



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JESUS MANUEL SANCHEZ RAMIREZ CONTRA PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S. HOY PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P., UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP Y LLAMADA EN GARANTIA CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.

RADICADO: 11001 3105 005 2014 00700 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo la renuncia de poder presentada por el doctor Victor Manuel Acevedo Amezcuita, apoderado de la UAESP, con motivo de la expedición de la Resolución 076 de 2022, en

virtud de la cual se terminó el nombramiento provisional que se le había efectuado y dado que se allegó la referida resolución en donde se contempla su desvinculación de la entidad, tal solicitud se ajusta a las previsiones establecidas en el artículo 76 del C.G.P. y por tanto se acepta la renuncia realizada.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la parte actora y de Personal Servicios Oportunos S.A.S. en liquidación judicial contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de junio de 2021, en la que se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y la empresa de servicios temporales, ordeno el pago de horas extras y la indemnización por despido injusto, asimismo, se declaró probada la excepción de falta legitimación en la causa por pasiva respecto del Consorcio Capital S.A., Aseo Capital S.A. E.S.P., Unidad Administrativa Especial De Servicios Públicos – Uaesp y la llamada en garantía Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.

Los recursos de apelación tienen por objeto de una parte que se revoque lo decidido respecto de la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva siendo que la contratación del actor se efectuó de forma fraudulenta con infracción de las reglas jurídicas del servicio temporal y por tanto su verdadero

empleador era la empresa usuaria y de otra que se revoque las condenas impuestas por horas extras e indemnización moratoria.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que entre él y la empresa Consorcio Aseo Capital S.A. existió un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 1° de noviembre de 2011 y el 31 de octubre de 2012, en donde la empresa Personal y Servicios Oportunos S.A.S. fungió como simple intermediario y por tanto era solidariamente responsable de las acreencias adeudadas por la empresa Consorcio Aseo Capital S.A., solidaridad que también predica de la UAESP, pero por ser la beneficiaria de la actividad laboral prestada, en consecuencia, se condene a las demandadas al pago del valor del trabajo suplementario a razón de 2 horas extras diurnas de lunes a sábado en el horario de 1:00 pm a 3:00 pm.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que estuvo al servicio de la empresa Consorcio Aseo Capital S.A.; que inició su actividad laboral el 1° de noviembre de 2011 y dejó de cumplir su actividad el 31 de octubre de 2012; que su actividad la desarrollaba en un

camión recolector de basura; que la empresa Personal y Servicios Oportunos S.A.S. en desarrollo del contrato suscrito con la empresa Consorcio Aseo Capital S.A. contrató al personal que esta última requería para la recolección de desperdicios en la ciudad de Bogotá; que nunca se le había pagado valor alguno por trabajo en tiempo suplementario; que entraba a trabajar a las 6:00 pm; que los recorridos los desarrollaba en jornadas de no menos de 10 horas de trabajo; que laboró 2 horas extras diurnas en cada jornada de trabajo y que eventualmente su jornada podía tener una duración superior a las 10 horas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Personal y Servicios Oportunos SAS, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que entre el demandante y la empresa se había suscrito un contrato laboral en la modalidad de duración de la obra o labor contratada que tuvo vigencia entre el 1° de noviembre de 2011 y el 31 de octubre de 2012, con el propósito que este se desempeñara como trabajador en misión en la empresa usuaria Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P., el cual tuvo como sustento un contrato entre las empresas que legitimó el envío de trabajadores en misión, adicionalmente, señaló que jamás actuó como simple intermediario sino en desarrollo de su objeto social como empresa de servicios temporales facultada para enviar trabajadores en misión y que no era procedente el

pago de horas extras siendo que como constaba en los desprendibles de nómina se le había realizado el pago completo y oportuno del trabajo en tiempo suplementario.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, genérica, carencia de norma jurídica, falta de causa y buena fe.

Por su parte, **Consorcio Aseo Capital S.A.**, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que entre el actor y la empresa nunca existió ningún vínculo laboral, puesto que suscribió un contrato comercial con la empresa de servicios temporales Personal y Servicios Oportunos S.A., quien era la verdadera empleadora del demandante, para el suministro de personal en misión conforme a lo dispuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, en donde el demandante sostuvo un contrato de trabajo con dicha empresa el cual no excedió los términos de contratación definidos en la misma, por lo que no podía derivarse la existencia de un contrato de trabajo.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, pago y compensación, falta de título y causa en el demandante, enriquecimiento sin justa causa del demandante, prescripción, buena fe y excepción genérica.

A su turno, **la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos – UAESP**, contestó oponiéndose a las pretensiones relacionadas con la solidaridad de la empresa bajo el argumento que no existió beneficio por la labor realizada por el demandante, aceptó algunos hechos, negó el hecho 13° y refirió que no le constaban los restantes. Propuso las excepciones que denominó: falta de legitimación material en la causa por pasiva por inexistencia de relación contractual laboral con el demandante e inexistencia de la solidaridad laboral contemplada en el artículo 34 del código laboral.

Igualmente, presentó solicitud de llamamiento en garantía a Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A., ante las pólizas de seguro adquiridas por Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P., en virtud del contrato de concesión suscrito con su representada.

Mediante auto del 21 de 2017, se aceptó el llamamiento en garantía efectuado a **Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.**, empresa que se opuso a las pretensiones de la demanda por cuanto el actor jamás realizó una actividad personal bajo la subordinación o dependencia de la UAESP, por lo que en ningún momento fue empleadora o beneficiaria de los servicios prestados por el demandante, proponiendo las excepciones de falta de legitimación en la causa, inexistencia de los presupuestos para aplicar la norma consagrada en el artículo 34 del C.S.T., inexistencia de solidaridad, inexistencia de prueba horas extra, prescripción extintiva.

En cuanto al llamamiento en garantía señaló que se oponía a lo pretendido en este por ausencia de cobertura del siniestro y que en el evento en que se considerara que las pretensiones estuvieran llamadas a prosperar, debían observarse los términos del contrato de seguro para determinar las prestaciones económicas a las que tenía derecho el asegurado en virtud del seguro de cumplimiento que sustentaba el llamamiento. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción de la acción derivada del contrato de seguro de la cual es titular la UAESP, ausencia de cobertura y límites a la indemnización.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de junio de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S. hoy PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S. en LIQUIDACIÓN JUDICIAL, a pagar al señor JESÚS MANUEL SÁNCHEZ RAMÍREZ las siguientes sumas y conceptos:

1. \$1.501.341, por concepto horas extras diurnas insolutas.

2. \$32.613.000, por concepto de indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, por el periodo comprendido entre 1 de noviembre de 2012 al 31 de octubre de 2014, a partir del 1 de noviembre de 2014 los intereses moratorios de que trata el artículo 65 del C.S.T. y sobre un capital de \$1.501.341.

SEGUNDO: ABSOLVER a PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S. hoy PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S. en LIQUIDACIÓN JUDICIAL, de las demás pretensiones de la demanda.

TERCERO: ABSOLVER a las demandadas CONSORCIO ASEO CAPITAL S.A. E.S.P., UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – UAESP y la llamada en garantía CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A., de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva a favor de estas tres convocadas.

CUARTO: COSTAS a cargo de PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S. hoy PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S. en LIQUIDACIÓN JUDICIAL. Inclúyase como agencias en derecho la suma de \$2.500.000.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que el contrato de trabajo con la temporal comenzó el primero de noviembre de 2011 y terminó el 31 de octubre de 2012, es decir, cuando no había transcurrido los 6 meses prorrogables por otros 6, lo que implicaba que no había vulneración del termino legalmente y expresamente establecido, por lo que no se podía afirmar que el verdadero empleador había sido Consorcio Aseo Capital S.A.

Acto seguido, procedió a analizar lo relacionado con las horas extras reclamadas indicando que dentro del proceso se acreditó la prestación del servicio en un número de horas extras diurnas superior al que le canceló el empleador, señalando que si bien la tesis de la parte demandada se contraía a que no había prueba de las horas extras, en acatamiento de un requerimiento se allegaron unos archivos de excel por el consorcio de los que se podía establecer la verdadera jornada y horario del trabajador.

Señalando así, que de lo consultado a la representante legal del consorcio sobre tales archivos se podía colegir que las horas que figuran en tales archivos correspondían a las horas de inicio de la operación y que los trabajadores estaban convocados en 3 diferentes turnos 6:00 am, 2:00 pm y 10:00 pm, señalando que de ello no era imposible concluir que si por ejemplo el registro decía que la operación inicio a las 6:30 am,

el trabajador ingreso a las 6:00 am partiendo de la hora inicial de los turnos indicados por la representante legal, bajo este marco encontró que había un saldo de 143 horas extra diurnas para 2011 y 101 horas extras diurnas para 2012.

Por lo anterior y dado que no encontró buena fe en el actuar desplegado por el empleador respecto a las horas extras no canceladas ordenó el reconocimiento de la indemnización moratoria, declarando probada por las resultas del proceso la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva del Consorcio Aseo Capital S.A., la UAESP y la llamada en garantía Chubb de Colombia Compañía de Seguros S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de la parte actora y de Consorcio Capital Aseo S.A. E.S.P., presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

La **apoderada de la parte actora**, señaló que no estaba de acuerdo con lo decidido respecto a haber declarado probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva y absolver a las demandadas Consorcio Aseo Capital y la UAESP, pues aunque transcurrió menos de 1 año, sí se le dio un uso fraudulento a la figura consagrada en el artículo 77 de la ley 50 de 1990, dado que conforme a la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L, solo era posible esa figura de

intermediación laboral en las circunstancias excepcionales detalladas en la norma comento como cubrir vacaciones o mayores cantidades de trabajo, sin que se hubiese acreditado que se contrató al actor con tal propósito, por lo que solicitó la revocatoria de la decisión en cuanto se declaró probada la falta de legitimación en la causa por pasiva y en su lugar se condenara a las demandadas Consorcio Aseo Capital y la UAESP, por las pretensiones reclamadas en la demanda y haberse demostrado el trabajo en tiempo suplementario que no fue cancelado.

Por su parte el **apoderado de Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P.**, solicito la revocatoria de la decisión en cuanto a las condenas por horas extras e indemnización moratoria, aludiendo de un lado que su representada si acreditó el pago que se realizó por trabajo en tiempo suplementario y que en este caso aunque el a quo señaló que respecto a las horas extra existía un criterio facilista y que está demorada la jurisprudencia en señalar que debía existir una carga adicional de la prueba en estos casos lo cierto era que se contaba con un precedente jurisprudencial que se debía cumplir independientemente de si se competían o no las decisiones de la corte, señalando que en este caso no se podía considerar lo mencionado por los testigos, pues ni siquiera sabían de qué días estaban hablando respecto del pago de esas horas extras y en el interrogatorio de parte del demandante este ni siquiera entendía porque se reclamaban horas de la madrugada cuando ingresaban a las 6:00 am.

También señaló que desde el punto de los registros se trataba de suposiciones, siendo que no se podía entrar a suponer que la hora de salida era o la hora de terminación de la operación era la misma hora del conductor, pues de lo informado en el proceso por la representante legal se colegía que había turnos rotativos e incluso se presentaban problemas que podían ser por fuerza mayor o condiciones climáticas que podría retrasar la operación, equivocándose el juzgado ya que partió de suposiciones por temas subjetivos que no se compartían.

Finalmente, indicó que mala fe no podía colegirse del hecho de que no se reconociera un derecho, especialmente cuando en este caso en ningún momento se le presentó a la empresa alguna reclamación por horas extra o se le negó algún pago de los que tenía derecho en vigencia del contrato de trabajo, razones por las cuales se debía absolver a la demandada de la indemnización moratoria

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en este caso existió un contrato de trabajo entre el demandante y la empresa Consorcio Aseo Capital S.A. y la solidaridad pretendida respecto de las otras demandadas, asimismo, se analizara si era procedente el pago de las horas extras reclamadas por el demandante y definido tal presupuesto si era viable la indemnización moratoria.

Para resolver, debe tenerse en cuenta que en este caso no existe controversia en que el demandante fue contratado como trabajador en misión por parte de Personal y Servicios Oportunos S.AS. para prestar sus servicios como conductor en la empresa Consorcio Aseo Capital, sin embargo, se solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la empresa Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. y se condene de manera solidaria a Personal y Servicios Oportunos S.A. (simple intermediaria) y a la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos UAESP (beneficiaria de la prestación del servicio).

Tratándose de vinculaciones realizadas con Empresas de Servicios Temporales, conviene recordar que en el Decreto 4369 de 2006, a través del cual se reglamentaron los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990, se contempló que la vinculación de trabajadores bajo intermediación de una Empresa de Servicios Temporales, solo resulta válida para las siguientes actividades: i) atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, a las que se refiere el artículo 6° del C.S.T.; ii) reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; o iii) atender incrementos en la producción, en el transporte, en las ventas de productos o mercancías, o durante los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, limitando la procedencia de la vinculación temporal a 6 meses, prorrogables por 6 meses adicionales, y advirtiendo claramente, en el parágrafo del artículo 6°, