente estipulado. Y precisó que en los pactos, convenciones o laudos que se suscribieran entre la vigencia de dicho Acto Legislativo y el

31 de julio de 2010, no podrían estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encontraran vigentes. En todo caso, dispuso el Acto Legislativo, que perderían vigencia el 31 de julio de 2010.

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

En el presente caso, la norma convencional al amparo de la cual fue reconocida la prestación al actor señala¹:

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

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

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

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

En esa línea de pensamiento, se advierte que el accionante prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 3 de

¹ Archivo 01ActadeReparto12350DemandaAnexos, fls.56 a 57.

mayo de 1976 hasta el 27 de junio de 1999 esto es, por más de 20 años². Ahora, como quiera que nació el 30 de noviembre de 1952, alcanzó la edad de 55 años el mismo día y mes del año 2007³. En consecuencia, el promotor del juicio causó el derecho a la pensión el 27 de junio de 1999 y por tanto tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional implorada. En consecuencia, hay lugar a revocar la decisión de primer grado.

Prescripción

En el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 30 de noviembre de 2007, y, el demandante reclamó ante la entidad por primera vez el reconocimiento de la mesada el 29 de enero de 2020 (archivo 01, fls.25 a 28), esto es, fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose la demanda el 27 de octubre de 2020 (archivo 01, fl.2). En consecuencia, las mesadas causadas con anterioridad al 29 de enero de 2017 se encuentran prescritas, y así se declarará en la parte resolutive.

Indexación

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

Descuentos para salud

Conforme a lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la

² Archivo 06, fls.39

³ Archivo 06, fl.62 copia del registro civil de nacimiento y, fl.73 copia cédula de ciudadanía

suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a cargo del demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea trasferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (CSJ SL2376- 2018).

Retroactivo pensional

Dado que el retroactivo pensional continuará causándose, que las mesadas deben ser indexadas y se deben efectuar los descuentos para el sistema de salud, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados, para el efecto se tendrá como mesada pensional para cada año las siguientes:

Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
1/01/2007	31/12/2007		\$ 1.666.817,84
1/01/2008	31/12/2008	5,69%	\$ 1.761.659,78
1/01/2009	31/12/2009	7,67%	\$ 1.896.779,08
1/01/2010	31/12/2010	2,00%	\$ 1.934.714,66
1/01/2011	31/12/2011	3,17%	\$ 1.996.045,12
1/01/2012	31/12/2012	3,73%	\$ 2.070.497,60
1/01/2013	31/12/2013	2,44%	\$ 2.121.017,74
1/01/2014	31/12/2014	1,94%	\$ 2.162.165,48
1/01/2015	31/12/2015	3,66%	\$ 2.241.300,74
1/01/2016	31/12/2016	6,77%	\$ 2.393.036,80
1/01/2017	31/12/2017	5,75%	\$ 2.530.636,42
1/01/2018	31/12/2018	4,09%	\$ 2.634.139,45
1/01/2019	31/12/2019	3,18%	\$ 2.717.905,08
1/01/2020	31/12/2020	3,80%	\$ 2.821.185,47
1/01/2021	31/12/2021	1,61%	\$ 2.866.606,56
1/01/2022	31/12/2022	5,62%	\$ 3.027.709,85
1/01/2023	31/12/2023	13,12%	\$ 3.424.945,38

De conformidad con las anteriores consideraciones, atendidos los argumentos de apelación, la Sala revocará la decisión de primera instancia, para en lugar condenar a la entidad demandada a reconocer y pagar la mesada adicional de junio, en los términos expuestos.

Costas de primera instancia a cargo de la demandada. Sin costas en la apelación 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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de octubre de 2022, para en su lugar CONDENAR a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social – UGPP, al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce, a partir del 30 de noviembre del año 2007.

SEGUNDO: DECLARAR la prescripción extintiva de las mesadas condenadas en el numeral anterior, respecto de aquellas que se causaron con anterioridad al 29 de enero de 2017.

TERCERO: ORDENAR a la demandada a cancelar al demandante el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas adicionales de junio causadas a partir del 29 de enero de 2017, de conformidad con la prescripción declarada, conforme la cuantía de mesada que fue reconocida por la demandada, las que deberán ser indexadas desde su causación hasta que se verifique el pago de la obligación; sumas sobre las cuales, la entidad se encuentra autorizada a deducir los aportes al sistema de seguridad social en salud de la demandante. Para el efecto se tendrán en cuenta los siguientes valores:

2017	5,75%	\$ 2.530.636,42
2018	4,09%	\$ 2.634.139,45
2019	3,18%	\$ 2.717.905,08
2020	3,80%	\$ 2.821.185,47
2021	1,61%	\$ 2.866.606,56
2022	5,62%	\$ 3.027.709,85
2023	13,12%	\$ 3.424.945,38

CUARTO: Costas de primera instancia a cargo de la demandada. Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



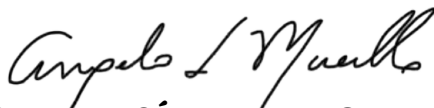
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

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 007 2020 00077 01
DEMANDANTE: JAIME VILLALOBOS VELASCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 22 de noviembre de 2000 a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se ordenó a la AFP, a devolver todas las sumas a adicionales, saldos, frutos e intereses y rendimientos, sin que la AFP deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad, a Colpensiones y, a esta a recibirlos y actualizar la historia laboral, sin solución de continuidad. Asimismo, se condene en costas.

De manera subsidiaria, se condene a Porvenir a reconocer y pagar la pensión por vejez en los términos de la Ley 7907 de 2003, de acuerdo con el régimen de prima media con prestación definida.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 28 de julio de 1954; se afilió y cotizó a partir del 1 de agosto de 1978 hasta el 30 de agosto de 1979 y del 23 de abril de 1993 al 31 de diciembre de 2000, al ISS para los riesgos de IVM, un total de 420 semanas de cotización. El 22 de noviembre de 2000, mediante formulario de afiliación, se afilió a la AFP Porvenir; aduce que, de manera irregular, pues nunca recibió una asesoría eficaz, sino al contrario deficiente y sesgada; no se le brindó información correcta, se le indicó el riesgo que corría si seguía en el régimen de prima media, indicando que el mismo iba a desaparecer y, se omitió datos trascendentales para el reconocimiento de la pensión en cada régimen; no se realizó proyección pensional con ventajas y desventajas, requisitos para acceder a la pensión, diferencias entre regímenes; se le ofrecieron beneficios no susceptibles de darse en la realidad. Ha elevado diversas solicitudes a las demandadas; de acuerdo a la proyección de mesada pensional obtenida, la diferencia resultaría en casi 4 millones de pesos, siendo más beneficioso estar en Colpensiones (fls.2 a 26, 01CuadernoFisico).

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 del 23 de abril de 1993, y las peticiones elevadas. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos, no le constan o no constituyen situaciones fácticas. 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 (fls.3 a 41, 09ContestacionColpensiones).

Por su parte, la AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó la data de nacimiento del accionante, la fecha de afiliación a la AFP y, las peticiones elevadas. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Propuso las excepciones 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 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, también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias (fls.1 a 33, 13ContestacionPorvenir).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 6 de junio de 2023 (23AudienCIAConcecntradaArt80), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación realizada por el señor JAIME VILLALOBOS VELASCO con la AFP PORVENIR el 22 de noviembre del año 2000 contenido en el formulario No. 01473689, esto dentro del proceso 2020-0077 y de la señora INGE ISABEL BORCHARDT CAICEDO con la AFP PORVENIR el 19 de julio de 1994 según solicitud de afiliación que fue aportada al expediente esto dentro del proceso 2020-00459 y con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 1 de mayo de 1998 contenido en el formulario No. 0199719 y con la AFP PORVENIR el 6 de diciembre del año 2000 contenido en el formulario No. 01486703.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR SA a trasladar a COLPENSIONES todos los valores depositados en las cuentas de ahorro individual de las que son titulares el señor JAIME VILLALOBOS VELASCO y la señora INGE ISABEL BORCHARDT CAICEDO, dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo el traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de los señores demandantes JAIME VILLALOBOS VELASCO desde el año 2000 fecha de su afiliación inicial y de la señora demandante INGE ISABEL BORCHARDT CAICEDO desde el año 1994 fecha de su afiliación inicial, tales como los descuentos realizados por porcentaje correspondiente a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a PORVENIR el término de treinta (30) días, contados a partir de la notificación por estado del auto de obediencia al Superior, deberá presentar al juzgado un informe debidamente discriminado con todos los valores objeto de devolución, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, descuentos de los aportes que se

devuelven, el valor de la indexación que se devuelve y toda la información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

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

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

SEXTO: Las costas procesales son a cargo de Colpensiones y Porvenir a favor de los demandantes. Las agencias en derecho se tasan en 2 SMMLV, a la fecha del pago a favor de cada uno de los demandantes y a cargo de cada uno de los demandados.

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

Como sustento de su decisión, señaló que ninguna de las AFP demandadas demostraron haber cumplido con su deber de información al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que les correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; concluyendo que la vinculación del demandante al régimen privado de pensiones no estuvo acorde al Estatuto de Seguridad Social y las reglas de libertad de escogencia del sistema.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas recurrieron la sentencia.

Colpensiones manifestó que no se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por el accionante por parte del fondo privado, así como la falta de información al momento de la asesoría; al revisar los formularios de afiliación y traslado firmados por el demandante suscrito bajo la gravedad del juramento, se encuentran las manifestaciones expresas de que lo hizo libre a premios y por su propia voluntad; por tanto, la afiliación de la parte actora se hizo con el lleno de los requisitos legales, sin que en dicha oportunidad manifestara su deseo de retractarse, razón por la cual no podrá ordenarse el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida. Tampoco existe prueba que permita acreditar que exista algún vicio del consentimiento; se deduce la decisión libre, voluntaria, sin presiones y en las oportunidades legales.

Por lo anterior, el demandante de asumir las consecuencias legales de sus decisiones, que no fue otra que regirse por las normas, procedimientos y requisitos establecidos por el régimen de ahorro individual con solidaridad, de modo que no es procedente alegar después de 22 años, que fue engañado, solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas. Eso significa que la vinculación de la administradora del RAI se ajustó a la ley y goza de plena y total validez.

Por su parte, Porvenir S.A., manifestó que el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normativa vigente en su momento. De igual manera, como consumidor financiero debía actuar con mediana diligencia, lo cual supone por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando. Señala que el traslado implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos deberán corresponder a los que hubieran generado las reservas del ISS y Colpensiones y no los que se generaron en el régimen de ahorro individual, pues no tiene sentido que si el traslado de régimen no surtió ningún efecto legal, se obligue a remitir los rendimientos propios de este régimen y, en caso contrario y por efecto de las restituciones mutuas, al trasladar los frutos generados por el régimen del cual se predica, nunca existió la afiliación, deberá reconocerse en consecuencia los gastos en que se incurrió para poder administrar el pago. Tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que se pagaron por concepto de primas de seguros provisionales en cuanto a estas sumas, ya no están en su poder, sino en poder de las compañías aseguradoras que se contrataron para la cobertura y pago de dichas sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requerían. Solicita revocar la indexación, en la medida que con el traslado de los rendimientos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Por último, deberá desestimarse la condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por 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 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 el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 3 de septiembre de 1997 al 31 de diciembre de 2000 (fls.63 a 67, 09ContestacionColpensiones); 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 22 de noviembre de 2000 (fls.35 y 91, 13ContestacionPorvenir).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que estando trabajando en la Universidad Nacional de Colombia, se afilió a la AFP Porvenir, cuando estaba en su oficina y llegó una asesora del fondo; le comentó que el seguro social se iba a acabar y que no se sabía que iba a pasar con sus aportes y, por ello le aconsejó trasladarse a Porvenir que sería su mejor opción para pensionarse y que estarían mejor administrados sus ahorros. Manifiesta que él siempre quiso que estuvieran administrados por el Gobierno, pero lo convenció que era mejor el fondo privado porque tenía respaldo de la banca. Le entregó el formulario prellenado y él revisó los datos y firmó. Recibía extractos, pero no los entendía. Quedó tranquilo porque creyó en lo que le dijo la asesora. Antes de sus 52 años no recibió asesoría, ni sabía que esa era la edad límite para retornar a Colpensiones. Quiere retornar porque siente que fue engañado pues le indicaron que su mesada sería mucho mejor que con el seguro social y ahora se ha enterado que no es así, que es al revés. Cuando estaba llegando a su edad de pensión, se acercó a Porvenir y allí le dijeron

que se podría pensionar con el mínimo legal. Indica que en el momento de la asesoría, no le hablaron de ningún riesgo, lo único que le dijeron es que tendría una mejor mesada y sus ahorros serían mejor manejados.

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

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

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

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

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). Por tanto, 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 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 Porvenir de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenará a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y, en el presente asunto, la administradora resultó derrotada, pues además de declararse la ineficacia del traslado, se le ordenó, también devolver todos los recursos de la cuenta individual 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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 6 de junio de 2023, únicamente en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia 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.

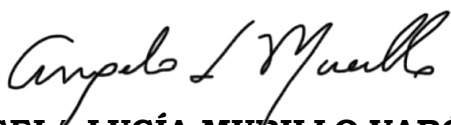
TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN DECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
Con aclaración de voto



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 007 2020 00281 01
DEMANDANTE: DIEGO ALEJANDRO NARANJO LUNA
DEMANDADO: OSCAR REPUESTOS Y LUJOS S.A.S., y ÓSCAR ANDRÉS RODRÍGUEZ PUENTES

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación que interpuso la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de septiembre de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, verbal a término indefinido, del 1 de septiembre de 2013 al 22 de julio de 2020, devengando \$50.000 diarios entre los años 2013 y 2015, \$350.000 semanales para los años 2016 y 2017 y, \$500.000 semanales para los años restantes. En consecuencia, se condene a los demandados al pago de los salarios correspondientes a mayo, junio y julio de 2020; los días de descanso, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y, vacaciones; indemnización moratoria, sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990; dotaciones; el cálculo actuarial por las cotizaciones correspondientes. Así mismo a pagar lo ultra y extra *petita* y, las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que fue vinculado laboralmente por la empresa Oscar Repuestos y Lujos S.A.S., mediante contrato verbal, del 1º de septiembre de 2013 al 22 de julio de 2020, por un lapso de 6 años y 11 meses; desempeñando las funciones del personal

de Auxiliar de Bodega, en la sede de la empresa, que se materializaban en labores de bodegaje, pulir farolas, arreglar bumpers, ordenar bodega, realizar ventas de repuestos, cargue y descargue de mercancía; cumpliendo órdenes y directrices directas por parte del demandando; en el horario comprendido entre las 8:00 a.m. y las 6:00 p.m., de lunes a sábado. Durante el vínculo contractual existieron modificaciones salariales, las cuales se pagaban a destajo por día laborado o semanalmente, devengando \$50.000 diarios entre los años 2013 y 2015, \$350.000 semanales para los años 2016 y 2017 y, \$500.000 semanales para los años restantes; siendo el último salario mensual devengado, la suma equivalente a \$2'000.000.

Aduce que no se le pagó el salario correspondiente de mayo a julio de 2020. Que el demandado le pagaba semanalmente un monto superior al que dejaba registrados en sus documentos y liquidaciones. La compañía omitió la afiliación continua al Sistema de Seguridad Social Integral en riesgos laborales, salud y pensión, así como a un fondo de cesantías y, nunca recibió su dotación. El 22 de julio de 2020, radicó carta de terminación por justa causa imputable al empleador, argumentando el incumplimiento sistemático y sin razones legalmente válidas, en el pago de salarios y prestaciones sociales. Al día siguiente, el representante emite una comunicación en donde pide dar descargos, pero nunca los recibe puesto que la compañía no cuenta con Reglamento Interno de trabajo y procede a liquidarlo por despedido con justa causa; empero, nunca recibió memorandos o llamados de atención por escrito durante toda la relación laboral, teniendo una conducta intachable. El 27 de julio de 2020 la empresa lo cita a través de abogado, para que recoja la liquidación definitiva de su contrato, la cual fue elaborada con fecha 10 de mayo de 2020, consignando como extremos laborales del 2 de enero al 10 de mayo de 2020, un salario base de \$877.803 y, liquidando un valor total de \$1'589.359,60, menos un préstamo de otro empleado del que fue codeudor, para pago total de cero pesos; conceptos que no corresponden a la realidad.

Manifiesta que radicó derecho de petición el día 26 de mayo de 2020 solicitando la carta de terminación laboral, pues le indicaban que ya no

podía regresar, pidió un certificado laboral, desprendibles de pago, planillas de aporte de seguridad social, comprobantes de las liquidaciones presentadas y carta dirigida a la caja de compensación y, el pago de los salarios debidos ya que a la fecha le estaba pagando salario al resto de sus compañeros durante la pandemia con los auxilios de nómina del gobierno. El 1 de junio de 2020, el empleador mediante comunicación, le indica que debido a la pandemia no puede entrar a la compañía, que los salarios se le pagaran al momento en que se liquide el contrato laboral, y que lo había llamado a trabajar, cuando en realidad nunca lo dejó ingresar a trabajar como al resto de sus compañeros. El 11 de julio de 2020 el representante legal de la compañía, emite una carta en donde indica que no emitirá una carta de terminación de la relación laboral porque el contrato no ha terminado, que nunca emite desprendibles de pago, que él no hace aportes a seguridad social y mucho menos lleva planillas y que desconoce qué debe contener un certificado laboral.

Finalmente, informa que el abogado de la compañía amedrentó a su esposa porque se acercó a pedir el pago de las prestaciones, haciendo llamadas amenazantes para que no se iniciase la demanda laboral¹.

Al dar contestación, Oscar Andrés Rodríguez Puentes, actuando en nombre propio y como representante legal de la empresa demandada, se opuso a prosperidad de las pretensiones. Admitió los valores cancelados por concepto de salarios, la carta de terminación radicada por el demandante, la citación a rendir descargos, las funciones desempeñadas, el cumplimiento de órdenes y directrices directas del demandado, el horario, el último salario mensual devengado y, la liquidación final realizada. De los demás hechos dijo que no son ciertos. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, mala fe y, dolo en la conducta del demandante.

En su defensa adujo que los contratos suscritos por las partes se celebraron en períodos anuales a término fijo, lo que se soporta con las liquidaciones que el mismo demandante firmaba, no obstante que, los

¹ 01Demanda

contratos, liquidaciones y soportes de pago fueron extraviados por el contador de ese entonces. Que el salario se cancelaba semanalmente y allí se incluían las prestaciones sociales. En lo relacionado a la vigencia de 2020 sobre los salarios, manifestó que el accionante, falta a la verdad al pretender reclamar los mismos toda vez que no se presentó a laborar el día 9 de mayo de 2020, a pesar de los múltiples requerimientos que fueron efectuados por el demandado y no acreditó justificación alguna por dicha ausencia; terminándose la relación porque aquel no quiso volver a trabajar. Que el descuento que se le hizo en la liquidación final fue por un préstamo que se le había realizado y que incluso aún debe dinero a la empresa. Finalmente, en lo que tiene que ver con el pago de la seguridad social y parafiscales, señala que canceló todos y cada uno de los aportes a los diferentes subsistemas que la componen (fls.1 a 10)².

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de septiembre de 2022, resolvió³:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor DIEGO ALEJANDRO NARANJO LUNA, y el señor ÓSCAR ANDRÉS RODRÍGUEZ PUENTES propietario del establecimiento de comercio OSCAR REPUESTOS Y LUJOS y la sociedad OSCAR REPUESTOS Y LUJOS S.A.S., existió una relación laboral mediante un contrato de trabajo a término indefinido el cual inicio el 1º de septiembre de 2013 y culminó el 22 de julio de 2020.

SEGUNDO: Declarar que la parte demandada debe responder por las condenas que acá se imponen, en lo atinente a la sociedad demandada OSCAR REPUESTOS Y LUJOS S.A.S., desde la fecha de su constitución, es decir desde el 27 de febrero de 2019.

TERCERA: Como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la parte demandada OSCAR REPUESTOS Y LUJOS S.A.S., a pagar a favor del demandante las siguientes sumas por los siguientes conceptos:

- Por diferencia de prestaciones sociales la suma de \$8.076.562.
- Por concepto de cesantías la suma de \$4.161.515.
- Por concepto de sanción por no consignación de cesantías la suma de \$78.600.000.
- Por concepto de indemnización de que trata el artículo 65 del CST la suma de un día de salario por cada día de mora, a partir del 23 de febrero de 2020 hasta por 24 meses, es decir hasta el 22 de febrero de 2022, suma que equivale a \$47.679.768. A partir del primer día del mes 25 deberá pagar los intereses moratorios a la tasa máxima que certifique la Superfinanciera, sobre las condenas que se imponen por salarios y prestaciones.

² 12ContestacionDemanda

³ 36AudienciaFallo

- Salarios de mayo, junio y hasta del 22 de julio de 2020 por valor de \$1.986.657 mensuales.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a reliquidar a favor del demandante los aportes a pensión, para lo cual el Fondo de pensiones al que se encuentre afiliado el actor, debe realizar el cálculo actuarial del periodo comprendido del 1º de septiembre de 2013 al 22 de julio de 2020, tomando como IBC las siguientes sumas:

Para el año 2013 la suma de \$1.200.000, 2014 la suma de \$1.400.000, 2015 la suma de \$1.600.000, 2016 la suma de \$1.767.005, 2017 la suma de \$1.820.857, 2018 la suma de \$1.959.453, 2019 la suma de \$1.965.300 y 2020 la suma de \$1.986.657.

Por Secretaría se oficiará a Colfondos para que realice dicho cálculo actuarial del de pago de aportes completos o reliquiándolos conforme a lo ordenado de las consideraciones.

QUINTO: Se condena en costas a la parte demandada y a favor de la demandante, las agencias se tasan en un 7% de las condenas impuestas y liquidadas en esta sentencia.

En lo fundamental, señaló que de las pruebas allegadas y practicadas, no hay duda que entre las partes, sí hubo un vínculo de carácter laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido, pues se pactó de manera verbal y, sabido es que cuando el contrato se pacta de esta manera sin obre ninguna prueba o documento, es de carácter indefinido, pues el contrato de término fijo está regulado por el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, que señala como características, que debe constar por escrito. Que la prestación inicial ocurrió en el año 2013, cuando el demandado actuaba como persona natural y propietario de un establecimiento de Comercio y, con posterioridad se convirtió el empleador en una sociedad simplificada, que efectivamente fue la última empleadora del demandante, continuando con el mismo objeto social que era el almacén de repuestos; configurándose una sustitución patronal; y verificando el vínculo laboral entre las partes, desde el 1º de septiembre del 2013 al 22 de julio del 2020.

En lo que tiene que ver con el salario, el mismo demandado afirma que el actor ganaba el salario mínimo más \$250.000 semanales por comisiones de ventas, esto es, \$1'000.000 mensuales adicional al salario mínimo y; aunque aduce que era una suma discrecional y voluntaria, no constitutiva de salario, la jurisprudencia ha sido enfática en indicar que las comisiones y asignaciones adicionales, comisiones por venta, que era lo que devengaba el demandante, sí son constitutivos de salario y deben ser incluidas en la liquidación de prestaciones sociales y aportes de Seguridad

Social. Esas comisiones tienen naturaleza salarial por expresa de disposición del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, de modo que las partes no pueden variar vía acuerdos, su naturaleza. De esta manera, revisada la liquidación de los derechos que reclama el demandante y, que efectivamente se hicieron con base en el salario mínimo exclusivamente, conllevó a ordenar la reliquidación de todas las prestaciones y los respectivos aportes de Seguridad Social.

Respecto a la excepción de prescripción, toda vez que la relación laboral culminó en julio de 2020 y el trabajador presentó la demanda el 3 de septiembre de esa anualidad, no está prescrita la acción, pero sí los derechos que se hubiesen causado con anterioridad al 3 de septiembre del 2017, salvo los aportes a seguridad social en pensión por tener la característica de imprescriptibles, por cuanto afecta derechos de carácter superior del trabajador, como es su derecho pensional, sobre ellos no hay ninguna clase de prescripción.

Finalmente, condenó por los salarios reclamados de mayo, junio y julio de 2020, al no encontrar prueba de su pago.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que no existe el contrato declarado por el Despacho, pues si bien no se puede acreditar los contratos de trabajo a término fijo por razones ajenas a su voluntad, sí logra acreditar dentro del plenario las liquidaciones de prestaciones sociales que se hicieron año a año, entre el 2013 y el 2020, las que además fueron aceptadas por el mismo trabajador, sirviendo de soporte jurídico para demostrar que, efectivamente los contratos no eran a término indefinido, sino a término fijo menor a 1 año.

En relación con el pago de las prestaciones sociales, si bien es cierto se aceptó por el demandado en su interrogatorio de parte, haber cancelado unas bonificaciones o apoyos al trabajador por su función de trabajo, no es menos cierto que estos eran generados de acuerdo a sus ventas y que tampoco el demandante trabajaba de forma continua. Evidentemente el

empleador canceló las liquidaciones de cada 1 de los periodos, cuando se terminaban los contratos de trabajo, cancelando cesantías, intereses de cesantías, vacaciones y la prima de servicio en la forma que estaba pactada.

No podía exigírsele que le hiciera el pago de aportes al fondo de cesantías, toda vez que, como se demostró dentro del proceso, se las pagaba al trabajador y él la recibía anticipadamente, en diciembre o en enero, pues en esa fecha era la obligación que tenía de cancelarle y no podía cancelarlas en febrero porque ya se las había cancelado, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo había terminado para ese periodo; entonces no puede ser llamado a cancelar algo que no debía, y hacerlo responsable de la indemnización moratoria.

Como los contratos laborales fueron a término fijo, al demandante se le canceló cada uno de los aportes respectivos correspondientes a los salarios, prestaciones y vacaciones durante el transcurso de los 6 años; nunca hubo una reclamación por parte del trabajador al momento de firmar la liquidación, nunca manifestó que le estaban cancelando una suma distinta. Igualmente, el pago de Seguridad Social se hizo ajustado a lo que se había contratado en cada 1 de los periodos, que era sobre el salario mínimo mensual vigente. Así las cosas, el demandado ha cumplido a cabalidad con cada una de las obligaciones y, no puede ser condenado al pago de unas sanciones moratorias.

Finalmente aduce que, si existieran conceptos adicionales por pagos, estarían prescritos y, solo procederían los relacionados al periodo 2017 a 2020.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Colegiatura desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social y, en tal sentido, definir si en el presente asunto: **i)** el vínculo que unió a las partes estuvo regido por un único contrato de trabajo a término fijo, o por varios y sucesivos contratos a término fijo

inferior a un año; **ii)** si las bonificaciones o apoyos pagadas al trabajador durante la relación laboral son constitutivos de salario; **iii)** si hay lugar a imponer sanción por no pago de salarios y prestaciones sociales en los términos del artículo 65 del CST, así como por la no consignación de las cesantías, en virtud del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y; **iv)** si los derechos causados con anterioridad al año 2017 están afectados por la excepción de prescripción.

i) De la modalidad contractual

Quedó demostrado, sin que fuera objeto de reproche que, entre las partes en litigio, existió un vínculo laboral desarrollado desde el 1º de septiembre de 2013 al 22 de julio de 2020, recayendo la controversia en definir, si el vínculo que unió a las partes lo fue a través de un único contrato verbal a término indefinido o, por el contrario, si realmente se trató de varios contratos a término fijo inferiores a un año.

Así, pretende el demandante se declare la existencia de un único contrato de trabajo vigente del 1º de septiembre de 2013 al 22 de julio de 2020. Al contestar el libelo incoatorio, la parte ejecutada admitió la vinculación contractual laboral, pero aclaró que no lo fue a través de un único vínculo sino de varios contratos a término fijo inferiores a un año, suscritos y liquidados anualmente; no obstante, que los documentos que los soportan se extraviaron.

Con la contestación fueron allegados documentos de las liquidaciones finales de prestaciones sociales efectuadas al demandante anualmente, por los años 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020 (fls.23 a 27).

Así mismo, al absolver interrogatorio de parte, el demandante, indicó que el vínculo empezó con el señor Óscar Rodríguez, el 1º de septiembre del 2013, en organización de la bodega; lo contrató el demandado, de manera verbal. Nunca tuvieron mala relación. Le pagaba semanalmente el salario. El vínculo terminó el 22 de julio del 2020, porque se enteró que el demandado estaba trabajando y a él no me volvió a llamar, mientras a los otros empleados sí; lo llamó y preguntó que pasaba, él lo citó y le dijo que

no había más trabajo. En cuanto a las liquidaciones aportadas con la demanda, acepta haber recibido esos pagos, pero que en una ocasión le preguntó por qué lo liquidaba del 25 de enero al 31 de diciembre, si él trabajaba todo el año, nunca tomó vacaciones y el demandado le dijo que eso era porque como nunca les descontaba los de pensiones ni salud, por eso descontaba esos 25 días.

Por su parte el demandado, manifestó que el demandante comenzó a trabajar por días con él, en el año 2013, se le pagaba por el día, si iba, 4 o 5 días, y en el año 2016 decidió vincularlo formalmente; a partir de ahí le comenzó a liquidar, porque antes no cumplió horario. Que el necesitaba personal para trabajar y que allá se le daba trabajo así a la gente, sin pedirle una hoja de vida, sino simplemente si necesita trabajo, se pactaba que trabajaran por un diario y, así trabajaron hasta el 2016, cuando ya se inició un contrato y se llegó al acuerdo que se le pagaba el salario mínimo y se le daban unas bonificaciones, dependiendo de las ventas del negocio, por \$250.000 semanales aproximadamente. El vínculo terminó porque llegó la pandemia, y cuando propusieron la reapertura del comercio gradualmente, así mismo se fue llamando el personal de acuerdo a la necesidad y, al señor Diego le molestó mucho que no lo hubiera llamado de las primeras personas, entonces no se presentó a trabajar; tuvieron una cita en el establecimiento para retomar labores en mayo y él llegó con unos documentos y le dijo que no trabajaba más. No aportó el contrato suscrito, porque el contador le desapareció una serie de documentos, entre ellos los contratos.

A petición del demandado, se recibió el testimonio de Carlos Rodríguez Moreno, tío del demandado, indicó conocer al demandante porque trabajó en la zona y, trabajó con su sobrino, el señor Oscar. Que manejaban un contrato de un salario mínimo; no recuerda la fecha exacta, pero cree que se terminó el contrato en la pandemia, y antes de eso trabajó 4 o 5 años. Que siempre dan una bonificación, depende las ventas que hayan, pero no era continuo, ni era una bonificación mensual constante, si a él le va bien, bonifica a los empleados. Acostumbran a hacer contrato a un año. En cuanto a las vacaciones, dijo que en enero se cancela el

contrato, se van a vacaciones, por lo tanto, se entra el 14 o 15 a volver a laborar y se le cancelaban en la liquidación.

De las pruebas reseñadas en precedencia, analizadas en conjunto, la Sala concluye, que la vinculación contractual laboral entre las partes, se originó el 1º de septiembre de 2013, de manera *verbal e indefinida*, existiendo así un único vínculo, pues pese a que se aportaron liquidaciones de contrato de trabajo anuales, para los periodos comprendidos entre los años 2016 y 2020, ello no alcanza a desvirtuar la existencia de un único vínculo a término indefinido, dado que, no se acreditó la suscripción del contrato que diera lugar al vínculo inicial. Ello es así, en virtud de lo estipulado por el Código Sustantivo del Trabajo que, en lo referente al contrato a término fijo, señala:

ARTICULO 46. CONTRATO A TERMINO FIJO. <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo **debe constar siempre por escrito** y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente. (Negrillas de la Sala)

Nótese que, aun cuando se arguye la suscripción de un contrato desaparecido para el año 2016, nada se menciona respecto de la vinculación que unió a las partes con anterioridad y que data del año 2013; por el contrato es el mismo demandado quien explica los detalles de cómo se dio esa vinculación, contando que la persona llega a su establecimiento, él necesita personal, le dice que si le sirve le paga cierta suma diaria y, comienza a trabajar, con lo que se corrobora que la vinculación inicialmente pactada fue de manera verbal, debiéndose recordar, que esta forma de contratación, acorde con la ley laboral que nos rige, solamente se admite para los contratos a término indefinido.

Por tanto, encontrándose vigente una relación laboral entre las partes desde el año 2013, mal se haría en aceptar la configuración de una nueva, bajo una modalidad diferente, cuando queda claro que se desarrolló en las mismas condiciones que la inicialmente pactada, pues en efecto se constató que el trabajador siempre desempeñó el mismo cargo, devengó el salario mínimo legal y cumplió idéntico horario, existiendo identidad en la causa, en el objeto de cada vínculo y en las partes.

Además, la modalidad contractual de duración indefinida, en los términos del artículo 5º del Decreto 2351 de 1965, tiene vigencia mientras subsistan las causas que le dieron origen y la materia del trabajo, y como quedó demostrado en el proceso, estos dos requisitos continuaron vigentes.

Sobre este aspecto, de antaño la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 02 de septiembre de 1977, explicó:

No se puede hablar de dos contratos mientras no hay diferencias esenciales en el objeto mismo del contrato, o mientras no se haya terminado una relación laboral y se haya iniciado otra. Aunque la jurisprudencia ha admitido que pueden existir dos contratos de trabajo distintos que se suceden, es necesario que aparezca con toda claridad la terminación de un contrato y el nacimiento del otro, y la causa para el cambio de objeto que haga distinta la vinculación jurídica.

Y, en el mismo sentido, recientemente, en sentencia SL418-2022, al estudiar un caso similar, en el que debía verificarse la existencia de uno o varios vínculos laborales, con apoyo en el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, indicó:

Aquí resulta oportuno traer a colación lo expuesto en sentencia CSJ SL814-2018, en la que si bien se abordó el tema de la suscripción de varios contratos de trabajo, allí se explicó que se debe verificar si existe una «unidad contractual» a fin de determinar si se trató de una sola relación laboral. En dicho sentido se explicó:

[...] La Corte llama la atención en lo anterior, porque, a lo largo de su jurisprudencia, ha sido especialmente insistente en advertir que, ante supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo, como aquí acontece, los jueces deben ser muy cautelosos en el examen de las pruebas y especialmente esmerados a la hora de verificar una posible unidad contractual, real y material, «...ya que es bien conocido que, algunos empleadores han adoptado estas prácticas con el ánimo de restar antigüedad en el servicio del trabajador, bien para favorecerse en la liquidación de la cesantía o bien para beneficiarse al momento de ejercer la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo. (CSJ SL15986-2014, CSJ SL806-2013, CSJ SL, 15 mar. 2011, rad. 37435 y CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 35902, entre otras).

En ese sentido, es verdad que el Tribunal no valoró en forma adecuada los contratos de trabajo suscritos entre las partes, ni la liquidación de prestaciones sociales, pues de allí se evidenciaba que, en la materialidad, el actor siempre estuvo vinculado con la demandada de manera continua e ininterrumpida, sin solución de continuidad, además de que siempre desarrolló las mismas labores y tuvo las mismas condiciones laborales, de manera que estuvo regido por una sola relación y nunca medió alguna causa válida para que se detuviera esa forma contractual, para dar inicio a otra.

De conformidad con las precisiones aquí expuestas, observa la Sala que en punto a la duración del contrato de trabajo, en realidad se ejecutó uno sólo, pues nótese que, en primer lugar, no se allegó prueba que demostrara que se trató de un vínculo a término fijo y, en segundo lugar, en los más de 6 años que perduró la relación, nunca varió el objeto del mismo. En consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia impugnada en este aspecto.

ii) Del salario devengado

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).

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.

En el interrogatorio de parte rendido por el demandado, declaró que para el año 2016, se inició un contrato y, se llegó a un acuerdo que se le pagaba el salario mínimo y se le daban unas bonificaciones, dependiendo de las ventas del negocio, que se hacía un balance más o menos mensual y la comisión casi no variaba “*casi la comisión siempre era estable*”; que

podían variar, pero la verdad él promediaba y siempre les daba casi lo mismo, porque las ventas siempre eran estables; por lo que siempre fueron las mismas y, no subieron de \$250.000 semanales.

En este sentido, confesado como quedó por la parte pasiva que el trabajador percibía como contraprestación directa del servicio bonificaciones habituales, no cabe discusión, respecto de que las mismas, en los términos del artículo 127 del CST, constituyen salario y, en ese entendido, hay lugar a confirmar la sentencia recurrida también en este punto.

iii) De la buena fe del demandado

Reprocha el accionado las sanciones moratorias impuestas por falta de pago de prestaciones sociales y por la no consignación de cesantías a un fondo, invocando ausencia de mala fe, toda vez que, se las pagaba directamente al trabajador y él la recibía, en diciembre o en enero.

Frente a este punto, sea precisar que dichas sanciones, no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo no cubra al trabajador los salarios y prestaciones sociales, o que no haya realizado la consignación anual de las cesantías en el fondo correspondiente; de allí que la misma procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En ese sentido, ha decantado la jurisprudencia laboral que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables, al punto que pueda considerarse un comportamiento de buena fe (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL3936-2018).

Paralelamente, ha puntualizado la Sala especializada de la Corte Suprema de Justicia, que el juez laboral no puede asumir reglas absolutas ni esquemas preestablecidos en el momento de analizar la procedencia de

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

Pues bien, en el presente asunto, considera la Sala que contrario a lo concluido por el *a quo*, el demandado no actuó de mala fe al abstenerse de pagar prestaciones sociales al demandante con la inclusión de las bonificaciones, así como de abstenerse de consignar las cesantías en un fondo. Lo anterior si se tiene en cuenta que desde el principio pactaron este beneficio sobre el valor de las ventas que se efectuaran en el negocio, y que en principio si no se vendía no se causaban. Por ello manifiesta que pagaba inicialmente a diario el salario correspondiente, y después pactaron un pago semanal, del que nunca se tuvo reproche por la parte actora, ni se adujo que se haya atrasado en algún momento.

Nótese también, que anualmente efectuaba el pago de lo que creía estaba obligado a cancelar por concepto de prestaciones sociales y vacaciones causadas en virtud del que consideraba era un contrato de trabajo a término fijo. Y si bien es cierto que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa en las obligaciones laborales, si puede alcanzar la connotación del actuar de buena fe, para casos como el que nos ocupa, en donde, vale la pena resaltar, nunca antes de esta demanda le fue reclamado concepto prestacional alguno, ni por el demandante, ni por otra persona.

Bajo estas condiciones, no hay lugar a condenar por estos conceptos y, en consecuencia, se dispone revocar la condena impartida en primer grado por estas sanciones.

iv) De la prescripción

Finalmente aduce demandado que, si existieran conceptos adicionales por pagos, estarían prescritos y, solo procederían los relacionados al periodo 2017 a 2020.

Al respecto baste con precisar que, el vínculo quedó declarado hasta el 22 de julio de 2020 y, la demanda fue presentada el 3 de septiembre de 2020 (05ActaReparto); por lo que en efecto, las acreencias causadas con anterioridad al 3 de septiembre de 2017, se encuentran prescritas, tal como lo declaró el *a quo*, sin que haya lugar a modificar tal situación.

De conformidad con las anteriores consideraciones, analizados los argumentos de apelación, la Sala revocará parcialmente la decisión absolutoria de primera instancia, para en su lugar, absolver al demandado de las indemnizaciones moratorias por no pago de prestaciones sociales y por no consignación de cesantías a un fondo y, se confirmará en lo demás.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida el 15 de septiembre de 2022 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, para absolver al demandado de las indemnizaciones moratorias por no pago de prestaciones sociales y por no consignación de cesantías a un fondo y; confirmar las demás condenas allí impuestas.

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

TERCERO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

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 007 2021 00523 01
DEMANDANTE: MAXIMINO RODRIGUEZ MERCHAN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre 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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 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 vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad Pensional efectuado a través de la AFP Porvenir y, posteriormente a la AFP Protección S.A. y Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a ésta última, a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación definida, el valor de los saldos o aportes pensionales que se hayan consignado en la cuenta pensional, y a Protección y Porvenir, a reembolsar de forma integral los cobros y gastos administrativos descontados de los aportes pensionales y; se ordene a Colpensiones a recibir el traslado de los valores. Asimismo, se condene ultra y extra *petita* y, las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que laboró en diferentes entidades públicas y empresas privadas desde el 4 de diciembre de 1978, estuvo vinculado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por el ISS hoy Colpensiones. El 6 de febrero de 1998 se vinculó al RAIS con la AFP Porvenir S.A. Aduce que los asesores comerciales no tenían amplio conocimiento en temas de seguridad social, por lo cual no le informaron cuales eran las diferencias entre regímenes, ni las ventajas o desventajas; no manifestó por escrito su intención de trasladarse de régimen pensional, no le informaron de los eventuales riesgos al trasladarse al RAIS, ni le suministraron información idónea, ni comparación del valor de la mesada pensional. De igual manera el ISS hoy Colpensiones, nunca brindó información. El 26 de octubre de 1999 suscribió afiliación a la AFP Colpatria, que luego se fusionó con la AFP Horizonte, hoy Porvenir. El 21 de julio de 2004 se trasladó a la AFP Protección y, en el año 2005 retornó a la AFP Horizonte hoy Porvenir. En el 2021 solicitó a Colpensiones su afiliación, sin obtener respuesta; igualmente, solicitó a Porvenir la desvinculación, pero le fue negada (archivo 01, fls.01 a 14).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la vinculación del demandante al ISS y la solicitud elevada y; manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito, errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, ratificación de la voluntad de permanencia en el rais por existir actos de relacionamiento, 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 (archivo 13 fls.03 a 47).

La AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió la fecha de afiliación del actor a esta AFP y la petición elevada; 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, traslado de aportes a la AFP Horizonte S.A, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondo de pensiones del RAIS, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe 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 por el contrario, se vinculó a otra administradora de fondos de pensiones privadas (archivo 10 fls.04 a 29).

Por su parte, la AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó el traslado de régimen y, la afiliación a la AFP Colpatria; de los restantes 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 varias administradoras de fondos de pensiones privadas; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (archivo 12, fls.3 a 42).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 26 de abril de 2023 (archivo 31), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el señor demandante MAXIMINO RODRÍGUEZ MERCHÁN, con la AFP PORVENIR el 6 de febrero de 1998 contenida en el formulario No. 998669; con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 26 de octubre de 1999 contenida en el formulario No. 83383; con la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN el 21 de julio de 2004 contenida en el formulario No. 7156219; con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 1º de noviembre de 2005 contenida en el formulario No. 6367300.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a devolver la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor MAXIMINO RODRÍGUEZ MERCHÁN dineros que deben incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR y PROTECCIÓN S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde febrero de 1998, cuando ocurrió el traslado del régimen pensional, tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

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

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por Colpensiones, Porvenir y Protección.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

SÉPTIMO: se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior 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 ninguna de las AFP demandadas demostraron haber cumplido con su deber de información al momento de la afiliación ni posteriormente, sin que sea suficiente la simple suscripción del formulario; carga que les correspondía en los términos del artículo 1604 del Código Civil; concluyendo que la vinculación del demandante al régimen privado de pensiones no estuvo

acorde al Estatuto de Seguridad Social y las reglas de libertad de escogencia del sistema.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

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

Colpensiones aduce que si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, debe analizarse cada caso, en particular; el demandante no puede estar exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional, de acuerdo con el Decreto 2241 del año 2010, que establece expresamente las obligaciones de los afiliados del sistema general de pensiones, sin que se encuentre disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos; tampoco hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efecto la afiliación al régimen de ahorro individual contenidos en el mismo formulario como son el retracto y la rescisión. Con la declaración de ineficacia se está vulnerando los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de Seguridad Social en pensiones.

Por su parte, Porvenir S.A. argumenta que, no es factible obtener la devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo a el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, no forman parte integral de la pensión de vejez, por ello están sujetos a la prescripción. No existe lugar a imponer costas, toda vez que con el traslado se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiese haberse generado en las sumas a retornar.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

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

V. CONSIDERACIONES

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que el actor estuvo afiliado y cotizó al Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de mayo de 1988 al 31 de julio de 1997 (archivo 14, fls.3 a 6). Migró al RAIS, a través de la AFP Porvenir S.A. mediante la suscripción de formulario de vinculación del 6 de febrero de 1998 (archivo 12, fl.92); cambió horizontalmente a la AFP Colpatria S.A., a partir del 26 de octubre de 1999, la que se fusionó con Horizonte el 29 de septiembre de 2000 (archivo 12, fl.90 y 93); posteriormente se trasladó a la AFP Santander, hoy Protección el 21 de julio de 2004 (archivo 10, fl.38) y; por último, retornó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., el 1º de noviembre de 2005 (archivo 12, fls.90 y 94).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que empezó en el año 1976, trabajando en entidades públicas, afiliado al ISS. Tuvo una visita de varias personas de Porvenir, quienes afirmaron que tendría mejores intereses, le ofreció buenos dividendos y que cuando se retirara se le hacía la devolución de los recursos, estuvo en esa visita aproximadamente 15 días, y por pena le aceptó la firma del formulario, no lo leyó, solo los requisitos de ley; para 1999 se acostumbraba venir promotores de esas AFP; él firmó, pero nunca supo si se hizo el traspaso o no; no recibió información. En el año 2004, buscó el cambio y siempre mandaban muchachas jóvenes y, por congraciarse con ellas firmaba, para no quedar mal, pero nunca le explicaron absolutamente nada. Para el año 2005 se afilió a Horizonte por las mismas razones expuestas. El gerente le decía que las escucharan y que era bueno que se realizara el traspaso, por lo que atendiendo ordenes, casi todos los funcionarios lo hicieron. Nunca

hubo una conferencia, de manera individual les asignaban a una mujer y ella les hacía firmar; no ha estado afiliado al ISS hace más de 20 años, solicitó la devolución de los recursos al cumplir la edad y se los negaron. Quiere retornar a Colpensiones porque le mintieron y la pensión no saldría adecuada a las cotizaciones que ha tenido. Trató de trasladarse, pero siempre se lo negaron dado que no puso en que entidad se encontraba afiliado; no recibió asesoría de ningún tipo, y realmente no sabía que eran las pensiones; tampoco solicitó asesoría alguna. Afirma que hace 2 años comenzó a informarse al respecto a fin de solicitar la devolución de los recursos; no manifestó queja alguna respecto a sus inconformidades, solo frente a Porvenir por el saldo y no obtuvo respuesta. Para la época del traslado, era bachiller y por eso celebró ese acto jurídico sin leer, ahora ya profesional no lo hace. Finalmente indica que en los lugares donde trabajó no le permitieron trasladarse, dado que el traspaso se demora y genera inconvenientes.

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).

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

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

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha 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 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). Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020). Por tanto, la sentencia será confirmada en este aparte.

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

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

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

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

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

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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 26 de abril de 2023, únicamente en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: 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

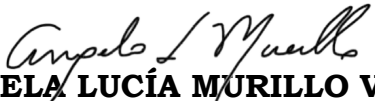
Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 007 2021 00523 01.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

007 2021 00523 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 009 2018 00154 01.
DEMANDANTE: ANTONIO AYALA ARIAS
DEMANDADO: AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION
INTERNATIONAL

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 3 de marzo de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare la existencia de un contrato a término indefinido con la demandada, vigente del 14 de septiembre de 1992 y el 2 de marzo de 2017, en el cargo de Operador de Planta, con una última asignación mensual de \$2'655.179; terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador, dentro de un despido colectivo, vulnerando el artículo 3 de la Convención Colectiva de Trabajo. En consecuencia, se condene a la demandada a reintegrar al demandante al mismo cargo y en las mismas condiciones de trabajo en que se encontraba al momento del despido; al pago de salarios y prestaciones legales y convencionales dejadas de percibir; la indemnización moratoria, la indexación, los intereses moratorios; lo ultra y extra *petita* y; las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que suscribió contrato individual de trabajo a término indefinido a partir del 14 de septiembre de 1992, desempeñando el cargo de Operador de Planta, con un último

salario básico mensual de \$2'655.179, terminado mediante oficio del 2 de marzo de 2017, de manera unilateral y sin justa causa, a partir de esa fecha. Aduce que en la empresa existe la organización sindical denominada Sindicato de Trabajadores de American Pipe "*Sintrapi*", con quien el 11 de junio de 2013, se suscribió convención colectiva de trabajo, vigente hasta el 2025 y, que en su artículo 3º estableció una estabilidad laboral, consistente en que solo se haría uso del artículo 8 del decreto 2351 hasta un 10% anualmente del número de trabajadores vinculados a la empresa en la firma del acuerdo colectivo. Que la empresa no ha informado el número de trabajadores con contrato a término indefinido vinculados a la firma de la convención colectiva de trabajo vigente 2013-2025, que era de 44 trabajadores.

Indicó que desde el 1º de junio de 2016 al 30 de mayo de 2017, inició el proceso de despidos unilateral y sin justa causa de más de 12 trabajadores sindicalizados y no sindicalizados y; que ha promovido la terminación de contratos laborales mediante la figura de contrato de transacción. Que la organización sindical radicó querella contra la demandada por violación del derecho de asociación; asimismo, radicó petición solicitando información acerca del número de despidos efectuados por la empresa a trabajadores sindicalizados y no sindicalizados, obteniendo respuesta indicando que son 12 ex trabajadores desvinculados sin justa causa entre junio de 2016 y el 30 de abril de 2017, de los cuales, 3 hacían parte del sindicato.

Aduce que, los despidos sin justa causa efectuados por la compañía en la referida anualidad, equivalen a más del 10% de los trabajadores vinculados a la fecha de la suscripción de la convención colectiva de trabajo, sindicalizados y no sindicalizados. Que la empresa no solicitó autorización al Ministerio del trabajo para efectuar los referidos despidos y, que el despido sin justa causa del actor, sin la observancia de las reglas de la convención, carece de eficacia y supone restablecimiento de su situación jurídica (*fls.51 a 61 demanda principal y fls. 364 a 373 reforma, A1 folio 1 a 386 expediente digital*).

Al dar contestación, la empresa demandada AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL, rechazó las súplicas. Aceptó el último salario devengado por el actor, la terminación unilateral del contrato y, la convención colectiva suscrita el 11 de junio de 2013; respecto a los demás hechos, manifestó no ser ciertos. Propuso las excepciones de mérito de inexistencia de las obligaciones reclamadas, enriquecimiento sin causa, pago, compensación, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y, las demás declarables de oficio.

Argumentó en su defensa que la relación laboral con el demandante fue terminada de conformidad con la facultad otorgada por el artículo 64 del CST, cancelándole la totalidad de acreencias causadas a su favor. Que desde el año 2012 la empresa está afrontando un proceso de restructuración, lo que conllevó a anunciar el cierre definitivo de la operación en Colombia y, en marzo de 2017, ofreció un plan de retiro voluntario, al que se acogieron 123 trabajadores. Que, con el fin de evitar incumplimientos frente a los trabajadores, solicitó el 30 de junio de 2017 autorización de clausura o cierre definitivo. Que en virtud del artículo 3º de la convención colectiva debe entenderse como anualidades, el periodo comprendido entre 1º de enero y 31 de diciembre de cada año, teniendo que en el año 2016 terminó sin justa causa el contrato de 9 trabajadores y, en el 2017, el de 3 trabajadores, entre ellos, el del demandante; sin incurrir en un despido colectivo (*fls.339 a 362 y 378 a 401; A1 folio 1 a 386 expediente digital*).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 3 de marzo de 2022 (*C1 folio 451 Audiencia Segunda parte 2022-03-01-Grabación de la reunión*), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR que entre ANTONIO AYALA ARIAS y AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL existió una relación laboral que se rigió inicialmente por dos contratos a término fijo inferiores a un año; el primero desde el 14 de septiembre de 1992 hasta el 13 de diciembre de 1992, y el segundo, desde el 14 de junio de 1993 hasta el 13 de septiembre de 1993, y posteriormente a partir del 14 de septiembre de 1993, mediante un contrato de trabajo a término indefinido que finalizó el 02 de marzo de 2017 por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada.

SEGUNDO. ABSOLVER a AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante en el presente proceso.

TERCERO. DECLARAR probada la excepción de inexistencia de las obligaciones reclamadas propuesta por la pasiva en su contestación.

CUARTO. COSTAS. Las costas serán a cargo de la parte demandante. Fijense como agencias en derecho la suma de \$500.000, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva.

QUINTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 CPTSS.

En lo fundamental señaló que, de conformidad con los presupuestos establecidos en el artículo 27 del código Civil, la expresión “*anualmente*” debe entenderse como el periodo comprendido entre el 1º de enero y el 31 de diciembre del correspondiente año calendario y, conforme al sentido puro y simple de las palabras, teniendo en cuenta que el contenido de la norma convencional es claro en su literalidad y no genera dudas sobre su intención; en tal sentido concluyó que, para la anualidad del 2017, la demandada no excedió el límite máximo admitido en la convención colectiva para la terminación del contrato sin justa causa, pues solo despidió a 3 trabajadores sindicalizados, teniendo que a junio de 2013, se encontraban vinculados 44 empleados sindicalizados.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante, apeló la decisión, arguyendo que se incurrió en una aplicación indebida del artículo 27 del Código Civil, al establecer que las anualidades referidas en la norma convencional, se deben tener de enero a diciembre, desconociendo que la convención cobró vigencia a partir del 11 de julio de 2013; incurriendo en violación del artículo convencional, toda vez que sí se sobrepasó el 10% de despidos sin justa causa, pues en el año 2016 se efectuaron 9 y para el periodo de 2017, fueron 3 más, para un total de 12 terminaciones, que superan el 10% del número de trabajadores que ese encontraban afiliados al momento de la suscripción de la convención colectiva.

IV. CONSIDERACIONES

Quedó acreditado, sin que fuera objeto de reproche, que: **i)** el demandante prestó servicios a American Pipe And Construction International, mediante dos contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año, vigentes del 14 de septiembre al 13 de diciembre de 1992, y del 14 de junio al 13 de septiembre de 1993; posteriormente fue vinculado, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, vigente del 14 de septiembre de 1993 al 02 de marzo de 2017¹; **ii)** que el vínculo fue terminado por decisión unilateral y sin justa causa de la demandada².

Así mismo, no se discute que Antonio Ayala Arias, se encontraba afiliado al sindicato de trabajadores de American Pipe Sintrapi, como se verifica con la documental de folio 16 (*A1 folio 1 a 386 expediente digital*), por lo que era beneficiario de la convención colectiva de trabajo, vigente para 2013.

Precisado lo anterior, procede la Sala a desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar, en primer lugar, si la terminación del contrato de trabajo del actor ocurrió con violación de la norma convencional y, en caso afirmativo, si le asiste derecho al reintegro pretendido con sus consecuentes acreencias laborales.

i) De la estabilidad laboral convencional

Pretende el demandante el reintegro al mismo cargo y en las mismas condiciones de trabajo en que se encontraba al momento del despido, con fundamento en el artículo 3º, de la convención colectiva de trabajo suscrita el 11 de junio de 2013, entre la empresa AMERICAN PIPE AND CONSTRUCTION INTERNATIONAL y el Sindicato de Trabajadores de American Pipe “SINTRAPI”, que establece³:

¹ Contratos de trabajo, fls.98 a 104. A1 folio 1 a 386 expediente digital

² Comunicación de terminación, fl.14. A1 folio 1 a 386 expediente digital

³ Fls.31 a 32, A1 folio 1 a 386 expediente digital

Artículo 3.- **ESTABILIDAD LABORAL:** La Empresa solamente hará uso del artículo 8º del Decreto 2351 hasta de un diez por ciento (10%) anualmente, del número de trabajadores que estén vinculados a ella a la fecha de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo por contratos de trabajo a término indefinido.

La lista del personal a que se refiere el párrafo anterior se anexa a este documento y constituye parte integrante del mismo. La aplicación de este diez por ciento (10%) será proporcional al número de trabajadores sindicalizados y no sindicalizados. En circunstancias normales la aplicación del Artículo 8º mencionado, salvo la limitación del porcentaje aquí pactado, se hará integralmente para los despidos sin justa causa aunque dicha norma deje de ser vigente.

Cuando la Empresa, por razones técnicas o económicas debidamente comprobadas, solicite y obtenga del Ministerio de Trabajo autorización para efectuar despidos colectivos de sus trabajadores, reconocerá y pagará a los despedidos la totalidad de las indemnizaciones de que trata el Artículo 8º del decreto 2351 de 1965 (Ley 48 de 1968).

Es entendido que la limitación del diez por ciento (10%) pactada para el uso en circunstancias normales del Artículo 8º del decreto 2351 de 1965, no cubre a los trabajadores que ingresen a la Empresa con posterioridad a la fecha de la firma de la presente Convención Colectiva de Trabajo ya sea con contrato a término indefinido o con cualquier otra clase de contrato de trabajo.

De conformidad con el texto convencional en cita, se tiene que se estableció una limitación al despido sin justa causa, el cual no podría exceder anualmente, de un 10% del número de trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido, sindicalizados y no sindicalizados, a la fecha de la firma de la Convención Colectiva de Trabajo, esto es, al 11 de junio de 2013.

En este sentido, lo primero que debe entrarse a verificar es el alcance de la expresión “*anualmente*”, estipulado en el primer párrafo de la norma en cita, pues, en criterio del accionante, debe contarse desde la fecha de suscripción de la convención colectiva.

No obstante, de la lectura del texto analizado, la expresión anual, se refiere claramente al año que comienza el 1º de enero y culmina el 31 de diciembre de cada año, pues es de esta manera como puede entenderse un periodo de tiempo del que no se plasma expresamente una fecha determinada para su ocurrencia, toda vez que de ser el querer de los contratantes que el término se contabilizara de forma distinta, así habría quedado expresado con una data cierta; por lo que no se comparte el criterio del demandante en este sentido.

Ahora bien, para determinar si se respetó el límite establecido en la norma convencional, debía establecerse el número de trabajadores, sindicalizados y no sindicalizados, que se encontraban vinculados por medio de contrato de trabajo a término indefinido, a la empresa demandada, para el 11 de junio de 2013. Sin embargo, examinado el material probatorio, no fue allegado documento con el que se pueda verificar dicho dato, pues pese a que en la convención colectiva se indica que se anexará el listado correspondiente, el mismo no obra en el plenario.

Así las cosas, debe la Sala recordar que, en los términos del artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen; imponiendo la carga de la prueba a quien pretende una condena en su favor. De esta manera, era obligación del demandante informar al proceso el número de trabajadores con contrato a término indefinido para la fecha en que se suscribió la referida convención colectiva y, así, verificar el cumplimiento o no de límite de despido consagrado; situación, que no ocurrió.

Con todo, de folios 318 a 319, aparece comunicación expedida por la compañía el 15 de mayo de 2017, dirigida al presidente del sindicato, informando el total de trabajadores afiliados al Sindicato de Trabajadores de American Pipe SINTRAPI, que a junio de 2013 tenían vinculación bajo un contrato a término indefinido, relacionando los nombres de cada uno, **para un total de 44 trabajadores sindicalizados**. Y en el mismo sentido, informa que el número de trabajadores desvinculados sin justa causa de la Compañía desde junio de 2016 a 30 de abril de 2017 ascienden a un total de 12 personas, **de los cuales solo 3 hacían parte del sindicato**; mismas 3 personas, que fueron desvinculados en total, para la anualidad del 2017; situación que se corrobora con la certificación obrante a folio 338, expedida por el área financiera y administrativa de la empresa enjuiciada.

De conformidad con lo anterior, se logra verificar que de 44 trabajadores que hacían parte del sindicato para junio de 2013, fueron

despedidos dentro del último año de servicios del accionante, 3 trabajadores sindicalizados, esto es, menos del 10% consagrado en la norma convencional.

Bajo estas condiciones, al desconocerse cuál era el número total de trabajadores activos vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido, sindicalizados y no sindicalizados, para la misma fecha, junio de 2013, carga que recaía en la parte actora, resulta imposible para esta Sala de decisión, verificar si se excedió el límite establecido en el precepto en cita, resultando acertada la decisión del *a quo* y, en consecuencia, habrá de confirmarse la decisión de primer grado.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de marzo de 2022 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
009 2018 00154 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 009 2021 00184 01
DEMANDANTE: FERNANDO ÁLVAREZ PINZÓN
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de julio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia del traslado y de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar todos los aportes, junto con los rendimientos y detalle de traslado de aportes a Colpensiones y; a esta última, a activar su afiliación, aceptar y recibir el traslado. Así mismo, se condene a lo ultra y extra *petita*, y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 23 de julio de 1959; estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, desde el 14 de octubre de 1983. Se trasladó al RAIS a través de Porvenir S.A. en enero de 1996. Aduce que al momento del traslado, el fondo no le brindó la información adecuada y completa acerca del régimen de ahorro

individual con solidaridad, ni posibles riesgos, características, condiciones, acceso, servicios y diferencias frente al régimen de prima media; sin que pudiera tener un comparativo de las ventajas y desventajas de uno y otro régimen. Solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado y reactivación de la afiliación, obteniendo respuesta negativa y; elevó petición a Porvenir de copia de documentos y proyección de mesada pensional (fls.34 a 51, 01Demandaanexosactareparto).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del actor, su afiliación al ISS, la solicitud de nulidad y su respuesta negativa; 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, y las demás declarables oficiosamente. Argumentó que el accionante se encuentra válidamente afiliado 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 beneficiario 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 (fls.1 a 18, 09Contestacioncolpensiones).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó que el accionante se encuentra afiliado a este fondo y manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. 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 de presiones o engaños, y voluntaria, siendo su traslado válido, lo que se corrobora con el formulario de afiliación; además el demandante no es beneficiario del régimen de transición (fls.1 a 32, 15Contestacionporvenir).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 10 de julio de 2023 (24Audiofallo), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante Fernando Álvarez Pinzón, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones - al RAIS, administrado por Porvenir S.A., el 05 de diciembre de 1995.

SEGUNDO: a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

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

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

QUINTO: COSTAS. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SEXTO: DE NO SER APELADO Remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

Como sustento de su decisión, señaló que de las pruebas aportadas y practicadas dentro del presente asunto, no se puede establecer la AFP, al momento del tránsito al régimen de ahorro individual efectuado por el demandante, le hubiera indicado las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado; circunstancia que, de acuerdo con el razonamiento expuesto en la jurisprudencia, impidió que el usuario

contara con elementos de juicio suficientes para determinar, según sus intereses, qué resultaba más benéfico en su caso y de este modo, expresar su voluntad de manera informada; carga probatoria que se encontraba radicada en cabeza de la administradora privada llamada juicio.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas interpusieron recurso de apelación.

Porvenir solicitó se revoque parcialmente la condena impuesta, teniendo en cuenta que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, autoriza a los fondos de pensiones privados a efectuar los descuentos relativos de la cotización con miras a los gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros que allí se mencionan, y que no hacen parte integrante de la pensión, ni tampoco entran a financiar la prestación de los potenciales pensionados; situación que configuraría un enriquecimiento sin justa causa en favor de Colpensiones. De otra parte, resulta incompatible ordenar la indexación, pues los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante no se han visto afectados por el fenómeno de la inflación y, por el contrario, se generaron rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima. En su defecto, solicita se autorice a Porvenir a que de los rendimientos financieros se descuenten las condenas impuestas en sentencia de primera instancia en lo relativo a la indexación.

Colpensiones manifestó que debe tenerse en cuenta que el deber de información que tiene la AFP al momento de suscripción del formulario de afiliación para la época en que se surtió el traslado, se regulaba por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, así como el literal B y E del Decreto 692 del 94 y el decreto 663 de 1993, lo cual no exigía más que la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para trasladarse de régimen manifestado a través de la firma, situación que se dio a plenitud según se deriva el documento suscrito y registrado por el accionante dentro de este plenario. Además, se evidencia la existencia de una prohibición expresa contenida en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, 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 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 14 de octubre de 1983 al 31 de diciembre de 1995 (fls.43 a 45, 09Contestacioncolpensiones), 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 5 de diciembre de 1995 (fl.75 y 79, 15Contestacionporvenir).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que se trasladó en el año 1995 a Porvenir, porque el área donde trabajaba, que era Recursos Humanos les dijo que debían pasarse porque el Instituto de los Seguros Sociales se iba a acabar, que, además, iba a tener otros beneficios, como que iba a poder pensionarse a cualquier edad, no importaba las semanas y con lo que quisiera pensionarme. Ese formulario se lo entregaron en Recursos Humanos, la jefe de personal los citó a firmarlo, ya estaba diligenciado y él solo firmó; la única información que tuvo fue que el Seguro Social se iba a acabar, pero por parte Porvenir nunca lo asesoraron, nunca tuvo una reunión o interacción con un Asesor comercial del fondo, ni tampoco con el Seguro Social; cuando cumplió 59

años fue a Porvenir a preguntar si podía pensionarse y le dijeron que hasta que cumpliera los 62 años. No buscó trasladarse antes a Colpensiones, porque creyó lo que le había dicho la jefe de personal respecto que se podía pensionar a cualquier edad. Ha recibido extractos periódicamente y veía que le aparecían los aportes, pero incluso en una época el capital disminuía, pero no entendía por qué; pero nunca tuvo un comunicado de Porvenir de la posibilidad de traslado antes de los 52 años. Quiere retornar a Colpensiones porque se siente engañado en los motivos que le dieron para pasarse al fondo privado y, porque va a tener una mínima pensión.

De cara a los medios de prueba mencionados, para esta Sala la AFP Porvenir S.A, incumplió el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demostró en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral, haber brindado 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 Porvenir faltó a su deber en las condiciones fijadas por la jurisprudencia lo que conlleva la ineficacia del acto jurídico de traslado.

Importa resaltar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha adoctrinado que en tratándose de afiliados, 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). Por tanto, la sentencia será confirmada en este aparte, pero se modificará en el sentido de ordenar 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.

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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 10 de julio 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: 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



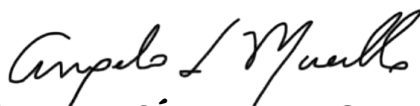
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

Con aclaración de voto

009 2021 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 010 2018 00713 03
DEMANDANTE: JAIME MAFLA ZAMORANO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.
Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.
VINCULADO: MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de julio de 2023.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), efectuado en abril de 1995, a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a restituir los valores obtenidos en virtud de la vinculación, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, a Colpensiones y; a ésta, a recibirlos, contabilizarlos para efectos de su pensión y, reconocerle la pensión de vejez. Asimismo, se condene a las demandadas al pago de costas y, a lo ultra y extra *petita*.

De manera subsidiaria, solicita la ineficacia o inoperancia, del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y, se declare patrimonialmente responsable a las administradoras de fondos de pensiones demandadas, de los perjuicios materiales irrogados (lucro

cesante consolidado y lucro cesante futuro), a partir de la fecha en que adquirió la condición de pensionado, esto es, 1º de julio de 2011.

En respaldo de sus pretensiones, narró que estuvo afiliado al ISS desde el 15 de marzo de 1975 hasta marzo de 1995; fecha en la que fue traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de Protección S.A. Nació el 17 de abril de 1949, contando al 1º de abril de 1994 con 44 años cumplidos y, más de 930 semanas cotizadas, por lo que se encontraba dentro del régimen de transición de la ley 100 de 1993, así mismo, cotizó más de 750 semanas al 22 de julio de 2005 y, contaba con más de 65 años al 31 de diciembre de 2014; razón por la cual, tenía derecho a pensionarse a partir del 18 de abril del año 2009. Aduce que, al momento de trasladarse al fondo privado, no fue asesorado o informado de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta, respecto de las diferencias entre los regímenes, tampoco respecto a lo que más le convenía, o que sus aportes irían a una cuenta individual, la posibilidad de un bono pensional, el derecho de retracto, el monto de su pensión, ni la posibilidad de pensionarse anticipadamente. El 24 de octubre de 2018, solicitó a Colpensiones su traslado al RPM, la cual fue rechazada. Informa que Colfondos S.A., le concedió una pensión a partir del 1º de julio de 2011, sin informarle los derechos que había adquirido o consolidado en el régimen de transición, prestación que se encuentra recibiendo. Finalmente, señala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la ha admitido la viabilidad y la procedencia para los afiliados de retornar al régimen de prima media con prestación definida, pero en el año 2018 cambió el precedente judicial, en lo que tiene que ver con los afiliados a los fondos privados de pensiones que hayan adquirido el estatus de pensionados (demanda inicial, fls.122 a 146¹ y reforma, fls.2 a 46²).

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, las semanas cotizadas, la solicitud de traslado y su respuesta negativa. Manifestó que los restantes hechos no son ciertos o no

¹ Carpeta: 01ExpedienteDigital//Archivo: 01ExpedienteDigital

² 15ReformaDemanda

le constan. Formuló como excepciones de mérito de 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 en su defensa que el traslado realizado por el actor en el mes de abril de 1995 a la AFP Protección, se efectuó ejercicio del derecho de libre escogencia del Régimen Pensional, siendo plenamente válido; el actor se encuentra en la prohibición legal de trasladarse, en razón a su edad (fls.169 a 174 y fls.2 a 11³).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió el traslado a esta AFP, la fecha de nacimiento del demandante y, el deber de información de la AFP. 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 del sistema general de pensiones 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. En lo referente a la sanción por perjuicios, aduce que no tiene consagración legal que prevenga el pago de este tipo de indemnización, aunado a que el accionante recibió la información suficiente, clara y oportuna, a efectos de verificar su traslado y si alguna situación adversa se deriva de dicho acto, sólo a él es imputable, máxime, si se tiene que no demostró los argüidos perjuicios (179 a 209 y 3 a 34⁴).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones incoadas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento del demandante, las semanas cotizadas a 1º de abril de 1994 y, el status

³ Carpeta: 01ExpedienteDigital//Archivo: 01ExpedienteDigital y 24ContestacionReformaColpensiones

⁴ Carpeta: 01ExpedienteDigital//Archivo: 01ExpedienteDigital y 25ContestacionReformaColfondos

de pensionado por parte de esta AFP. Manifestó que no le constan o no son ciertos los demás. Propuso la excepción previa de falta de integración de litisconsortes necesarios con la Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público y; las de mérito 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, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, validez del reconocimiento de la pensión de vejez al demandante en Colfondos y trámites de la solicitud de pensión, inexistencia de perjuicios, nadie puede ir en contra de sus propios actos, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios, inexistencia de prueba de perjuicios y, las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, Sostuvo la vinculación fue el resultado de la voluntad libre y espontánea del afiliado, quien permaneció por más de 20 años en el RAIS; el traslado se realizó al amparo de la normativa vigente para la época, ajustándose el formulario de afiliación a la ley; además el demandante no hizo uso del derecho de retracto y, no existió vicio del consentimiento. Finalmente, el accionante no es beneficiario del régimen de transición (fls.266 a 282⁵).

Mediante auto del 23 de septiembre de 2021, se dispuso la integración de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, en calidad de Litis consorte necesario (09AutoIntegraMinhacienda); quien una vez notificado en debida forma, dio contestación se opuso a las pretensiones del libelo demandatorio. En cuanto a los hechos admitió la data de nacimiento del actor, su afiliación al sistema general de pensiones en cada régimen, las semanas cotizadas, la prestación por vejez reconocida por Colfondos y, los precedentes jurisprudenciales. Propuso las excepciones de falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, -la variación del monto de la pensión no constituye vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional, prescripción e, imposibilidad de declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, dada la condición de pensionado por vejez por parte del fondo privado de

⁵ Carpeta: 01ExpedienteDigital//Archivo: 01ExpedienteDigital

pensiones Colfondos S.A. Como argumentos de defensa, expuso que de acuerdo con la normatividad y la jurisprudencia, la posibilidad de solicitar un traslado de régimen pensional solo ésta consagrada para quienes tienen la condición de afiliados al sistema, entendiéndose por “afiliado” aquella persona que no ha consolidado una situación pensional. Asimismo, que el traslado del demandante al RAIS, fue libre y voluntario, siendo válido y adolece de vicio del consentimiento (fls.2 a 31 y 2 a 30⁶).

La AFP Protección S.A., guardó silencio ante la reforma, por lo que, por auto del 8 de febrero de 2023, se tuvo por no contestada la reforma de la demanda por esta enjuiciada.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 13 de julio de 2023, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas, principales y subsidiarias, por el demandante y, le impuso costas.

Como sustento de su decisión, señaló que no es posible la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando el demandante se encuentra pensionado en el RAIS, por cuanto la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un estatus jurídico que no es razonable revertir y, esto conllevaría la afectación de terceros.

En relación a los perjuicios, indicó que efectivamente se logró establecer que se producía a favor del demandante una mesada pensional mucho más alta en el régimen de prima media, tomando y aplicando la normatividad de la Ley 100 de 1993, por lo que efectivamente existe una diferencia y un detrimento en el valor de la mesada pensional; sin embargo, al haber adquirido el estatus de pensionado desde julio del año 2011, al no haber sido reclamado en término, se encuentra prescrito en los términos de los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

⁶ 19ContestacionMinHacienda y 26ContestacionReformaMinHacienda

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandante señala que la demanda fue presentada en el año 2018, siendo que la Corte Suprema de Justicia cambió el precedente judicial en febrero del 2021 y, por el engaño que se cometió sobre el actor, éste está perdiendo más de 11'000.000 de pesos mensuales; existiendo un precedente del año 2018, en el que el doctor Eduardo López, confiere la posibilidad de que un pensionado pueda devolverse, empero el proceso se ha dilatado en el tiempo, estando en el año 2023, sin pasar de la sentencia de primera instancia. No debió aplicarse el término prescriptivo de 3 años del artículo 488 , pues este solo aplica para las controversias en relación con los derechos consagrados en tal codificación, como los que emanan de los contratos de trabajo, por anterior, en ausencia de norma que establezca el término de prescripción para el presente caso, deberá aplicarse las disposiciones del Código Civil, ya que la consecuencia no se deriva de una relación laboral ni tiene ninguna relación con derechos consagrados en el Código Sustantivo del trabajo, pues el litigio gira en la indemnización de unos perjuicios derivados de un daño ocasionado por la AFP, en conclusión, para el presente caso se debe aplicar el artículo 2356 del Código Civil por el término de prescripción de 10 años, porque se trata de una infracción a un contrato del orden financiero; aunado a que, el engaño se predica permanente en el tiempo.

IV. CONSIDERACIONES

No fue objeto de reproche que: **i)** el demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de Protección S.A. el 1º de abril de 1995, **ii)** a partir del 1º de agosto de 2002, se trasladó horizontalmente a la AFP Colfondos S.A. (fls.210 y 291, 01ExpedienteDigital) y; **iii)** Colfondos le reconoció pensión de vejez al accionante a partir del 1º de julio de 2011, en modalidad de retiro programado (fl.6, 01ExpedienteDigital).

La a quo encontró probado que el derecho al reconocimiento de la indemnización de perjuicios solicitada por el actor se encuentra prescrito,

criterio que no comparte el recurrente, al argumentar que no se puede aplicar la figura de la prescripción trienal.

Precisado lo anterior, corresponde a la Colegiatura desatar el recurso de apelación según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social y, en tal sentido, definir si en el presente asunto operó la prescripción, respecto de la indemnización de perjuicios reclamada por el accionante.

Al respecto, es pertinente traer a colación la sentencia SL1956 del 16 de agosto de 2023, en la que la Corte Suprema de Justicia, indicó que la acción para reclamar la indemnización por perjuicios causados, como consecuencia de un detrimento patrimonial por el daño causado con ocasión del traslado de régimen, prescribe de conformidad con la norma procesal correspondiente, es decir pasados 3 años de su exigibilidad. Así indicó:

Es cierto que esta Corporación ha sostenido reiterada y pacíficamente que el derecho pensional no prescribe, dado que su carácter de irrenunciable, de tracto sucesivo y vitalicio, de suerte que puede demandarse en cualquier tiempo (CSJ SL, 6 feb. 1996, rad. 8188, reiterada en CSJ SL11428-2016), sin perjuicio de la extinción de las mesadas no reclamadas en tiempo; sin embargo, esa imprescriptibilidad no se aplica a la indemnización de perjuicios por el daño causado con ocasión del traslado de régimen, en tanto es una consecuencia resarcitoria única que se paga por una sola vez, generada por el incumplimiento del deber de asesoría e información a cargo de la AFP, respecto de quien luego del traslado obtuvo la pensión en el RAIS, tampoco, como ahora lo propone la censura, se extiende a la acción consagrada en el art. 151 del CPTSS para reclamarla en juicio.

De allí que, como lo ha enseñado esta Corte, sea a partir del momento en que se conoce ese daño que debe reclamarse su compensación so pena de que se extinga la acción para demandarla judicialmente.

Es un hecho cierto que por regla general tal información se conoce cuando se obtiene la condición de pensionado y a partir de esa fecha es que empieza a correr el plazo extintivo de la acción y consecuentemente de la indemnización. En lo concerniente, en sentencia CSJ SL373-2021 se adoctrinó:

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, **el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.**

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con

el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado. (Negrita propia).

De lo dicho, se itera, no es posible asimilar la prescripción de la acción para demandar la indemnización, con el derecho a la pensión, como lo pretende ahora la censura, al asegurar la imprescriptibilidad de aquella, pues el hecho de que la cuantía a pagar a título de resarcimiento del daño se pueda obtener en parte del eventual valor de la mesada al interior del RSPMPD, no cambia su naturaleza indemnizatoria única y tampoco, el término extintivo de la acción consagrado claramente en el art. 151 del CPTSS.

Bajo este entendimiento, como la prestación por vejez del actor fue reconocida el 1º de julio de 2011 (fl.6, 01ExpedienteDigital) y, la indemnización de perjuicios solo fue petitionada con la reforma de la demanda, el 6 de octubre de 2021 (fl.1, 16ReformaDemanda), esto es, cuando había transcurrido un término superior a 10 años, en el sub lite, se configuró el medio exceptivo de prescripción. En consecuencia, hay lugar a confirmar la decisión apelada.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de junio de 2023.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



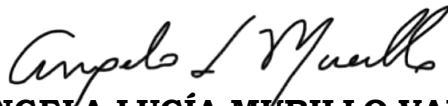
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MÚRILLO VARÓN

Magistrada

010 2018 00713 03



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 010 2021 00137 01
DEMANDANTE: WILLIAM DEL TORO DIAZ.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de agosto de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de la AFP Colfondos. En consecuencia, se ordenó a la AFP a trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento, a Colpensiones y; a esta última, a activar su afiliación y recibir los valores trasladados. Asimismo, se condene a lo ultra y extra *petita* y, las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones, narró que inicio sus aportes a pensión a través del régimen de prima media con prestación definida. Suscribió formulario de afiliación a la AFP Colfondos, el 20 de mayo de 1994. Aduce que su traslado obedeció a que el asesor del fondo privado le

aseguró que el ISS estaría pasando por problemas financieros, lo que hacía incierto el futuro de los afiliados y que este fondo era una mejor alternativa; sin embargo, no le explicó de forma clara y comparada cuáles eran las diferencias entre regímenes, ventajas y desventajas, requisitos para acceder a la pensión, factores que influyen en su determinación, descuentos por cuotas de administración y; en general, no desplegó una actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del Régimen, ni en el momento del traslado ni cuando le faltaban 10 años para cumplir la edad mínima de pensión; como tampoco le entregó proyección pensional en ese momento.

Manifiesta que luego del 2010, Colfondos le entregó proyección pensional en la que se observa que no tendrá derecho a una pensión en la modalidad de retiro programado. De acuerdo con una liquidación efectuada por la firma YABAR LIQUIDACIONES, la pensión que le habría correspondido en Colpensiones equivaldría, aproximadamente a \$3'284.495. Solicitó a la AFP la ineficacia del traslado y a Colpensiones la activación de su afiliación, obteniendo respuestas negativas (fls.4 a 15, 01DemandaAnexos).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la afiliación del demandante al ISS y, manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de 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 en su defensa que el accionante está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad; no es beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993; y que recibió toda la información necesaria para realizar el traslado, que fue de manera libre y voluntaria; se le respetó su derecho de afiliación al suscribir formulario

con el RAIS, pues era una persona que gozaba de toda capacidad legal (fls.2 a 14).

Por su parte, Colfondos S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la suscripción del formulario de afiliación, la proyección pensional, la solicitud de ineficacia del traslado y su respuesta. Manifestó no ser ciertos o constarle 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 del demandante, 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 (fls.5 a 26, 13ContestacionColfondos).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 4 de agosto de 2023 (43AudienciaRecuperada), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación del demandante señor WILLIAM DEL TORO DÍAZ, a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, mediante la suscripción de afiliación realizada el 20/05/1994, por transgresión del deber de información, al no dar al demandante la información completa oportuna y veraz de las características, ventajas y desventajas de los regímenes y las consecuencias del traslado a su derecho pensional pensionales en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación del demandante señor WILLIAM DEL TORO DÍAZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad como si nunca se hubiera trasladado, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS hacer la devolución al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos las sumas y valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor WILLIAM DEL TORO DÍAZ, como cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo

dispone el artículo 1746 del C.C., y así mismo a realizar la devolución los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia , y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados que le hubiere descontado al demandante durante su vinculación, y deberá entregar a Colpensiones los documentos correspondientes que den cuenta del pago efectivo a Colpensiones de las sumas ordenadas correspondientes a la demandante, así mismo deberá entregar la documental que informe lo recibido por el COLFONDOS S.A. por cotizaciones, rendimientos interese, bonos, que den a conocer ciclos o periodos cotizados ,IBC, valor cotización, rendimientos, intereses y bonos, de igual manera la información de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima , para que se pueda establecer por esta entidad que la devolución se hace en los términos ordenados en esta sentencia y deberá realizarse la devolución a Colpensiones en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia de conformidad a la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a Condenar a Colpensiones a que debe imputar de manera inmediata a la ejecutoria de la sentencia en la historia laboral de la demandante para efectos pensionales las semanas cotizadas en el RAIS. Así mismo se condena a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de las Colfondos S.A. pensiones y cesantías, debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, así mismo, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP COLFONDOS S.A. y Colpensiones a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$ 1.100.000 a cargo de COLFONDOS, y a cargo de Colpensiones por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$ 350.000.

SÉPTIMO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por condenas a Colpensiones, según art 69 cpt y ss.

Como sustento de su decisión, señaló que no logró la AFP demostrar que cumplió con su deber de información y buen consejo, específicamente de dar esas características de los dos regímenes pensionales y cómo operaba cada uno, para que el afiliado pudiera tomar una decisión informada.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones reprocha la condena en costas y agencias de derecho, aduciendo que como entidad del Estado no tiene un rubro destinado a esta condena, por lo cual es un dinero que sale de los valores que financian el sistema de pensiones, lo que genera un detrimento al patrimonio de los pensionados. Igualmente, Colpensiones no tuvo

injerencia alguna frente al acto del traslado y, ha actuado siempre 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 21 de noviembre de 1983 al 30 de mayo de 1994 (fls.27 a 29, 14ContestacionColpensiones); fecha a partir de la cual migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 20 de mayo de 1994 (fl.28 y 29).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que Se trasladó a Colfondos para el año 1994, cuando trabajaba con la empresa Editorial Voluntad, y los visitó un promotor de Colfondos S.A. y los reunió en hora laboral, nos reunió en grupo, aproximadamente de 10 a 12 minutos y les dijo que el Seguro Social estaba en crisis que tendía a desaparecer y sus pensiones iban a tener inconveniente, pero que los aportes a pensiones estaban seguros al trasladarse todo al fondo y que garantizaba como empresa privada que no había inconveniente; así mismo que la pensión en Colfondos, era mejor que la del seguro; pero no le dieron

más información. Cuando se acabó la pensión uno por uno, pasaron con el promotor y éste les indicaba paso por paso cómo llenar el formulario, lo llenó y lo firmó. No realizó alguna gestión para retornar al Seguro Social porque con la información que le dio el promotor y los rumores que existían de que el seguro estaba en crisis, para él fue suficiente. Recibía extractos de su cuenta de ahorro individual a partir de 2018. Al momento de suscribir la afiliación, fue por voluntad propia, no hubo presión y firmó el formulario de manera voluntaria. Para esa época estaba casado y tenía 4 hijos, pero no recuerda que le hayan dicho que debía anotarlos en el formulario, lo que sí recuerda es que en ningún momento me dijo que en Colfondos se heredaba la pensión. El promotor de Colfondos se remitió a decirle que la pensión era mayor allí debido que era una empresa privada y como tal garantizaba la seguridad de los aportes, pero no le dio ninguna característica, no le informó acerca de rendimientos, requisitos para pensionarse, modalidades pensionales o pensión anticipada. Le indicó que sus aportes del ISS pasarían al fondo privado, pero nada le dijo respecto a un bono pensional.

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 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 Colfondos 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 Colfondos 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). Por tanto, la sentencia se confirmará 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 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 sentencia.

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 la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de agosto de 2023, 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.

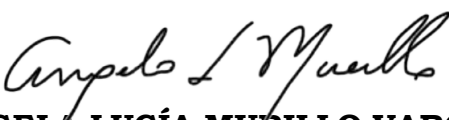
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
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 013 2020 00396 01
DEMANDANTE: JULIO CÉSAR ALDANA MURCIA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 31 de marzo de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretende el reconocimiento y pago de la pensión por vejez, con régimen de transición, a partir del 1º de julio de 2012; las mesadas mensuales y adicionales y, los intereses moratorios. Así mismo, se compensen los dineros recibidos como indemnización sustitutiva y; se condene lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 1º de julio de 1952, por lo que al 1 de abril de 1994 contaba con 42 años de edad y se encontraba afiliado al Instituto de Seguros Sociales. Se afilió al Sistema General de Seguridad Social en Pensión ante el I.S.S. hoy Colpensiones, desde el 21 de marzo de 1968, en el que ha cotizado más de 1.292.35 semanas. Al 25 de julio de 2005, había cotizado más de 896.9 semanas; siendo beneficiario del régimen de transición, por cumplir con lo

establecido en el art 36 de la ley 100 de 1993; y desde el 1º de julio de 1987 al 01 de julio de 2007 cotizó un total de 785.14 semanas.

Aduce que en la historia laboral de Colpensiones, en el ciclo comprendido del 1 de agosto de 1995 hasta el 31 de diciembre de 1998, aparece pago solo por 15 días y sin novedad de retiro; con días reportados y en la observación se indica *“Su empleador presenta deuda por no pago”*, densidad que corresponde a 166.31 semanas. Asimismo, en el ciclo del 1 de enero a 30 de septiembre de 1999, no aparece pago y sin novedad de retiro, con la misma observación, por un total a 38.61 semanas. En los ciclos mencionados se encontraba laborando en la Empresa CONCREAR Construcciones y Arquitectura Ltda., la cual expidió certificación laboral con fecha de expedición del 5 de febrero de 1998, en donde se indica que el demandante trabajó desde el 16 de febrero de 1989 y continuaba laborando a esa fecha, informando de un periodo trabajado de 9 años.

Mediante Resolución No. 107439 del 23 de mayo de 2013, le fue negado el reconocimiento a la pensión de vejez, por no cumplir los requisitos, al no acreditar 750 semanas al 25 de julio de 2005; decisión contra la cual interpuso recurso de reposición, resuelto mediante Resolución VPB 10141 de 9 de febrero de 2015, que confirma la decisión y, mediante Acto Administrativo GNR 225000 del 27 de julio de 2015, se le reconoce una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por una sola vez, en cuantía de \$14'527.248. finalmente, afirma que el derecho a la pensión de vejez es irrenunciable y, que cumple con la edad y las semanas normativamente exigidas (02Demanda).

Colpensiones se opuso a la prosperidad de las súplicas. Frente a los hechos manifestó ser cierta la afiliación del demandante al régimen de prima media desde el 21 de marzo de 1968, los ciclos que aparecen con deuda del empleador en la historia laboral y, los actos administrativos que negaron la pensión de vejez y el que concedió la indemnización sustitutiva. Manifestó no constarle o no ser ciertos los demás. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y, las demás declarables

oficiosamente. En su defensa argumentó que, el demandante no cumple con los requisitos exigidos por la ley para acceder a lo pretendido (13ContestacionColpensiones).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 31 de marzo de 2023 (19AudienciaVirtual), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que el demandante es beneficiario de la pensión de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición, conforme lo antes visto.

SEGUNDO: DECLARAR como fecha de causación el 2 de julio de 2012 y de disfrute del derecho pensional, el 2 de noviembre de 2013, en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, por lo antes expuesto.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar el retroactivo causado desde el 22 de octubre de 2017, que hasta la mesada de marzo del año en curso, asciende a la suma de \$63.028.888,42, sobre 13 mesadas pensionales, autorizando a la entidad a descontar el monto la indemnización sustitutiva reconocida en la Resolución GNR 225000 del 27 de julio de 2015, así como la proporción correspondiente a los aportes al sistema salud, como se explicó anteriormente.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones, para las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 22 de octubre de 2017, conforme a lo antes considerado.

QUINTO: CONDENAR a Colpensiones al pago de los intereses moratorios sobre el monto del retroactivo adeudado desde el 22 de octubre de 2017 y hasta que se verifique el pago total de la obligación en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

SEXTO: ABSOLVER a Colpensiones de las demás pretensiones.

SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las demás excepciones propuestas por la demandada, por lo antes expuesto.

OCTAVO: CONDENAR en costas a Colpensiones, incluyéndose como agencias en derecho en esta instancia en favor del demandante, la suma de \$1.200.000.

NOVENO: REMITIR el proceso al H. Tribunal Superior de Bogotá D.C., para conocer el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

DÉCIMO: Por Secretaría, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021.

Como sustento de su decisión señaló que, se acreditó que en el interregno reportado en deuda en la historia laboral del demandante, existió una relación laboral, sin que Colpensiones haya efectuado alguna acción de cobro frente esas semanas, lo que conlleva a imputadas a la

historia laboral del actor, logrando acreditar un total de 1170 semanas durante toda su vida laboral, antes de cumplir los 60 años de edad, esto es, el 1º de julio de 2012; de las cuales, 888,027 lo fueron antes del 29 de julio del 2005, por lo cual el régimen de transición se le prolongó hasta el 31 de diciembre del año 2014, siendo beneficiario la pensión de vejez de que trata el Decreto 758 de 1990.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandada adujo que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en la ley, específicamente con la densidad de semanas exigidas por el decreto 758 de 1990, para el reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que la obligatoriedad del empleador para el pago del aporte está establecido en la ley, artículo 22 y, en este caso, de acuerdo a la historia laboral, se echa de menos que se hayan realizado estos pagos, por lo que estas semanas no podrán ser sumadas para el reconocimiento de esta pensión.

De otra parte, reprocha la condena por intereses moratorios, al argüir que no se ha incurrido en una mora, teniendo en cuenta que el demandante no cumplía con los requisitos para reconocer esta pensión. Asimismo, no se debe condenar en costas, pues la entidad ha actuado de buena fe, bajo el imperio de la Constitución y de la ley.

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 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, tomando en consideración periodos en que los empleadores no le hicieron cotizaciones.

i) Mora patronal.

Conviene recordar que la Sala de Casación Laboral, de manera reiterada y pacífica, ha considerado que el hecho generador de las cotizaciones al sistema pensional es el trabajo humano. Por ello, la prestación del servicio efectiva en favor de un empleador causa o genera el deber de aportar al sistema pensional de los trabajadores afiliados (ver sentencia CSJ SL514-2020, que reiteró la CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 34270).

En punto a la mora del empleador en el pago de cotizaciones al sistema pensional, la citada Corporación ha asentado que las administradoras de pensiones deben agotar diligente y oportunamente las gestiones de cobro ante los empleadores, de suerte que, de omitirse dicha obligación, deben responder por el pago de la prestación a que haya lugar, según la norma aplicable. Ello es así, porque el sistema de seguridad social les otorgó a dichos entes herramientas jurídicas suficientes para desplegar control, requerir a los morosos e iniciar acciones de cobro, además de contemplar en su favor, intereses o multas (Artículo 24 de la Ley 100 de 1993 y sentencias SL759-2018, que reiteró las decisiones CSJ SL, 28 oct. 2008, rad. 32384; CSJ SL907-2013, CSJ SL5429-2014, CSJ SL16814-2015, CSJ SL8082-2015, CSJ SL4818-2015, CSJ SL15718-2015, CSJ SL11627-2015, CSJ SL16814-2015, CSJ SL13266-2016, CSJ SL 4952-2016, CSJ SL6469-2016, CSJ SL15980-2016, CSJ SL17488-2016, CSJ SL13877-2016, CSJ SL685-2016, CSJ SL3707-2016, CSJ SL4892-2016, CSJ SL5166-2016, CSJ SL685-2017, CSJ SL3707-2017, CSJ SL4892-2017 y CSJ SL5166-2017).

En esa línea de pensamiento, queda claro que, a efectos de contabilizar las semanas del afiliado y, por ende, verificar los presupuestos legales tendientes a obtener el derecho pensional, y la forma

de liquidarlo, deben tenerse en cuenta a más de las cotizaciones sufragadas oportunamente, las que se encuentran en mora, cuando hay ausencia de gestión de cobro por parte de la administradora a la que se encuentre vinculado.

Importa precisar que los efectos de la mora en el pago de los aportes son diferentes a los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, dado que dichos fenómenos tienen causas distintas. En el primer evento, como se dijo, las administradoras tienen la ineludible obligación de iniciar las acciones de cobro pertinentes, mientras que, en la segunda hipótesis, la entidad de seguridad social debe reconocerle al trabajador el tiempo servido con el traslado de un cálculo actuarial o título pensional a cargo del empleador.

En el caso de marras, en el escrito introductorio se informa que la historia laboral presenta inconsistencias y, de manera concreta se enlistan los periodos comprendidos: *i)* del 1º de agosto de 1995 al 31 de diciembre de 1998, en donde aparece pago solo por 15 días y sin novedad de retiro y *ii)* del 1º de enero al 30 de septiembre de 1999; entre los cuales el actor aduce que prestó servicios al empleador CONCREAR Construcciones y Arquitectura Ltda.

Pues bien, respecto del empleador *CONCREAR CONSTRUCCIONES Y ARQUITECTURA LTDA*, en efecto en el reporte de semanas cotizadas a Colpensiones actualizado a 11 de agosto de 2015, se observa la relación de novedades de ingreso a nombre de este empleador del 16 de mayo de 1990, sin novedad de retiro; asimismo, respecto de los ciclos 199509 y 199510, se hace la observación de: *“deuda presunta, pago aplicado a periodos posteriores”* y, respecto de los ciclos comprendidos entre noviembre de 1995 y septiembre de 1999, con observación de: *“Su empleador presenta deuda por no pago”* (fls.3 a 10, *PRUEBAS JULIO CÉSAR ALDANA*).

En el mismo sentido, en el reporte de semanas cotizadas de Colpensiones, actualizado a 9 de diciembre de 2021, respecto de los periodos alegados como faltantes, se advierte que, aparece una afiliación y pago de aportes por este empleador, desde el 16 de mayo de 1990, sin

novedad de retiro (*15HistoriaLaboral*); razón por la cual, es dable entender que sí debía procederse por la entidad administradora a realizar el respectivo cobro de los aportes atrasados.

Ahora bien, a efectos de demostrar la relación laboral, a folio 12 del archivo de PRUEBAS JULIO CÉSAR ALDANA, obra certificación laboral emitida por la jefe de personal de Concrear Construcciones y Arquitectura Ltda., de fecha 5 de febrero de 1998 en donde se constata que el señor Julio Cesar Aldana Murcia trabaja en esa compañía desde el 16 de febrero de 1989. Así mismo, el actor aportó comprobantes de pago por concepto de salario del mes de noviembre de 1995, de septiembre y octubre de 1998 (fl.13, *PRUEBAS JULIO CÉSAR ALDANA*); documentos que, como lo concluyó la *a quo*, corrobora la existencia del contrato por el que debieron efectuarse en su momento las cotizaciones.

No obstante, parte de este periodo resulta simultáneo con los periodos aportados por terceros empleadores entre el 1º de agosto y el 9 de diciembre de 1998; razón por la cual, solo puede tenerse en cuenta para efectos de la contabilización de tiempos, el lapso no coincidente, esto es, del 1 de agosto de 1995 a 31 de julio de 1998 y del 10 de diciembre de 1998 al 30 de septiembre de 1999; por un total de 1401 días, correspondientes a 200.14 semanas adicionales.

ii) *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, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

Al punto, se observa que, el demandante nació el 1º de julio de 1952 y cumplió los 60 años de edad, el mismo día y mes del año 2012; por lo que, para el 01 de abril de 1994, contaba con 41 años de edad (copia del

registro civil de nacimiento¹ y de la cédula de ciudadanía²); y acreditaba 567,30 semanas efectivamente cotizadas, sin que hubiera consolidado su derecho pensional (reporte de semanas actualizado a 9 de diciembre de 2021³), por lo que resultó beneficiario del régimen de transición previsto en la Ley 100 de 1993, en razón a la edad.

Ahora, no puede olvidarse que el parágrafo 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 1º de julio de 2012, teniendo que, de conformidad con lo anterior, el requisito de 750 semanas de cotizaciones a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, debe ser acreditado por el demandante para mantenerse como beneficiario del régimen de transición. En este entendido, se tiene que, al contabilizar las semanas no cotizadas por el empleador *CONCREAR CONSTRUCCIONES Y ARQUITECTURA LTDA*, entre el 1 de agosto de 1995 y el 30 de septiembre de 1999, al 25 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia de la reforma constitucional en mención, el accionante logró completar 920,85 semanas de cotización y, en este sentido, el beneficio del régimen de transición se le prorrogó, debiendo entonces acreditar los requisitos 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

¹ 16ExpedienteAdministrativo//2012_1432963_GEN-RCN-AF

² 16ExpedienteAdministrativo//2012_1432963_GEN-DDI-AF

³ 15HistoriaLaboral

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."

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 1º de julio de 2012, data en que cumplió la edad mínima exigida o, mil (1000) semanas de aportes sufragados en cualquier tiempo, encontrando que, conforme al reporte de semanas cotizadas aportado al expediente, más las 200,14 semanas por el empleador moroso *CONCREAR CONSTRUCCIONES Y ARQUITECTURA LTDA*, completó 1131.14 semanas en toda su vida, antes de cumplir los 60 años.

En ese horizonte, es claro que el actor 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, tal como lo encontró la juez de conocimiento; por lo que habrá lugar a confirmar la decisión de primer grado.

iii) Causación y disfrute de la pensión

El artículo 13 del Decreto 758 de 1990, 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.»*

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.»* (Negrilla 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 gozar de ella.

Jurisprudencialmente la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, ha puntualizado que por regla general la desvinculación del sistema es un requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión; sin embargo, por vía excepcional existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de administrar justicia, de las cuales se puede colegir la desafiliación efectiva del sistema.

Sobre el particular, la sentencia CSJ SL 5306-2016, reiterada en SL CSJ SL756-2018, precisó:

El problema jurídico que debe dilucidar la Corte se contrae a determinar si la interpretación de lo dispuesto en los arts. 13 y 35 del A. 049/1990, no admite otro entendimiento diferente a que, bajo cualquier circunstancia, el disfrute de la pensión está condicionado a la desafiliación formal del sistema.

Es cierto que la aplicación del método interpretativo gramatical o textual arroja el resultado señalado por el recurrente, en el sentido que la percepción de la pensión está supeditada a la desvinculación del régimen,

lectura que ha sido ampliamente respaldada por la jurisprudencia de esta Corporación.

No obstante lo anterior, esta Sala, en situaciones particulares, en las cuales la utilización de la regla de derecho de la interpretación textual ofrece soluciones insatisfactorias en términos valorativos, ha acudido a otras alternativas hermenéuticas para dar respuesta a esos casos que, por sus peculiaridades, ameritan una solución diferente.

Así, por ejemplo, en tratándose de eventos en los que el afiliado ha sido conminado a seguir cotizando en virtud de la conducta renuente de la entidad de seguridad social a reconocer la pensión, que ha sido solicitada en tiempo, la Corte ha estimado que la prestación debe reconocerse desde la fecha en que se han completado los requisitos (CSJ SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 22 feb. 2011, rad. 39391; CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 38558; CSJ SL, 15 may. 2012, rad. 37798).

También, en contextos en los cuales la conducta del afiliado denota su intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema, se ha considerado que la prestación debe ser pagada con antelación a la desafiliación formal del sistema (CSJ SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; CSJ SL4611-2015, en esta última, si bien fueron consideraciones efectuadas en sede de instancia, la Corte ahora las reitera en sede de casación).

En este orden, podría decirse que si bien la regla general sigue siendo la desvinculación del sistema como requisito necesario para el inicio de la percepción de la pensión, existen situaciones especiales que ameritan reflexiones igualmente particulares, y que deben ser advertidas por los jueces en el ejercicio de su labor de dispensar justicia.

Al amparo de las anteriores reflexiones, en el caso concreto se advierte que el demandante acreditó la edad y más de 1000 semanas cotizadas para el 1º de julio de 2012. Solicitó la prestación pensional de vejez el 18 de diciembre de 2012; pero, la entidad mediante Resolución GNR 107439 del 23 de mayo de 2013, negó el reconocimiento de la prestación⁴; inconforme el promotor del juicio interpuso recursos de reposición en subsidio de apelación que fueron resueltos mediante Actos Administrativos GNR 12278 del 15 de enero de 2014 y VPB 10141 del 9 de febrero de 2015, confirmando la decisión inicial, bajo el argumento que el actor no acredita el requisito mínimo de semanas⁵.

Como se aprecia, el accionante venía realizando aportes de manera constante hasta el 31 de agosto de 2012, cumplió la edad el 1º de julio de 2012 y, reclamó el reconocimiento de la pensión a partir del 18 de

⁴ 16ExpedienteAdministrativo//GRF-AAT-RP-2012_1432963-1378152287923

⁵ 16ExpedienteAdministrativo//GRF-AAT-RP-2013_6897842-20140115100811 y GRF-AAT-RP-201419190381-20150210024400.

diciembre de 2012; no obstante, de manera reiterativa le fue negada; por tanto, conforme a la regla jurisprudencial habrá lugar a reconocer la prestación desde la última cotización, 1 de septiembre de 2012, oportunidad en que se entiende la intención de cesar definitivamente las cotizaciones al sistema. Y aun, cuando existe una cotización por 1 día en el mes de noviembre de 2013, dicho aporte no puede incidir en la fecha de reconocimiento, en tanto se obtiene que el actor manifestó claramente su intención de acceder a la prestación por vejez y fue la entidad quien lo indujo a error, bajo el argumento de no ostentar el derecho por no cumplir el requisito mínimo de tiempo.

iv) Cuantía

Efectuadas las operaciones correspondientes, teniendo en cuenta que al actor siempre cotizó sobre el salario mínimo su monto ascenderá a esta suma, en los términos del artículo 35 de la Ley 100 de 1993.

Dado que la prestación se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, en aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005, debe reconocerse a razón de 13 mesadas al año.

v) Prescripción

Como quiera que el último aporte se realizó para el 31 de agosto de 2012, la prestación fue solicitada el 18 de diciembre siguiente, interrumpiendo el término prescriptivo por un periodo igual; negada por Resolución del 23 de mayo de 2013, decisión que fue recurrida por el actor y, confirmada mediante Actos Administrativos GNR 12278 del 15 de enero de 2014 y VPB 10141 del 9 de febrero de 2015 y; toda vez que la demanda fue presentada el 22 de octubre de 2020 (*04ActaReparto*), esto es, por fuera del término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, se declararán prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 22 de octubre de 2017, como lo encontró la *a quo*.

vi) Aportes en salud

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

vii) Intereses moratorios

De conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 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.

No obstante, como quiera que en el presente asunto el reconocimiento de la prestación se hace con base en la aplicación del criterio jurisprudencial según el cual debe tomarse en consideración el periodo en mora con el empleador *CONCREAR CONSTRUCCIONES Y ARQUITECTURA LTDA*, que se encontraba en discusión, para reconocer la pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990, la entidad será absuelta de reconocer intereses moratorios y, en este sentido se revocará la decisión 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.

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

VI. DECISIÓN

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

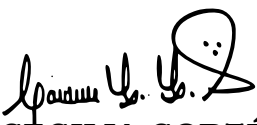
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 31 de marzo de 2023 por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., para en su lugar **ABSOLVER** a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones, del pago de los intereses moratorios sobre el monto del retroactivo ordenado.

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

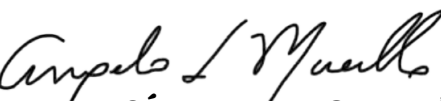
TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

Radicación n.º 110013105 013 2020 00396 01.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN

Magistrada
013 2020 00396 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 013 2021 00292 01
DEMANDANTE: INGRID SPADAFORA GARRIDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de julio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta en su favor.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad o la ineficacia de la afiliación y del traslado realizado el 1 de noviembre de 2003, al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladarla al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, y, a ésta a recibirlos y computarlos en su historial laboral. Asimismo, se condene a las demandadas en costas y, lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 19 de diciembre de 1968. Se afilió a pensiones el 3 de septiembre de 1991 al Instituto de Seguros Sociales. El 1º de noviembre de 2003 se trasladó al régimen de

ahorro individual, a través de Colfondos S.A. Aduce que dicho cambio se efectuó, por las promesas y expectativas pensionales mayores en cuanto al monto, tiempo y forma, ofrecidas por el fondo privado, mediante las cuales le aseguraban superiores beneficios económicos en su pensión, que los que obtendría si continuaba afiliada al entonces ISS; induciéndola a error de manera engañosa y desinformada, pues no hubo un asesoramiento con información verdadera, eficaz y completa, en relación a la forma, tiempo y monto de la mesada pensional, capital necesario para la pensión de vejez, requisitos para obtener la garantía de la pensión mínima. Manifiesta que solicitó a Colfondos S.A., un cálculo del valor de la mesada pensional que le correspondería al momento de pensionarse, quien le indicó que nunca se pensionaría bajo este régimen, por no cumplir con el capital necesario. Mediante derecho de petición del 26 de abril de 2021, solicitó a Colpensiones el traslado de régimen pensional, obteniendo respuesta negativa, quedando agotada la reclamación administrativa (fls.3 a 17, 02Demanda).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda. Admitió la afiliación del demandante al ISS, la petición de traslado, su respuesta y el agotamiento de la reclamación administrativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad y, las demás declarables oficiosamente. Argumentó en su defensa 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; que está incurso en prohibición legal de retornar a prima media en razón de la edad (fls.2 a 18, 06ContestacionColpensiones).

La AFP Colfondos S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la fecha de traslado de la demandante a ese fondo y la solicitud de cálculo de la mesada. 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 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 (fls.4 a 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de julio de 2023 (14AudienciaVirtual27Julio2023), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante Ingrid Spadafora Garrido a la AFP Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el 25 de noviembre de 2003, con fecha de efectividad el 1º de enero de 2004, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima que tenga en su poder, por lo expuesto precedentemente.

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

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada Colfondos S.A. en favor del demandante incluyéndose como agencias en derecho, la suma de un millón doscientos mil pesos (\$1.200.000).

SEXTO: Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, en los términos del artículo 69 del C.P.T. y S.S., remitir el expediente a la Sala laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

SÉPTIMO: Por secretaría, previo a remitir el expediente a la Sala laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, remítase copia de la grabación, del acta y de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el art. 48 de la Ley 2080 de 2021 y dejar constancia de ello en el expediente.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP Porvenir, no acreditó el cumplimiento del deber objetivo de información.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas apelaron la sentencia.

Colfondos aduce que se cumplió con el deber de información que se exigía para la época del traslado, lo que se demuestra con la suscripción del formulario de afiliación. Reprocha la condena impuesta por gastos de administración, toda vez que éstos se causan y descuentan por disposición legal más no por capricho de las administradoras del RAIS y, por ende, son exigibles, vigentes y exequibles, además, por virtud del Decreto 2555 de 2010, estos tienen una destinación específica, para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y para realizar las inversiones que hacen los fondos privados que generan los rendimientos depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de los afiliados, de modo que nunca hacen parte del PIG de los fondos de pensiones; tomando como presente que la decisión se sustentó en la afiliación al régimen de prima media, sin solución y continuidad, es decir, como si los dineros jamás hubiesen ingresado a la AFP, entonces los rendimientos jamás se causaron en Colfondos.

Colpensiones afirma que el traslado de régimen realizado por la actora en el año 2003 debe presumirse totalmente válido, puesto que no fue demostrado que existiera falta al deber de la información por parte de Colfondos, por el contrario, la demandante ha permanecido durante casi 20 años en el RAIS por su propia voluntad y sin ejercer acción alguna tendiente volver al régimen de prima media en el tiempo en que esto le era legalmente permitido; advirtiendo que para la data en que la actora realizó la solicitud, ya se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen en radón a la edad; asimismo, no es beneficiaria del régimen de transición. Aduce que la declaratoria injustificada de la ineficacia del traslado, afecta la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y 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 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 perjudicarle. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y del Decreto 2071 de

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

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

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado en el proceso que la demandante estuvo afiliada y efectuó cotizaciones a Colpensiones, desde el 3 de septiembre de 1991 (fls.20 a 21, 06ContestacionColpensiones) y; migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos S.A., el 25 de noviembre de 2003 (fl.24, 09ContestacionColfondos).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que, no tuvo asesoría ninguna para su traslado de régimen pensional, se afilió en la empresa donde iba a hacer el rural, pero la empresa se encargó de llenar ese documento y ella lo firmó, debido a que duró mucho tiempo fuera de Colombia estudiando y, no tenía claro cómo era el régimen pensional de la época, así que no sabía lo que está afirmando y tampoco hubo nadie que la asesorara. Como era un trabajo, iba a hacer el rural en un hospital y no tenía conocimiento sobre el régimen pensional de Colombia, firmó, pero nadie le dijo ni la obligó a firmar, solo que firmó por desconocimiento. Con posterioridad a que firmó ese documento tampoco recibió alguna asesoría de Colfondos. Le llegan extractos, pero no los entiende mucho. Quiere retornar a Colpensiones porque a los 47 años de edad solicitó el traslado y

se lo negaron por la edad y, después fue a averiguar una proyección de pensión y le dijeron que se pensionaba un salario mínimo, lo que no le parece razonable, pues en caso de que se pensionara con Colpensiones tendría más o menos el 75% del monto de la cotización.

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

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

Por tanto, la AFP Colfondos 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 llamado a sufrir las consecuencias de la pérdida del valor adquisitivo por el paso del tiempo.

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

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de julio de 2023, que quedara en el 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 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 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



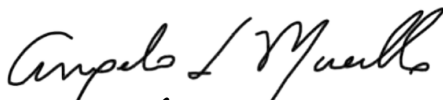
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
con aclaración de voto
013 2021 00292 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 2022 00137 01
DEMANDANTE: VICTOR ORLANDO PACHON VILLAMIL
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., veintinueve (29) de septiembre 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 07 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, efectuado a Protección S.A., mediante formulario el 3 de enero de 1995 y, el posterior trasladó a Porvenir S.A. y a Colfondos S.A. En consecuencia, se ordené a Colfondos, a trasladarlo junto con los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados, a Colpensiones y, a ésta última a recibirlo como afiliado. Asimismo, 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 16 de septiembre de 1965; cotizó para pensión en el ISS, desde el 10 de enero de

1994 hasta el 31 de enero de 1995. El 3 de enero de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de formulario de afiliación con Protección S.A., posteriormente se trasladó a Porvenir S.A. el 25 de noviembre de 1998 y, finalmente a Colfondos S.A., el 12 de diciembre del 2001. Afirma que, ninguna de las administradoras le proporcionó de manera oportuna información frente a los requisitos y condiciones de los regímenes, los requisitos de la pensión de vejez, las variables en el valor de la pensión, condiciones para pensionarse, niveles de riesgo, garantía de pensión mínima, ni modalidades de pensión. Aduce que los asesores no se encontraban capacitados para realizar la debida asesoría; tampoco fue informado sobre la prohibición de traslado después de cumplir los 52 años. No se encuentra pensionado. Solicitando a Colpensiones tenerlo como afiliado, pero recibió respuesta negativa; por su parte, solicitó a Protección copia de documentos y demás constancias, quien señaló que no es posible proyectar la pensión de vejez solicitada debido a que no se encontraba afiliado a dicho fondo. Solicitó que se anulara su afiliación al RAIS obteniendo respuesta negativa (expediente digital, archivo 01, fls. 02 a 19).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento del demandante, la solicitud de ineficacia de la afiliación y retorno, con su respuesta negativa; manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló como excepciones de fondo, las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. Argumentó que el traslado fue un acto en el que no tuvo injerencia alguna, que el demandante se encuentra inmerso en una prohibición legal respecto a la edad para trasladarse; que el traslado de régimen se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, lo que se corrobora con la suscripción del formulario; los múltiples traslados entre regímenes a partir de la declaratoria de nulidad afectan la sostenibilidad financiera del sistema. El accionante no es beneficiario del régimen de transición (expediente digital, archivo 10 fls. 01 a 08).

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, excepciones genéricas. En su defensa expuso que no es procedente declarar la nulidad absoluta del acto jurídico de afiliación al régimen de ahorro individual y solo podría alegarse la nulidad relativa del acto; el traslado de régimen fue por medio de la voluntad libre y consciente del afiliado, por lo cual se garantizó el derecho de retracto, y si se declarara la ineficacia se estaría desconociendo el principio de autonomía de la voluntad privada, a su vez que el actuar de la AFP ha sido de buena fe, y el afiliado no tenía ningún derecho pensional consolidado (expediente digital, archivo 08 fls. 01 a 26).

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 proyección de vejez, 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, 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 y las demás declarables oficiosamente. Sostuvo que la afiliación del actor se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, brindando una asesoría completa, clara y comprensible, sin que existan vicios del consentimiento; el demandante no hizo uso de la facultad de trasladarse en el término legal, esto es, antes de faltarle menos de 10 años para la edad de pensión y; señaló el deber de información del afiliado (expediente digital, archivo 12 fls. 01 a 20).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la data de nacimiento, la afiliación con esta AFP y la suscripción del formulario en diciembre de 2001, su estatus de afiliado, la petición presentada y su 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 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 14 fls. 01 a 16).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 07 de junio de 2023 (expediente digital, archivo 26), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por el señor demandante **VICTOR ORLANDO PACHON VILLAMIL** del régimen de prima media al régimen de ahorro individual el día 03 de enero del año 1995 a través de la **AFP DAVIVIR hoy PROTECCION** y como consecuencia de lo anterior **ORDENAR** a la **AFP COLFONDOS** donde actualmente se encuentra afiliado el señor demandante a trasladar los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, comisiones que haya descontado y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima con destino a la Administradora del régimen de prima media **COLPENSIONES**, a esta que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo el señor 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 RAIS, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a las **AFP PROTECCION y PORVENIR** donde en alguna época estuvo afiliado el señor demandante traslade lo correspondiente a los gastos de administración previstos en el literal q del artículo 13 y 20 de la ley 100 de 1993, comisiones, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y recursos que tenga en su cuenta o que haya descontado de su cuenta salvo lo correspondiente a las primas del seguro previsional, con destino a la administradora colombiana de pensiones **COLPENSIONES**.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a **PROTECCION** 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. Respecto a Porvenir, Colfondos Y Colpensiones **SIN COSTAS**.

CUARTO: DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por las partes demandadas. Si la presente sentencia no fuere impugnada, se remitirán las diligencias al superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta dada la naturaleza jurídica de Colpensiones.

Como sustento de su decisión, señaló que no se cumplió con la carga de la prueba que se le impone a las AFP, en cuanto a demostrar que cumplió con el deber de información al momento del traslado de la demandante, lo que no se convalida por los traslados entre administradoras.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme Colpensiones manifestó que el traslado se realizó conforme a la normatividad aplicable para la época, debido a que ello se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual se da en plenitud según el documento suscrito y registrado por el demandante, así las cosas el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría brindada al momento de la afiliación deben ser valorados bajo la normatividad vigente a la fecha de suscripción del formulario en materia del traslado. Con la decisión adoptada se genera un desequilibrio patrimonial debido a que los recursos que revive la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema, no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo.

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 12 de enero de 1994 al 28 de febrero de 1995 (archivo 11, fl. 44); migró al RAIS, a través de la AFP Davivir, hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 3 de enero de 1995 (expediente digital, archivo 11, fl. 53); posteriormente cambió horizontalmente a la AFP Porvenir S.A., a partir del 25 de noviembre de 1998 (expediente digital, archivo 11, fl. 61) y; finalmente se trasladó a la AFP Colfondos el 12 de diciembre de 2001 (expediente digital, archivo 11, fl. 72).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante señaló que por los lados de lugar de trabajo había un dispensario, y comenzaron los rumores de que el Seguro Social se iba acabar; en ese momento llegó una persona de Colmena, diciendo que iban a perder la plata si seguían en el seguro social, y la mejor decisión era pasarse al fondo privado, hicieron una reunión con todos y luego de manera individual les iban hacer el favor de afiliarlos al fondo privado. No le explicaron que pasaba con los aportes, la manera de pensionarse; el dispensario del Seguro Social lo cerraron entonces eso les dio miedo; el asesor llenó los formularios con ayuda del departamento de recursos humanos de la empresa y ellos solo firmaron. Cada vez que cambiaba de trabajo o sufría un traslado patronal, los nuevos patrones le decían que estaba el asesor de ese fondo de pensiones y que ellos consignaban las cesantías en ese fondo, que así les facilitaría la vida a los de recursos humanos, y de esa manera no se presentarían malos cálculos en su nómina, recursos humanos volvía a llenar el formulario. Se siente engañado pues ninguno le explicó la verdad frente a cómo eran los regímenes y, ya revisando, presenta un detrimento al recibir menos monto de pensión por parte de los fondos privados. Sus traslados fueron de manera libre voluntaria, pero no contaba con toda la información. Asevera que uno de los factores que lo motiva a cambiarse de regímenes es la mesada pensional, pero también el engaño que recibió por falta de información completa.

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

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

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

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

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 07 de junio 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 y a 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 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

(En uso de permiso)
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 019 2019 00255 01
DEMANDANTE: YEZID OSPINA PIÑEROS
DEMANDADO: EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. E.S.P. – E.T.B.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de mayo de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que adquirió el derecho al pago de la prima quinquenal o quinquenio, contemplada en el artículo 23 de la Recopilación de Convenciones Colectivas de Trabajo suscrita entre la ETB S.A. E.S.P. y la Asociación Nacional de Técnicos en Telefonía y Telecomunicaciones Afines – ATELCA- con vigencia inicial 1996 a 1997; en consecuencia, se condene a la demandada al pago del sexto quinquenio causado desde el 5 de noviembre de 2017; liquidado según lo dispuesto en la cláusula 20, de la recopilación de convenciones colectivas con vigencia 1994-1995; la indexación y; las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el día 03 de febrero de 1969. Se vinculó laboralmente con la ETB S.A. ESP, el 5 de noviembre de 1987, siendo beneficiario de las Convenciones Colectivas de

Trabajo suscritas por la Organización Gremial ATELCA. Que por reglamentación de la recopilación de convenciones colectivas dispuesta en el artículo 23 de la Recopilación de Convenciones Colectivas con vigencia inicial 1996 a 1997, se prevé el reconocimiento del pago de una prestación por el cumplimiento de 5 años de servicio, liquidada según lo dispuesto en la tabla de liquidación que tiene definida Sintratelefonos y que pactó ese Sindicato en la convención de 1974 en su cláusula 20, contenida en la recopilación de convenciones con vigencia 1994-1995.

Aduce que se le pagó dicha prestación hasta el año 2012, en que ajustó 25 años de servicio para la ETB S.A. ESP.; no obstante, para el 5 de noviembre de 2017, cuando cumplió 30 años de labores, la accionada dejó de pagarle la prima quinquenal o quinquenio, sin justificación alguna. Mediante petición del 22 de enero de 2018 reclamó el reconocimiento de la prestación, pero le fue negado, bajo el argumento de que la norma que lo regula sólo prevé el pago de 5 quinquenios (fls.1 a 9, 004Demanda).

Al dar respuesta, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. ESP. - ETB S.A. ESP., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a la situación fáctica, aceptó la vinculación laboral del actor, su calidad de beneficiario de los convenios colectivos, el pago del quinquenio cuando cumplió 25 años de servicios, que luego dejó de hacerle ese pago y, la negativa de un sexto quinquenio. Manifestó no constarle la data de nacimiento del accionante y no ser ciertos los demás hechos. Propuso las excepciones de fondo de *“inexistencia de fuente normativa que imponga obligación a mi representada”*, cobro de lo no debido, buena fe de la entidad demandada, pago, compensación y, las demás declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, argumentó que desde su creación y hasta el presente, lo pactado convencionalmente entre la ETB y sus sindicatos, se limita perentoriamente al reconocimiento y pago de cinco quinquenios (fls.1 a 10, 010ContestacionDeDemanda).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de mayo de 2022, absolvió a la demandada de todas las pretensiones y condenó en costas al accionante.

Como sustento de su decisión señaló, analizados los convenios colectivos efectuados entre las partes, solo se pactó el reconocimiento y pago de 5 quinquenios, sin que exista norma convencional adicional de la que se pueda evidenciar que el beneficio se haya prorrogado de manera indefinida por un sexto o más quinquenios.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, argumentando que si bien no es dado al Juez laboral hacer interpretaciones diferentes a las que se encuentran consignadas en el escrito de la norma, no es menos cierto que si estuviera normado ese sexto quinquenio taxativamente, no habría que acudir a un debate jurídico en busca de la protección de los derechos laborales del trabajador. Aduce que se pide reconocimiento al tiempo, que es algo meritorio y que, si se previeron los quinquenios anteriores, por qué no el reconocimiento de un sexto, que es algo que se genera con el cumplimiento de servicio a la entidad. Debe tenerse en cuenta la convención de ADELCA, que es un poco más amplia y, aunque no lo diga, da la posibilidad de un sexto quinquenio, porque es un derecho causado con el cumplimiento de los 30 años de servicio.

IV. CONSIDERACIONES

Se encuentra al margen de este debate que: **i)** el demandante se vinculó al servicio de la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., el 5 de noviembre de 1987, cumpliendo 30 años de servicio el mismo día y mes del año 2017; **ii)** que se encuentra afiliado a la Asociación Nacional de Técnicos en Telefonía y Comunicaciones Afines – ATELCA, desde el 20 de noviembre de 1987; **iii)** durante su vinculación ha sido beneficiario de las Convenciones Colectivas de Trabajo suscritas entre la ETB S.A. ESP y ATELCA, entre ellas, la Recopilación de Convenciones

Colectivas de Trabajo con vigencia 1996 a 1997 y; **iv)** en virtud de lo anterior, ha sido beneficiario del reconocimiento y pago de una prestación por el cumplimiento de 5 años de servicio, contemplada en el artículo 23 de la mencionada Recopilación; así fue aceptado con la contestación al libelo, además de corroborarse con las certificaciones laboral y la de afiliación a la asociación (fls. 10 y 12, archivo 004Demanda).

Precisado lo anterior, 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 un sexto quinquenio por el cumplimiento de 30 años al servicio de la empresa, de acuerdo con las normas convencionales.

Del quinquenio convencional

Respecto de los quinquenios extralegales que ahora se reclaman, la Convención vigente para 1972-1973, en su capítulo IV, consagró¹:

VIGÉSIMA: QUINQUENIOS:

La empresa pagará a los trabajadores los Quinquenios en la siguiente forma:

Primer Quinquenio: El valor de dos y medio sueldos.

Segundo quinquenio: El valor de tres sueldos.

Tercer quinquenio: El valor de tres y medio sueldos.

Cuarto quinquenio: El valor de cuatro sueldos.

Quinto quinquenio: El valor de cinco sueldos.

Para efectos de la liquidación de los quinquenios, se tomará como base el promedio mensual de lo devengado por el trabajador en el último año de servicios en que se cause el derecho, teniendo en cuenta para este promedio los mismos factores que se aplican en la liquidación de la cesantía.

La empresa pagará a partir del primero (1o) de enero de enero de mil novecientos setenta y dos (1972), a los trabajadores que cumplan veinticinco (25) años de servicio en forma continua, el Quinto (5o) Quinquenio, equivalente a cinco (5) sueldos. Para efecto de la liquidación se aplicará el mismo sistema vigente.

(...).

¹ 1968 - 1969 - convención, fl.13.

En el mismo sentido, la norma fue reproducida en la Convención colectiva vigente 1974-1975 (Capítulo IV, cláusula vigésima, fl.24, 25²).

Posteriormente, en la recopilación de convenciones colectivas 1996-1997, en la cláusula 23a, al respecto dispuso³:

23ª. QUINQUENIOS

a) PAGO PROPORCIONAL:

Además de lo pactado en convenciones anteriores, la Empresa pagará al personal técnico que haya cumplido el primer quinquenio, el valor de los siguientes quinquenios en forma proporcional por meses trabajados, en caso de retiro voluntario o fallecimiento.

b) INCIDENCIA:

La Empresa continuará reconociendo, liquidando y pagando los quinquenios como se vienen haciendo; es decir, se tendrá en cuenta en la liquidación de cesantía definitiva y deben computarse para obtener el promedio mensual de la pensión de jubilación.

De la normatividad convencional en cita, se observa que la asociación gremial, de antaño ha pactado con la empresa demandada el beneficio convencional denominada: *quinquenios*, la cual se causa por cada 5 años de servicio a la empresa, no obstante, dicha prestación no fue consagrada de manera ilimitada en el tiempo, sino por el contrario, en principio fue pactada por 4 veces y, a partir de la convención de 1972, se dispuso concederla por un quinto periodo; sin que de manera posterior, se haya acordado entre las partes otra cosa.

Al respecto, es preciso recordar que el artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que *la convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, **para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo** durante su vigencia.* (Negrillas de la Sala)

Pues bien, del texto literal de la norma, se obtiene que la convención colectiva es un acuerdo de voluntades entre un sujeto sindical y otro

² 1974 - 1975 - convención.

³ 1996 - recopilación convenciones colectivas.

empleador, para estipular las condiciones, derechos y obligaciones, no consagradas en la ley, que se aplicarán al contrato de trabajo, pero que necesariamente, deben ser pactadas y quedar expresamente estipuladas en los términos consagrados en la norma sustantiva, sin que luego pueda peticionarse o concederse más de lo plasmado, pues se trata del fruto de una negociación que crea un derecho claramente determinado.

Ahora bien, ha sido clara la jurisprudencia constitucional, en indicar que cuando una norma, incluyendo la convencional colectivas, admite varias posibilidades de interpretación, la autoridad judicial tiene el deber de aplicar el principio *in dubio pro operario* o de favorabilidad en sentido amplio, escogiendo la que resulta más benéfica para el trabajador; en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución, *“En este contexto, es preciso señalar que, para la Corte las convenciones colectivas tienen carácter normativo, son un acto solemne y constituyen un regulador de la relación laboral. Por lo tanto, son una fuente de derechos. Esto quiere decir que “son un instrumento jurídico y deben analizarse a la luz de las reglas, principios y valores constitucionales. Así las cosas, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional antes citada, un entendimiento contrario, vulnera los preceptos constitucionales” (SU165-2022).*

Sin embargo, en el caso que nos ocupa no nos encontramos frente a una norma ambigua que deba ser objeto de interpretación judicial, pues como quedó visto, el derecho al beneficio del quinquenio quedó claramente establecido por 5 periodos, sin que pueda ahora, el operador judicial entrar a modificar la voluntad de los contrayentes, extendiéndolo por más periodos, cuando de haber sido ese el querer de las partes, así lo hubiesen pactado.

Bajo este criterio de interpretación, y una vez revisado el texto de los acuerdos colectivos de que se reclama aplicación, se reitera que el beneficio convencional denominado *quinquenios*, fue pactado exclusivamente por 5 periodos, sin que en manera alguna, pueda desprenderse la procedencia del sexto quinquenio pretendido en la demanda, pues no existe fundamento jurídico, legal, ni convencional para su existencia, tal como lo acepta el mismo demandante desde la demanda

y lo reitera en su recurso, cuando afirma haber acudido a la justicia ordinaria, precisamente ante la falta de normatividad taxativa.

De conformidad con estas consideraciones, no hay lugar a condenar por este concepto, por lo que la Sala confirma la decisión analizada. 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 Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de mayo de 2022, pero por las razones expuestas en esta sentencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

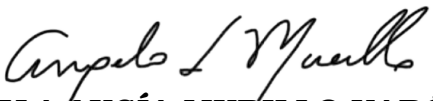
Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

Radicación n.º 110013105 019 2019 00255 01.


ÁNGELA LUCÍA MUFILLO VARÓN

Magistrada

019 2019 00255 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 020 2021 00347 01.
DEMANDANTE: DADIS JUDITH GÓMEZ OCHOA
DEMANDADO: HOMERO MONTOYA SERNA.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre 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 Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 4 de agosto de 2022.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió proceso ordinario laboral para que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, del 12 de febrero de 2006 al 12 de diciembre de 2020, en el cargo de Producción de Alimentos, con una retribución diaria de \$38.000. En consecuencia, se condene al demandado al pago de subsidio de transporte, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones; seguridad social en salud, ARL y pensión; sanción por no consignación de las cesantías en un fondo, indemnización moratoria, indexación; costas y; lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 12 de febrero de 2006 empezó a laborar en forma personal y subordinada, al servicio del demandado, quien se dedica al comercio al por menor de productos alimenticios N.C.P., en establecimientos especializados y homologados. Las partes pactaron la relación laboral, mediante un contrato de trabajo verbal a término indefinido, desempeñándose en el cargo de Producción de

Alimentos, en las instalaciones del demandado, quien siempre le impartió órdenes; percibiendo como retribución salarial, la suma diaria de \$38.000, para un total mensual de \$1'140.000. El 12 de diciembre de 2020, presentó renuncia motivada la evasión del pago de prestaciones sociales y seguridad social por parte de su empleador durante toda la relación laboral. Aduce que, a la fecha de radicación de la demanda, el demandado no le ha pagado las acreencias laborales pretendidas (fls.33 a 45).

Al dar contestación, el demandado rechazó el éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó dedicarse al comercio al por menor de otros productos alimenticios N.C.P., en establecimientos especializados y homologados y, negó los demás. Formuló las excepciones de inexistencia de la relación laboral, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe respecto de la indemnización moratoria y, las declarables de oficio. Para enervar las pretensiones, sostuvo que lo que se pactó entre las partes no fue una relación laboral, sino una prestación de servicios cuyo objeto contractual se circunscribió al armado de empanadas, actividad que desarrolló, sin continuada subordinación, condiciones de disponibilidad o con el compromiso de ejercer actividades inherentes o complementarias a esta; que se presentaba a desarrollar su actividad de acuerdo con la materia prima disponible, por lo que para el año 2020 no asistía todos los días, y las horas de entrada y salida para el control de temperatura son diversas. Finalmente, que la accionante es propietaria de un establecimiento de comercio, en el que paralelamente ejercía su actividad económica (fls.72 a 94).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 4 de agosto de 2022, resolvió¹:

PRIMERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

SEGUNDO: DECLARAR que entre la señora Dadis Judith Gómez Ochoa y el demandado Homero Montoya Serna, existió un contrato de trabajo a término indefinido que tuvo vigencia entre el 12 de febrero de 2006 al 09 de diciembre de 2020, conforme a las consideraciones de la parte motiva.

¹ Carpeta: 15 AUDIENCIAS //110013105020210034700_L110013105020CSJVirtual_01_20220804_150000_V

TERCERO: CONDENAR al demandado Homero Montoya Serna a pagar a favor de Dadis Judith Gómez Ochoa las siguientes sumas de dinero por concepto de prestaciones sociales y auxilio de transporte:

- a) Auxilio de cesantías: \$ 10.311.891
- b) Intereses a las cesantías \$1.237.426
- c) Prima de Servicio: \$2.466.598
- d) Vacaciones: \$ 1.113.571
- e) Auxilio de transporte: \$2.942.532

CUARTO: CONDENAR al demandado Homero Montoya Serna al pago de las cotizaciones debidas al Sistema de Seguridad Social Integral en pensiones de la señora Dadis Judith Gómez Ochoa, por el lapso que duro la relación laboral comprendida entre el 12 de febrero de 2006 al 09 de diciembre de 2020, teniendo como IBC, el salario acreditado en juicio, junto con sus intereses y demás emolumentos que liquide Colpensiones o el fondo al cual esté afiliada la demandante y que deberán ser consignados en el mismo. Para el efecto dicho Fondo deberá realizar el respectivo cálculo de lo debido conforme a su deber legal.

QUINTO: CONDENAR al demandado Homero Montoya Serna a pagar favor de Dadis Judith Gómez Ochoa la suma de \$16.724.760 por concepto de sanción por no consignación de auxilio de cesantía a un fondo administrador de las mismas.

SEXTO: CONDENAR al demandado Homero Montoya Serna a pagar favor de Dadis Judith Gómez Ochoa la suma de \$38.000 pesos diarios contabilizados a partir del 09 de diciembre de 2020 fecha de terminación de la relación laboral hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor y a partir del mes 25 los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, en los términos del art. 65 del C.S.T. Por concepto de indemnización moratoria.

SEPTIMO: ABSOLVER al demandado Homero Montoya Serna, de las demás pretensiones incoadas en su contra.

OCTAVO: CONDENAR en costas al demandado Homero Montoya Serna. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en una suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

En lo fundamental señaló que en el plenario quedó demostrada no solo la prestación personal del servicio de la demandante en favor del demandado, sino también la subordinación; de lo que se deduce que entre las partes efectivamente existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo, toda vez que la parte demandada no logró desvirtuar la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. Asimismo, encontró que en el caso bajo examen no hay prueba que acredite el pago de las prestaciones sociales, ni el por qué no se cancelaron, concluyendo desvirtuada la buena fe del empleador.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el demandado suplicó revocar la decisión al argumentar que no se encuentran demostrados los 3 elementos que dan lugar a la

existencia del contrato de trabajo; si bien es cierto, quedó probada la prestación personal de un servicio y la existencia de una remuneración, el elemento subordinación brilla por su ausencia, toda vez que de las pruebas allegadas al proceso, tanto testimoniales como de los interrogatorios de parte, se pudo establecer que la trabajadora no estaba a órdenes y disposición absoluta, en cuanto a la materia de ejecución del contrato, coordinación ni modo. En segundo lugar, reprocha los valores asignados a cada 1 de los años como retribución, manifestando que lo que quedó probado en las diligencias, es que efectivamente la demandante nunca alcanzó a completar medio tiempo diario, es decir que no se le podía impartir ninguna condena al demandado como si hubiera trabajado en una jornada mínima de 8 horas diarias; habiendo quedado confesado por ella, que además trabajaba en una peluquería.

Finalmente, reprocha las sanciones moratoria por no pago de prestaciones y por la no consignación de cesantías, indicando que debe tenerse en cuenta que los pagos que se efectuaron en su momento, esto es la remuneración, la contraprestación diaria que pagaba el demandado a la señora Dadis Judith, era lo que legítimamente él consideraba que debía pagarse en ejecución del contrato de prestación de servicios, es decir, que no estaba obligado a reconocer ninguna prestación derivada de un contrato de trabajo; brillando por su ausencia la mala fe declarada por el despacho y, que debe ser suficientemente demostrada, en los términos de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

IV. CONSIDERACIONES

Procede esta Colegiatura a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar en primer lugar, si entre las partes existió un contrato de trabajo y; en caso afirmativo, si corroborar los valores cancelados como salario mensual y la procedencia de las indemnizaciones moratorias por no pago de prestaciones sociales y por no consignación de cesantías a un fondo.

i) Del contrato de trabajo

Sea lo primero señalar que la parte demandada al dar respuesta al libelo introductorio, aceptó la relación laboral, aunque indica que lo que se pactó entre las partes fue una prestación de servicios cuyo objeto contractual se circunscribió al armado de empanadas, sin horario ni subordinación, que la demandante llegaba en horas de la mañana, armaba el número de empanadas que podía, de acuerdo a la materia prima y una vez terminada su labor, se retiraba. Que esta actividad le podía tomar entre 2 y 4 horas, en las que armaba 150 empanada aproximadamente, lo que hacía en las instalaciones de su propiedad, pero que nunca recibió órdenes por parte de él. Que la última contraprestación sí correspondió a la suma de \$38.000 diarios, desarrollando su labor de lunes a sábado y, que las certificaciones laborales aportadas por la demandante fueron expedidas a solicitud de ella misma, con el propósito de gestionar un crédito financiero.

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

Ha decantado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que una vez demostrada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, a la demandada es a quien corresponde desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, ya sea mediante la demostración de un nexo contractual diferente al de trabajo o bajo la acreditación de ausencia de subordinación. Es decir, que no es necesario que el empleado demuestre la subordinación jurídica o

dependencia propia de una relación laboral, como tampoco la remuneración a la misma. Criterio reiterado en sentencias CSJ SL628-2022, CSJ SL3847-2021, CSJ SL2608-2019, CSJ SL2480-2018 y CSJ SL 16528-2016, entre otras.

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

Ahora, en atención al artículo 167 del Código de General del Proceso, aplicable por remisión expresa del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la parte demandante tiene la carga de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones. Por ello, si un demandante alega la existencia de una vinculación laboral y solicita los derechos derivados de esta, debe demostrar al menos la prestación del servicio y las fechas entre las cuales ocurrió, para que el juez pueda determinar qué derechos le corresponde y su cuantía. Lo anterior no es un asunto insustancial, pues de esto pueden derivarse diferencias muy significativas en cuanto al monto de las liquidaciones de cada prestación social, la prescripción que pudo afectar algunos de los derechos de los varios contratos, y así mismo el valor de las sanciones o indemnizaciones por mora.

La anterior línea de pensamiento se acompasa con la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Laboral del Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado N.º 36748 de 23 de septiembre de 2009, reiterada en SL4408-2014 y SL17135-2016, al señalar:

Ahora, tiene razón la censura cuando afirma que al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, entre ellos los extremos temporales de la relación de trabajo, salario devengado, jornada laboral etc., pues de antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria,

que quien afirma una cosa está obligado a probarla; pero establecer en el caso que nos ocupa, si tales aspectos aparecen o no demostrados, es un asunto puramente fáctico y por ende ajeno a la vía escogida para el ataque.

Con el fin de demostrar la prestación personal en el periodo señalado, la demandante aportó la documental obrante en el expediente digitalizado, fls.17 a 22 y 60 a 64, así: **i)** certificación laboral de fecha 09 de diciembre de 2020, **ii)** certificación laboral de fecha 21 de mayo de 2019, **iii)** certificación laboral de fecha 15 de enero de 2018, **iv)** carta de autorización de movilidad de fecha 01 de agosto de 2020 y, **v)** carta de renuncia de fecha 12 de diciembre de 2020.

Por su parte, el demandado allegó documentos que denomina planillas de control de temperatura, correspondientes al año 2020 y certificado de matrícula mercantil a nombre de la demandante (fls.97 a 194)

A solicitud de la parte demandada fueron decretados los testimonios de Vladimir Amaya Parra, Andrés Mauricio Romero Vergara y Zaine Esperanza Bermúdez Galván. El primero manifestó conocer al demandado porque trabajó con él entre el 2017 y 2019 o 2020, le ayudaba a repartir pedidos de empanadas y, la demandante trabajaba ahí con él como armadora de empanadas, con una máquina que tienen de armar empanadas. Sabe que ella llegaba más o menos a las 5-6 de la mañana y se iba a las 10, más o menos; ella solo trabajaba en las mañanas. Sabe que trabajaba también en una peluquería. Nunca vio que ella hiciera otras actividades, como quehaceres de la casa, nunca vio que Homero pusiera a ninguno de sus empleados a hacer esas labores. Siempre que veía a la demandante armando empanadas era en el establecimiento de Comercio.

El señor Andrés Mauricio Romero Vergara, hijo de la esposa del demandado, indicó conocer a la demandante cuando le colaboraba en el negocio de las empanadas al demandado, más o menos en el año 2014, pues aquel le colaboraba en temporadas de vacaciones y en una época que estuvo sin trabajo, para el 2013-2014, más que todo. La única actividad de la demandante era armar empanadas, estaban de lunes a sábado, pero no tenían horario fijo, si querían llegaban más o menos a las a las 7:00 de la

mañana o 6:30 de la mañana, si se podía antes; a veces ella llegaba un poco más tarde, el señor Homero no les tenía un horario fijo; y salían cuando terminaban, entonces a veces podían durar 4 o 5 horas desempeñando las cosas que tenían que hacer y salían a las 11, 11:30 más o menos, 12 por tardar. Ella cuando acababa salía y, a veces salía incluso antes que los demás. No trabajaban domingos ni festivos. Homero no impartía órdenes a la demandante, ella llegaba y ya sabía lo que tenía que hacer, que era armar las empanadas y cuando terminaba se iba; diario entre semana, debía armar más o menos de 50 o 70 empanadas y el sábado se hacía un poco más, 80 o 90. Sabe que la demandante tenía una peluquería.

Finalmente, Zaine Esperanza Bermúdez Galván, manifestó que laboró con el demandado más o menos para diciembre de 2018, que reemplazó las vacaciones de una chica que trabajaba allá. Allá conoció a la demandante, quien se encargaba de armar las empanadas. Allá no se manejaba horario estricto, podían llegar a las 7 de la mañana y dependiendo del rendimiento salían a las 12, 1 por tardar, o más temprano. La demandante siempre salía más temprano. Ella llegaba y se sentaba y empezaba a armar sus empanadas porque ya la masa estaba, se la alistaban y él rellenó, estaba listo y ella armaba sus empanadas. Las empanadas se hacían en la mañana y la venta en la tarde y la señora demandante iba en la mañana. Escuchaba que ella decía que trabajaba en una y también fue a donde ella y se arregló el cabello.

Al rendir declaración de parte el demandado, aceptó que la demandante le prestó servicios del año 2006 al 2020, más o menos, en el negocio armaba empanadas. Respecto a las certificaciones allegadas con la demanda, manifiesta que la actora las elaboró ella misma y él solo las firmó por hacerle un favor, cuando ella necesitaba hacer algún procedimiento de una tarjeta de crédito o algo. Dice que ella no tenía horario, entraba y salía a la hora que quería, simplemente tenía un número de empanadas que armar, que podía ser variable; ella solamente armaba empanadas, si quería llegar a las 5 de la mañana y se iba a las 7, o llegar a las 7 de la mañana e irse a las 10, lo podía hacer; muchas veces iba, armaba una parte, se iba a hacer sus vueltas y volvía y armaba el

resto. Era un acuerdo verbal, en el que ella hacía la labor que desempeñaba y prestaba el servicio de armar las empanadas, sin horario; al comienzo se le pagaba a diario y después de un tiempo acordaron pagar semanal para comodidad de ella. En alguna ocasión, las empanadas se dañaron, él les comentaba y se arreglaron, eso pasó una o dos veces. La dejaba actuar a su libre albedrío, mientras las cosas quedaran bien hechas, ellas disponían de su tiempo para hacer las cosas. La demandante contaba con el seguro de su esposo que trabajaba en la Policía Nacional; ella le manifestó eso desde el comienzo y siempre hacía uso de esos servicios. Las empanadas se hacen en la mañana y se venden en la tarde. La última retribución salarial de la actora fue \$38.000 diarios. Ella tenía que asistir al establecimiento para realizar las empanadas los días que había que hacer producción, se abre de lunes a sábado, o a veces cuando tenía que hacer sus diligencias, se coordinaba con otra chica. Entre ella y las otras dos chicas coordinaban cómo iban a descansar, él no les imponía nada; en enero podía ser una semana, 20 días, un mes; y cuando regresaban, si querían volver a trabajar, ahí estaba él para que prestaran el servicio armando empanadas. En cuanto a la carta de movilidad en época de pandemia, se hizo a petición de ellas, para que no pagarán la multa que había en ese momento. No pensó que fuera un inconveniente y era con el ánimo de colaborar.

Por su parte la demandante, en su interrogatorio indicó ser estilista hace 3 años, y que cuando estaba laborando donde el demandado, entraba las 2 de la tarde a la peluquería y, a donde el demandado llegaba temprano, armaba de 300 a 400 empanadas, trataba de salir lo más pronto posible para cumplir y, se iba a la peluquería. Debía armar un número de empanadas de acuerdo a la materia prima que encontraba, de lunes a sábado sacaba de 200 a 300 empanadas y un diciembre 1000 empanadas. Estaba disponible para el demandado en lo que le dijera y a la hora que él le dijera.

Del análisis conjunto de los medios probatorios, estima la Sala que, como fue concluido por el despacho de primer grado, se logró demostrar claramente la prestación de servicios por parte de la demandante al servicio del demandado, pues la misma ni siquiera fue negada por la

pasiva, como quedó visto, quedando establecida la prestación personal del servicio de la demandante para el señor Montoya Serna, para armar empanadas, todos los días, de lunes a sábados en horas de la mañana, sin que se pueda entender desvirtuada, porque tuviera una labor alterna en horas de la tarde, como era estilista en una peluquería de su propiedad.

En efecto, la prueba documental reseña la existencia del contrato desde el 12 de febrero de 2006, entre la actora y el demandado, conforme se verifica con las certificaciones laborales aportadas y suscritas por el demandado, pues aunque éste último afirma que las suscribió solo por un favor para la accionante, lo allí expuesto se logró corroborar con las declaraciones recaudadas en el debate probatorio; asimismo, desde la contestación el demandado aceptó que pactó la prestación del servicio en virtud del cual la señora Gómez Ochoa debía armar empanadas; y además, de las declaraciones de las partes, así como del dicho de los testigos, se colige que la accionante iba todas las mañanas, de lunes a sábados, al establecimiento propiedad del señor Montoya, a realizar su labor.

Demostrado lo anterior, obra a favor de la actora la presunción que dicha labor se encontraba regida por un contrato de trabajo, independientemente del nombre con el que la hubieren pactado, correspondiéndole al empleador probar que la relación fue independiente y sin subordinación, es decir, acreditar el hecho contrario al presumido, situación que no alcanza a materializarse en el examine con la manifestación de que la trabajadora no cumplía horario, ni órdenes, pues, es el mismo empleador quien desde el principio acepta la existencia de un vínculo verbal, que aunque pretende disfrazar como de prestación de servicios, no existe prueba de la inexistencia de la prestación personal del servicio o de que la relación fuera de carácter civil o comercial.

Nótese que incluso, tenía que cumplir una meta diaria en sus labores, por lo que llegaba temprano en la mañana y no se iba hasta que terminaba la cantidad requerida, que, aunque las partes difieren en el número que ésta debía entregar, quedó claro que en efecto había una cantidad precisa; sin que se vislumbre en el sub judice, la autonomía e

iniciativa de un verdadero contratista en la gestión encomendada, característica fundamental de una vinculación por contrato de prestación de servicios, ya que, para el ejercicio de su actividad debía atenerse a lo dispuesto por el empleador, quien además era el que ponía la materia prima, que según lo manifestó el mismo demandado, de ello dependía la cantidad de empanadas a armar cada día.

En consecuencia, la realidad demuestra que la actividad desarrollada por la demandante se ejecutó bajo una verdadera relación contractual laboral, pues, la función ejercida no comportaba autonomía e independencia en su realización, es decir, que no contaba con ese marco de libertad bajo el cual aduce el demandado que fue contratada en el 2006, fue la modalidad de vinculación que los unió a lo largo de la relación laboral, máxime si se tiene en cuenta que fue una relación que perduró por más de 14 años.

De conformidad con las consideraciones expuestas resulta claro que el demandado faltó al deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso aplicable por remisión expresa dado que aunque alegó que la demandante estuvo vinculada por prestación de servicios, no logró desvirtuar la presunción prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, pues aunque aportó unos registros de entrada y salida para el año 2020, ello solo corrobora que existía la prestación del servicio en horario de la mañana, sin que el dicho de los deponentes respecto de que la señora única y exclusivamente debía ejecutar labores de armado de empanadas, tampoco logre desvirtuar la subordinación, pues esa fue la labora para la que fue contratada, sin que en virtud de un contrato de trabajo pueda exigírsele de facto realizar otro tipo de actividades; concluyéndose que, en manera alguna quedó demostrado que ésta actuó de manera independiente, autónoma y autogestionada.

Así las cosas, como quiera que la realidad se impone a las formas contractuales asumidas o acordadas por las partes, según lo dispuesto por el artículo 53 de la Constitución Nacional, se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y el demandado, y en este entendido se confirmara la sentencia de primera instancia.

ii) Del salario

Reprocha la parte pasiva el salario tomado para cada año como retribución, por el juzgador de primer grado para liquidar las acreencias laborales por las que impartió condena, pues en su concepto, lo que quedó probado en las diligencias, es que la demandante nunca alcanzó a completar medio tiempo diario, es decir que no se le podía impartir ninguna condena como si hubiera trabajado en una jornada de 8 horas diarias; habiendo quedado confesado por ella, que además trabajaba en una peluquería.

Al respecto, debe precisarse que, respecto del salario correspondiente al año 2020, no hubo discusión en que correspondió a \$38.000 días, lo que equivale a un salario mensual de \$1'140.000, aunado a que fue corroborado con la certificación allegada a folio 51.

Así mismo, para el año 2019, el empleador certificó una suma diaria de \$25.000, equivalente a \$750.000 mensuales, según se verifica con la certificación de folio 52 y, para el año 2018 certificó la suma de \$781.242 mensuales (folio 54), tal como lo encontró el *a quo*.

De esta manera, al no existir en el plenario alguna prueba o manifestación siquiera referente a alguna variación en las condiciones en que se desarrolló el contrato de trabajo a lo largo de los 14 años en que estuvo vigente, no hay razón para entender que el salario por lo años restantes pudiera corresponder a una suma inferior al salario mínimo legal mensual vigente, tal como acertadamente lo dedujo el juez de primer grado. En este sentido, no hay lugar a modificar la sentencia de primera instancia.

iii) De la buena fe del demandado

Reprocha el accionado las sanciones moratorias impuestas por falta de pago de prestaciones sociales y por la no consignación de cesantías a un fondo, invocando ausencia de mala fe.

Frente a este punto, sea precisar que dichas sanciones, no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo no cubra al trabajador los salarios y prestaciones sociales, o que no haya realizado la consignación anual de las cesantías en el fondo correspondiente; de allí que la misma procede cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta. En ese sentido, ha decantado la jurisprudencia laboral que el juez debe adelantar un examen riguroso del comportamiento asumido por el empleador en su condición de deudor moroso; y de la globalidad de las pruebas y circunstancias que rodearon el desarrollo de la relación de trabajo, en aras de establecer si los argumentos expuestos por la defensa son razonables y aceptables, al punto que pueda considerarse un comportamiento de buena fe (CSJ SL, 5 mar. 2009, rad. 32529, CSJ SL8216-2016 y CSJ SL3936-2018).

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

Pues bien, en el presente asunto, considera la Sala que contrario a lo concluido por el *a quo*, el demandado no actuó de mala fe al abstenerse de pagar prestaciones sociales a la demandante. Lo anterior si se tiene en cuenta que desde el principio pacto una relación con aquella en la que solo requería el cumplimiento de unas metas, cuales eran armar un número de empanadas diarias, y en virtud de este convenio, no le exigía propiamente el cumplimiento de un horario, ni le impartía otro tipo de órdenes diarias, más allá de la exigencia del cumplimiento de la meta. Por ello pagaba

inicialmente a diario el salario correspondiente, y después pactaron un pago semanal, del que nunca se tuvo reproche por la parte actora, ni se adujo que se haya atrasado en algún momento.

Nótese también, que se trata de un empleador persona natural, que no tenía más de 3 trabajadores y, que no podía diferenciar un empleado de planta de uno de prestación de servicios; tan es así, que ni siquiera intentó negar la prestación del servicio de la demandante, y solo fundó su defensa en el convencimiento absoluto de no tratarse de una relación subordinada. Y si bien es cierto que el desconocimiento de la ley no sirve de excusa en las obligaciones laborales, si puede alcanzar la connotación del actuar de buena fe, para casos como el que nos ocupa, en donde, vale la pena resaltar, nunca antes de esta demanda le fue reclamado concepto prestacional alguno, ni por la demandante, ni por otra persona.

Bajo estas condiciones, no hay lugar a condenar por estos conceptos y, en consecuencia, se dispone revocar la condena impartida en primer grado por estas sanciones.

De conformidad con las anteriores consideraciones, analizados los argumentos de apelación, la Sala revocará parcialmente la decisión absolutoria de primera instancia, para en su lugar, absolver al demandado de las indemnizaciones moratorias por no pago de prestaciones sociales y por no consignación de cesantías a un fondo y, se confirmará en lo demás.

No se causan costas en la apelación.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales quinto y sexto de la sentencia proferida el 4 de agosto de 2022 por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver al demandado de las indemnizaciones moratorias por no pago de prestaciones sociales y por no consignación de cesantías a un fondo.

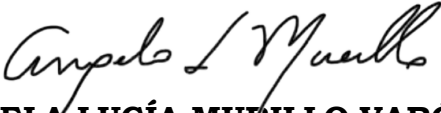
SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

TERCERO: Sin costas en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ
Magistrada

(En uso de permiso)
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 2023 00046 01
DEMANDANTE: LUZ DARY TORRES BARAJAS
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., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones y Protección S.A contra la sentencia proferida por El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., 12 de julio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la ineficacia de la afiliación y el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), a través de Colmena S.A., hoy Protección, y el posterior a Porvenir y Colfondos. En consecuencia, se ordené el traslado y la afiliación a Colpensiones y se tenga como si nunca se hubiere ido, de igual forma se condene a las AFP trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, semanas cotizadas durante el tiempo que estuvo afiliada al RAIS. Así mismo, se condene en costas y agencias de derecho a las demandadas y a lo ultra y extra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el formulario de traslado de régimen inicialmente fue Colmena S.A. Se afilió al ISS el 18 de abril de 1991; jamás se trasladó a una oficina de Colmena S.A. para solicitar

asesoría, por el contrario llegó un asesor comercial hasta su lugar de trabajo, el cuál no contaba con el título ni información profesional en el régimen de seguridad social en pensiones, y por ello no conocía las particularidades de los regímenes, debido a eso no le informó ni explico cómo se pensionaría, los riesgos de trasladarse de régimen o lo referente al valor de la pensión, tampoco que eventualmente no podría pensionarse o su pensión sería inferior a la de prima media, por capital insuficiente, las variables para obtener su pensión, las modalidades de pensión, cómo opera el fondo privado, ni las desventajas. Afirma que, solo la persuadió respecto a la grave situación del ISS. No recibió información técnica, suficiente, transparente, equitativa y adecuada. En el año 2008, su lugar de trabajo era el aeropuerto El Dorado, asesores de Porvenir llegaron y tampoco le informaron la posibilidad de regresar al régimen de prima media y, posteriormente, ocurrió lo mismo con la AFP Colfondos. Agotó reclamación administrativa ante Colpensiones y las demás AFP, todas dieron respuesta negativa a su petición. (expediente digital, archivo 01, fls. 05 a 24).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de afiliación al régimen de prima media con prestación definida, la reclamación administrativa y su respuesta; manifestó que los restantes hechos no le constan. Formuló como excepciones de mérito, la errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, Sobre los actos de relacionamiento, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, y las innominadas o genéricas. 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 06 fls. 3 a 37).

La AFP Porvenir se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos admitió la reclamación presentada. De los restantes 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, 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. (expediente digital, archivo 09 fls.1 a 26).

Por su parte, la AFP Protección se opuso al éxito de las pretensiones. Admitió que el formulario correspondía a Colmena S.A., las distintas fusiones entre las administradoras y, la reclamación con su respectiva respuesta. De los restantes hechos dijo que no son ciertos o no le constan. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver 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 aportes a otra administradora de fondo de pensiones y las demás declarables oficiosamente. Sostuvo que la afiliación de la actora se realizó completamente libre de vicios del consentimiento, brindando una asesoría completa, clara y comprensible; la demandante no hizo uso de la facultad de trasladarse en el término legal, esto es, antes de faltarle menos de 10 años para la edad de pensión y; señaló el deber de información de la afiliada (expediente digital, archivo 10 fls. 04 a 34).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió la reclamación presentada con su respuesta. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos. Formuló las excepciones de prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, 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., 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, 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 08 fls.3 a 22).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 12 de julio de 2023 (expediente digital, archivo 20), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la **INEFICACIA** de la afiliación o traslado de Régimen pensional de Prima Media con Prestación definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado por la señora **LUZ DARY TORRES BARAJAS** a la **AFP COLMENA** hoy **PROTECCION** el **26 de enero de 1995** y su traslado horizontal a la **AFP ING** hoy **PROTECCION** el **1 de abril de 2000** a la **AFP PORVENIR** el **24 de octubre de 2008** y a la **AFP COLFONDOS** el **27 de septiembre de 2012** conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora de la demandante **LUZ DARY TORRES BARAJAS** para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES** como actual y única entidad administradora del RPM.

TERCERO: ORDENAR a la **AFP COLFONDOS S.A** a **DEVOLVER** los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada **LUZ DARY TORRES BARAJAS**, junto con los rendimientos financieros causados, con 1157destino a **COLPENSIONES** y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a **COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A., PROTECCION AFP y AFP COLFONDOS**. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes, pagaderos a cuota parte.

SEXTO: REMÍTASE el proceso al superior para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.

Como sustento de su decisión, señaló que las AFP no demostraron el cumplimiento de la obligación de información, sin que con el formulario sea suficiente, por lo cual no puede predicarse la existencia del consentimiento libre y voluntario al momento del traslado de régimen de pensiones, al no estar ajustado a los principios que gobiernan el Sistema de Seguridad Social y a las reglas de libertad de escogencia del sistema.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes Colpensiones y Protección apelaron lo resuelto.

Colpensiones manifestó la inconformidad con la condena en costas, pues siempre ha actuado de buena fe y la negativa del traslado está conforme a la norma. Además la demandante no cumple con el requisito de edad para realizar el traslado.

Protección S.A., argumenta que, no existe responsabilidad de esta AFP, dado que cualquier deficiencia en el suministro de la información que se pudo haber dado en ese traslado inicial, se subsanó en el momento en que la accionante decidió retornar al Régimen de Prima media, por ello eso da lugar a un acto jurídico totalmente nuevo, independiente del anterior, por lo cual no debe responsabilizarse a la administradora de ello. Reprocha la condena en costas.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a esta Sala definir si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la 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 18 de abril de 1991 (archivo 06, fl. 38 a 48); migró al RAIS, a través de Colmena hoy Protección S.A., mediante la suscripción de formulario de vinculación del 26 de enero de 1995 (archivo 01, fl. 86); posteriormente se trasladó de manera horizontal a Porvenir S.A., a partir del 24 de octubre de 2008 (expediente digital, archivo 01, fl. 63); y finalmente a la AFP Colfondos el 27 de septiembre de 2012 (expediente digital, archivo 01, fl. 109).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que se encontraba trabajando con una empresa de pastas alimenticias, cuando llegaron por el área de gestión humana unas personas de Colmena, los reunieron y les explicaron qué era el fondo de pensiones, y aparte de las pensiones también les ofrecieron la parte de salud y nómina de manera general. No le indicaron que iba a tener una cuenta de ahorro individual, ni sobre rendimientos; les dijeron que pusieran los beneficiarios en el formulario por si fallecían ellos recibirían su pensión. La asesoría fue en grupo y no se demoró más de media hora; les comentaron que el Seguro Social se iba acabar y por eso el gobierno creó los fondos de pensiones; realizó preguntas respecto al RAIS a los asesores pero le respondieron que era mejor los fondos de pensiones. El traslado lo hizo de manera voluntaria. Posterior a ello se trasladó a Colpensiones, debido a que en el 2002 trabajaba en una empresa de seguridad y le realizaron nuevamente afiliación a seguridad social, pero luego regresó al RAIS porque trabajaba con una empresa de transporte aéreo y en ese lugar por parte de gestión humana los citaron, llegaron de Porvenir a decirles que el Seguro Social se iba acabar, les mencionaron que sus intereses eran mejores que los demás fondos, y les mostraron unas estadísticas donde se evidenciaba que era el fondo que mejor pagaba, no le informaron de la existencia de su cuenta de ahorro individual, solo les hablaron de los beneficios, tales como los

intereses y que se pensionaba con el último salario. Frente a su afiliación en Colfondos, comenta que estaba trabajando en una multinacional de llantas, llegaron asesores y les hicieron reunión sobre los beneficios de estar con ellos, no le comentaron que sus aportes iban a una cuenta de ahorro, pero sí de los rendimientos; no recibió más información. Frente a Colpensiones afirma que no se acercó a pedir información, porque en ese momento les dijeron que el Seguro Social se iba acabar y eso se corroboraba con las noticias.

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 las AFP, faltaron 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 ineffectividad 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 ineffectividad en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993.»* (CJS SL 5686-2021).

Por ello, la Sala modificara la decisión de primera instancia, en tanto declaró la ineffectividad 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 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 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 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 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 las AFP Protección 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, la sentencia será adicionada en este aspecto. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus correspondientes valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL2877-2020).

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

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

previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión y así se indicará en la parte resolutive de esta providencia.

Estima la Sala que no hay lugar a absolver a las accionadas 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 les ordenó, trasladar los recursos de la cuenta de la accionante e imputarlos a la historia laboral del régimen de prima media.

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 Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 12 de julio de 2023, para en su lugar disponer únicamente 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 tercero de la sentencia que quedará del siguiente tenor: **CONDENAR** a 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 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: ADICIONAR la decisión en el sentido de condenar a las AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., a trasladar a Colpensiones con cargo a sus propios recursos y debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a conformar el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en seguros previsionales mientras la demandante estuvo 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.

CUARTO: 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.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



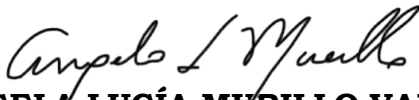
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada

020 2023 00046 01

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 022 2020 00043 01
DEMANDANTE: MARTHA LUCIA GUTIERREZ SANCHEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS. Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Colfondos S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de junio de 2023. También, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante pretendió que se declare la nulidad e ineficacia de la vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuada a través de la AFP Colfondos S.A., y posteriormente con Protección S.A. En consecuencia, se ordene a los Fondos Privados a trasladar los dineros obrantes de la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados, a Colpensiones y, a ésta, a recibir el traslado de régimen con los dineros; asimismo, que las AFP asuman las consecuencias económicas y legales por la falta de información; y se condene extra y ultra *petita*.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 30 de diciembre de 1962. Cotizó al Sistema General de Pensiones desde el 2 de marzo de 1983, a través de Colpensiones, Colfondos y Protección. Aduce que la afiliación con las AFP se dio bajo una información no clara, oportuna, confiable y errada, lo que generó desinformación para que escogiera de manera oportuna la mejor opción para obtener su pensión; no le explicaron las diferencias entre regímenes, forma de obtener la pensión, oportunidad de trasladarse nuevamente a Colpensiones y, en general ventajas y características. En el año 2018 acudió a Protección para verificar los requisitos y su proyección de mesada pensional sería de \$925.452. Solicitó traslado de régimen a Colpensiones, pero fue negado. A su vez, el 16 de agosto de 2019 Protección le informó que no se encontraba vinculada, no le entregó el cálculo comparativo y le emitieron el formulario de vinculación de otra persona. Por otra parte, elevó peticiones a Colfondos, quien no dio respuesta (archivo 01, fls.4 a 21).

Al dar contestación, Colpensiones se opuso a las súplicas de la demanda en su contra. Admitió la data de nacimiento de la demandante y, la solicitud de traslado con su negativa. Manifestó que los restantes hechos no le constan o no son ciertos. Formuló como excepciones de mérito 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 (archivo 10, fls.03 a 42).

Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías rechazó las peticiones del escrito inaugural. Admitió las cotizaciones activas y, manifestó que los demás hechos no son ciertos o no le constan. 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, inexistencia de perjuicios 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 (archivo 13, fls.4 a 23).

Por su parte, Protección S.A. rechazó las peticiones del escrito inaugural. Frente a los hechos, admitió la data de nacimiento de la demandante, las cotizaciones activas, la solicitud elevada y su respectiva respuesta. De los demás dijo que no son ciertos o no le constan. Formuló 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 a 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 (archivo 11, fls.3 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo del 27 de junio de 2023 (archivo 26), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por la señora MARTHA LUCIA GUTIERREZ SANCHEZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 30 de noviembre de 1998. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCION S.A. fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, los bonos pensionales. El porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Así mismo, se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. a remitir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES –, los dineros que recaudó por concepto de gastos de administración durante el tiempo que perduró la aparente afiliación a ese fondo debidamente indexadas, conforme quedó explicado precedentemente.

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

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los dineros provenientes de COLFONDOS S.A. Y PROTECCION S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia.

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

SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas COLFONDOS S.A. PROTECCION S.A y COLPENSIONES. Fijese como agencias en derecho la suma de 1 SMMMLV a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

OCTAVO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber brindado a la demandante en el preciso momento de la afiliación, una información clara, cierta, comprensible, oportuna, de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional que le permitiera conocer los efectos de trasladarse con atención a su situación personal; resultando evidente que se configuró una violación al deber de información, por lo que deviene la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas al RAIS o por el cambio de fondo entre administradores.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y Colfondos, recurrieron la sentencia.

Colpensiones adujo que no se demostró por la demandante esa falta de información, dado que no recuerda con certeza la forma como se desarrolló esa afiliación, ni verificó con el ISS la supuesta situación que se presentaba con esa entidad, por lo cuál es improcedente declarar la ineficacia del traslado. Además, la orden de trasladar todos los aportes con las sumas adicionales, repercutirá en la sostenibilidad del sistema pensional del régimen de prima media en el evento de que, dicho capital no alcance a cubrir la pensión a que tiene derecho y por ende Colpensiones, es quien deberá pagar las sumas adicionales, aunado a que la instauración de otra acción judicial en contra de los fondos generaría costos y gastos adicionales de la entidad. En su defecto, solicita se confirme la decisión frente al reintegro de la totalidad de los valores y, se revoque la condena en costas, dado que en derecho sería contrario a la perspectiva constitucional, pue la entidad no participó en el negocio que se declaró ineficaz.

Por su parte, Colfondos reprocha la condena de retornar gastos de administración, toda vez que éstos se causan y descuentan por disposición legal mas no por capricho de las administradoras. Para el caso de Colfondos, es la de mayor rentabilidad generada en un mercado que la rentabilidad mínima exigida es de un promedio de 4.50 y Colfondos SA ha generado sobre un 8%, es decir, casi el doble de la rentabilidad mínima exigida, es por ello que si se ordena a devolver dichos rubros se generaría un enriquecimiento injustificado por parte del fondo que va a recibir los aportes de la demandante, Por otra parte, estos recursos no están en poder de Colfondos y en la etapa de fijación del litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estuvieran en poder de terceros, que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violando su derecho de defensa y contradicción.

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 ISS, hoy Colpensiones desde el 2 de marzo de 1992 (archivo 10, fl.121 a 126); migró al RAIS, a través de la AFP Colfondos, mediante suscripción de formulario de vinculación, el 30 de noviembre de 1998 (archivo 13, fl.24 y 25) y, posteriormente, cambió horizontalmente a la AFP ING, hoy Protección S.A, a partir del 3 de junio de 2010 (archivo 11, fl.45 y 48).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que la contactó un asesor de Colfondos, la charla duró aproximadamente de 10 a 15 minutos; le informó que el ISS se iba a desaparecer y que los fondos privados eran la mejor opción que tenía para pensionarse; la afiliación fue libre y voluntaria; los datos diligenciados los diligenció entre el asesor y él, otros ya venían en el formulario; no se acercó al ISS para corroborar la información; no le informaron de las condiciones para pensionarse. Al finalizar su vida laboral con la secretaría de planeación, le solicitaron que aportara una certificación de pre-pensionada, acudió de manera presencial pero no le brindaron el documento y, escuchó que varias personas decían

que el monto de la pensión era muy pequeño; posteriormente realizó una solicitud para la proyección de su pensión con lo que llevaba aportando, y era muy bajito el valor. Se enteró de la diferencia entre regímenes cuando comenzó a informarse, porque no tuvo ninguna asesoría, afirma que firmó formulario de actualización con Colfondos, porque no sabía la diferencia entre el fondo privado y el fondo público, tampoco le comentaron respecto a que pasaría con los dineros si fallecía, no recibió mayor información. Se trasladó a ING porque conocía a una persona que iba con frecuencia a donde ella trabajaba.

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 ineffectividad 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 ineffectividad 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 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 confirmada en esta parte, 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 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, como lo indicó la *a quo*.

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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 27 de junio 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: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia recurrida, que quedará del siguiente tenor: **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: CONFIRMAR en lo demás la sentencia del *a quo*.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

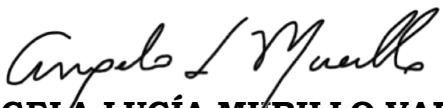

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
con aclaración de voto
022 2020 00043 01



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

CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 024 2015 00712 01.
DEMANDANTE: MICHAEL JOSÉ BERNAL TORRES.
DEMANDADO: RECTIFICADORA CENTRAUTOS A Y R LTDA EN LIQUIDACIÓN, RECTIFICADORA DE MOTORES CASAMOTOR S.A.S., ALFONSO REYES SILVA y NORBERTO ARIAS ANGARITA.

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala decide el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y el curador Ad Litem de los demandados Rectificadora Centrautos y Alfonso Reyes Silva contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de abril de 2022.

I. ANTECEDENTES

El accionante convocó a juicio a los demandados para que se declare la sustitución patronal entre las empresas demandadas y la responsabilidad solidaria con el pago de las prestaciones sociales, a los socios demandados como personas naturales; así mismo, se declare la existencia de una relación laboral entre las partes del 7 de febrero al 1° de noviembre de 2011, devengando un salario mensual de \$900.000. En consecuencia, se condene al pago de vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, indemnización por despido injusto, sanción moratoria con sus intereses, pago de aportes a seguridad social en pensiones, lo ultra y extra *petita* y, las costas.

En respaldo de sus pretensiones, narró que el 7 de febrero de 2011, inició contrato de trabajo verbal con la demandada Rect Centrautos A Y R

LTDA; desempeñándose en el cargo de Rectificador de cigüeñales, percibiendo un último salario de \$900.000 mensuales; vínculo terminado el 1º de noviembre de esa misma anualidad. A los pocos días, le fue expedida una certificación laboral, con una duración mayor a la real con la finalidad de que le otorgaran un crédito para adquirir una moto para el transporte de la mercancía. Manifiesta que estuvo subordinado, pues debía cumplir horario de lunes a viernes, de 7 a.m. a 5:30 p.m., con descanso dominical; debía pedir permiso a su jefe inmediato para retirarse, su trabajo era continuo, requería de disponibilidad absoluta, debía hacerlo de manera personal, no podía disponer de su tiempo, debía darle estricto cumplimiento a las normas y horarios de la empresa y, le efectuaban llamados de atención; además, desarrolló sus funciones dentro de las instalaciones de la empresa, quien le suministraba puesto de trabajo y materiales y, debía desarrollar su labor en el lugar y forma indicada por la empresa.

El 24 de octubre de 2014, remitió por correo certificado la reclamación de prestaciones sociales a la empresa; quien le adeuda las acreencias reclamadas y, no realizó afiliación ni cotizaciones a seguridad social integral.

Indica que la rectificadora de motores Casamotor SAS, fue creada el 4 de abril de 2011, entrando en funcionamiento en las mismas instalaciones la empresa Rect Centrautos A Y R Ltda, funcionando simultáneamente y con los mismos trabajadores, aunque éstos no fueron informados. Que los señores Norberto Arias Angarita y Alfonso Reyes Silva, eran socios de Centrautos. Por lo que deben responder solidariamente; asimismo, el señor Arias ahora es el representante legal de Casamotor, siendo evidente la sustitución patronal. Finalmente, indica que Centrautos entró en liquidación voluntaria el 2 de mayo de 2012 (fls.3 a 14).

Al contestar el demandado Norberto Arias Angarita, se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, admitió la existencia del contrato con Centrautos, los extremos temporales, el salario, el cumplimiento de un horario, los factores que aduce como subordinación,

la terminación del vínculo, la certificación expedida, la falta de afiliación al sistema de seguridad social integral, la creación de las empresas demandadas, su funcionamiento simultáneo y en las mismas instalaciones, la calidad de socios y/o representante legal de los demandados personas naturales y, la liquidación voluntaria de Centrautos. Manifestó no ser ciertos los restantes. Propuso la excepción de prescripción de la acción. Fundamentó su defensa en que los derechos laborales reclamados y la exigencia de las acciones, se encuentran prescritos (fls.74 a 79).

Al no poder ser notificados personalmente los demandados Alfonso Reyes Silva y Rect Centrautos A y R Ltda, en liquidación, se dispuso su comparecencia al proceso a través de curador ad litem, quien se pronunció mediante escritos separados, manifestando oponerse a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la creación de las empresas demandadas y la liquidación voluntaria de Centrautos y; manifestó no constarle los demás. Propuso la excepción previa de prescripción y las de fondo de no configuración del derecho, prescripción, pago, cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de Alfonso Reyes Silva, no configuración de solidaridad entre los socios y las sociedades demandadas y las demás declarables de oficio. Adujo en su defensa que, la supuesta relación laboral terminó el 1º de noviembre de 2011, sin que se haya interrumpido la prescripción y, la demanda fue presentada cuando habían transcurrido más de 3 años; además que no está probada la existencia de la relación laboral (fls.207 a 214 y 215 a 222).

Al no dar contestación en término, se dispuso tener por no contestada la demanda por la accionada Rectificadora de Motores Casamotor S.A.S. (fls.223 a 224).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 27 de abril de 2022 (14AudioAudiencia27-04-2022), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el señor Michael José Bernal Torres y la demandada Rect Centrautos A y R Ltda. en liquidación, existió un contrato de trabajo vigente entre el 7 de febrero de 2011 y el 1 de noviembre de 2011, en virtud del cual desempeño el cargo de auxiliar técnico en equipos de rectificación de motores, devengando como último salario la suma de \$900.000, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad Rec Centrautos A y R Ltda. en liquidación y solidariamente a sus socios Norberto Arias Angarita y Alfonso Reyes, solo hasta el límite de sus aportes, a reconocer y pagar a favor del demandante el señor Michael José Bernal Torres, los aportes a pensión por el periodo comprendido entre 7 de febrero de 2011 al 1 de noviembre de 2011, que deberán ser consignados a través de cálculo actuarial al fondo que el demandante se encuentre afiliado, en su defecto a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, teniendo en cuenta para ello como ingreso base de cotización una suma igual a \$900.000, de acuerdo con lo antes expuesto.

TERCERA: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y cobro de lo no debido y no probados los demás medios exceptivos, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada Rectificadora de Motores Casamotors S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Michael José Bernal Torres, de acuerdo a lo expuesto.

QUINTO: ABSOLVER a Rect Centrautos A y R Ltda. en liquidación y a los señores Norberto Arias Angarita y Alfonso Reyes Silva, de las demás pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR en costas a Rect Centrautos A y R Ltda. en liquidación y a Norberto Arias Angarita y Alfonso Reyes Silva. Liquidense por secretaria incluyendo en ellas la suma de \$1'000.000, valor en que se estiman las agencias en derecho.

En lo fundamental señaló que, quedó demostrada la prestación del servicio a la empresa Rect Centrautos A y R Ltda., configurándose la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, sin que se haya desvirtuado por la demandada. No obstante, las acreencias laborales reclamadas se encuentran prescritas, salvo lo referente a los aportes al sistema de seguridad social en pensión, pues los mismos se reputan imprescriptibles. Resaltó que no se verifica la existencia de los 3 requisitos que refiere el artículo 67 del C.S.T. para predicar la configuración de la sustitución patronal entre las sociedades llamadas a juicio; empero, reconoce la solidaridad establecida en el artículo 36 de la norma sustancial respecto de los socios, solo hasta el límite de la responsabilidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes el demandante y los demandados Rectificadora Centrautos y Alfonso Reyes Silva, interpusieron sendos recursos de apelación.

El demandante adujo que existió una indebida valoración de las pruebas e indebida aplicación de la norma, en lo referente a la interrupción de la prescripción, que se efectuó como establece el Código Sustantivo del Trabajo, con el simple reclamo, a través de un medio pertinente, en este caso, un correo certificado. De otra parte, aduce que, toda vez que el demandado Norberto Arias, como persona natural, confesó haber sido quien celebró esa relación laboral con el demandante, de acuerdo a los principios que rigen el derecho laboral era quien debía ser condenado.

Por su parte, el curador de los demandados Rect Centrautos y Alfonso Reyes Silva, reprocha la condena impuesta al argüir que, los derechos laborales se encuentran prescritos, pues a la presentación de la demanda ya habían transcurrido más de 3 años como lo exige el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, por lo que no se entiende porqué si se declara que operó el fenómeno prescriptivo se entró a analizar las otras pretensiones de la demanda y a condenar a unos pagos.

IV. CONSIDERACIONES

Quedó demostrado dentro del proceso, sin que fuera objeto de reproche, que entre el demandante y la sociedad Rect Centrautos A y R Ltda. en Liquidación, existió un contrato de trabajo, vigente entre el 7 de febrero y 1º de noviembre de 2011, desempeñando el cargo de Auxiliar Técnico en equipos de rectificación de motores, devengando un último salario de \$900.000. Tampoco fue objeto de litigio, la calidad de socios de los demandados Alfonso Reyes Silva y Norberto Arias Angarita.

Precisado lo anterior, procede esta Colegiatura a desatar la alzada, según lo previsto en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que corresponde dilucidar, en primer lugar, si las acreencias laborales que se pretenden dentro de la

presente causa se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo declarado por la *a quo* y, en lo que respecte a las condenas, si solo debe entrar a responder por las acreencias el demandado Norberto Arias Angarita.

i) De la prescripción

Sea lo primero precisar que, el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo, establece:

“ARTICULO 488. REGLA GENERAL. Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.”

A su turno, el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, consagra la prescripción de las acciones en los siguientes términos:

“ARTICULO 151. PRESCRIPCION. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”

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

laboral resulta válido, además, porque responde a la necesidad de implementar un orden justo y pacífico.

Al respecto de la prescripción en materia laboral, ha explicado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia SL5159-2020 del 11 de noviembre de 2020, Radicación n.º 60656, explicó:

La prescripción es un modo de adquirir cosas ajenas, o bien, de extinguir las acciones y derechos, por haberse poseído dichas cosas o no haberse ejercido dichas acciones y derechos durante un lapso de tiempo determinado. Es decir, la prescripción extintiva se entiende como una forma de extinción o desaparición de un derecho, real o personal o de una acción, cuando durante un determinado periodo de tiempo establecido en la ley, no se realizan ciertos actos, a lo que el ordenamiento le atribuye la consecuencia indicada (CSJ SL2501-2018).

Esta Sala de la Corte ha señalado que el fenómeno de la prescripción se justifica por razones de orden práctico y que exigen que las relaciones jurídicas no permanezcan inciertas en el tiempo y se solucionen (CSJ SL, 2 may. 2003, rad. 19854). En materia laboral, en la sentencia C-412-1997 la Corte Constitucional indicó que dicha institución jurídica tiene como finalidad *«el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral concurrente con la función del Estado de garantizar la vigencia y efectividad del principio de seguridad jurídica. Resulta entonces congruente con dicho principio, el imponer límite a la existencia de conflictos para que estos no perduren indefinidamente, siendo resueltos por medios pacíficos entre patronos y trabajadores»*.

Sin desconocer el espacio fáctico de la acusación y como esta conmina a la Sala a determinar el momento a partir del cual comienza a contar el término de prescripción de las acreencias laborales reclamadas, es pertinente reiterar que acorde a lo estatuido en los artículos 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo, las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años que se cuentan a partir del momento en que cada uno se hizo exigible (CSJ SL13155-2016, CSJ SL 1785-2018 y CSJ SL2885-2019), de modo que quien exija una prestación social deberá alegarla en el término establecido, en cuyo caso, basta *«el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador»*, para que por una sola vez se entienda interrumpida y comience a correr de nuevo el término por un lapso igual al inicialmente señalado.

Al respecto, esta Sala ha adoctrinado que con ese *«reclamo escrito»* lo que el legislador pretendió fue que el empleador, ante el eventual inicio de un proceso judicial, hubiese conocido previamente sobre las acreencias que el trabajador pretendía que le fueran canceladas. De modo que ese *«simple reclamo por escrito»* puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud por escrito que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural (CSJ SL, 2 sep. 2020, rad. 55445).

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

Lo anterior, exhibe un sentido lógico porque en cada derecho laboral o de la seguridad social persisten dos momentos, que a veces coinciden: *i)* su causación y *ii)* su exigibilidad. El primero se presenta cuando se dan los supuestos de hecho de la norma jurídica. El segundo momento, depende de la posibilidad de hacer efectivo el derecho de manera coactiva, pues así se colige claramente del artículo 151 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al advertir que el inicio del término de tres años durante los cuales se puede reclamar el cumplimiento del derecho por parte del obligado es a partir de su exigibilidad, so pena que, si no se hace, opere la prescripción. Ello sin olvidar, la suspensión de dicho fenómeno permitido por la misma norma cuando señala que *“El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual.”*

En el asunto bajo examen conviene señalar que conforme quedó determinado, el contrato de trabajo que unió a las partes, finalizó el 1º de noviembre de 2011, por lo que en los términos del artículo 65 del CST, la obligación del empleador de cancelar las acreencias laborales causadas, se generó en ese momento; y en este sentido, si el trabajador consideraba que existían deudas laborales, debía reclamar dentro de los tres años siguientes a partir de la finalización de la relación laboral, data en que se hicieron exigibles sus acreencias, en atención a la finalización del vínculo contractual laboral.

Pues bien, el demandante elevó reclamación el 9 de octubre de 2014, solicitando la indemnización moratoria, la indemnización por despido injusto y el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y vacaciones, pero dirigida a *“RECTIFICADORA DE MOTORES CASAMOTOR S.A.S. Y RECTICENTRAUTOS LTDA”*, a la dirección *“Cra 27 No. 74-18”*, a la que fue entregada (folios 27 a 32), lo que según se desprende del certificado de

existencia y representación legal, difiere tanto del nombre de la empresa (*Rect Centrautos A y R Ltda. en Liquidación*), como de la dirección comercial y de notificaciones, correspondiente a la “Cr. 27 B No. 76-08” (fls.15 a 21); sin que se pueda entonces entenderse interrumpido el término prescriptivo respecto de las acreencias reclamadas, pues de ninguna parte del informativo, se logra desprender que dicha demandada haya recibido la misiva, ni que operara en la dirección en la que se certificó su entrega.

Igual situación ocurre respecto del envío visible de folio 33, por lo que tampoco puede tenerse en cuenta, aunado a que éste último, en primer lugar, data del 11 de noviembre de 2014, cuando ya había transcurrido un término superior a 3 años desde la culminación del vínculo y, segundo, no se tiene certeza de su contenido, pues con la copia aportada se encuentra tapado con la guía de envío.

Así las cosas, se tiene que la demanda fue radicada el 11 de agosto de 2015 (fl.41), superando el término trienal de que trata la norma, desde que finalizó el contrato laboral, por lo que operó el fenómeno prescriptivo de los derechos y acciones a la luz del artículo 151 del CPTSS y 488 del CST.

Bajo las anteriores precisiones, no hay lugar al estudio de fondo de las prestaciones finales, así como tampoco de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, y menos aún la sanción moratoria, por cuanto el extrabajador ejercitó las acciones que tenía a su alcance por fuera del término legal consagrado para efectos de reclamar el pago de las acreencias y derechos laborales que consideraba adeudados por su empleador, al encontrarse afectados del fenómeno de la prescripción, por tal razón se impone confirmar la sentencia recurrida.

ii) De la prescripción de aportes a seguridad social en pensión

Al quedar demostrado un verdadero vínculo contractual laboral entre las partes, queda clara la obligación que estaba a cargo del demandado de pagar aportes a seguridad social en pensión, sin que por el

hecho de que, en el decir del demandado Norberto Arias Angarita, el actor se haya negado a la afiliación por parte de la empresa, exonere de manera alguna de esta obligación al empleador, pues lo que está probado es que existió un contrato de trabajo y que la empresa contratante se abstuvo de afiliar y cotizar en pensión en favor del demandante, por tanto en aplicación de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia lo que corresponde es el pago de los cálculos actuariales respectivos.

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

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

De conformidad con las consideraciones expuestas, considera la Sala que la demandada Rect Centrautos A y R Ltda. en Liquidación, respecto de quien resultó probada la relación contractual laboral, está llamada a responder por el cálculo actuarial correspondiente a las cotizaciones al sistema de pensiones de los periodos en que estuvo vigente la relación, pues se trata de un derecho mínimo e irrenunciable de la trabajadora que en manera alguna puede ser desconocido, tal como lo determinó la juez de primer grado.

iii) Dela responsabilidad del demandado Norberto Arias Angarita

Arguye el demandante recurrente que, toda vez que el demandado Norberto Arias, como persona natural, confesó haber sido quien celebró la relación laboral con el demandante, es él quien debe soportar la carga de asumir el pago de los derechos adquiridos bajo el marco laboral.

Pues bien, lo primero que se debe precisar frente a este reproche, es que el demandado Arias Angarita, en efecto fungió como socio capitalista de la empresa demandada Rect Centrautos A y R Ltda. en Liquidación, según se desprende del certificado de existencia y representación legal de la sociedad (fl.19).

Así las cosas, el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo consagra la solidaridad entre las sociedades de personas y sus miembros y estos entre sí con respecto a todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo. Esta solidaridad implica que el acreedor puede demandar dichas obligaciones a cualquiera de los solidariamente responsables y estos deben responder por tales obligaciones con su propio patrimonio hasta el monto de sus aportes en la sociedad empleadora. La principal característica de las obligaciones solidarias es que su cumplimiento puede exigirse a todos los deudores solidarios o a cualquiera de ellos a su arbitrio. En el caso de las sociedades, entonces, el trabajador acreedor puede dirigirse a la sociedad a la cual prestó el servicio, o a ésta y a sus socios, o sólo a alguno o algunos de tales socios, conjuntamente o no con la sociedad.

Lo anterior implica que Norberto Arias Angarita, en su calidad de socio de Rect Centrautos A y R Ltda. en Liquidación, es solidariamente responsable con dicha sociedad de las obligaciones derivadas de este proceso y hasta el límite de los aportes a la sociedad, tal como lo concluyó la juzgadora de primera instancia y, en este sentido, habrá de confirmarse la sentencia recurrida.

Agotado el objeto de los recursos, se dispone confirmar la sentencia del *a quo* en su integridad, sin costas en la apelación.

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 27 de abril de 2022 por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C.

SEGUNDO: No se causan costas en la instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



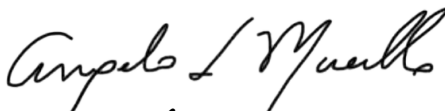
CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ

Magistrada

(En uso de permiso)

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada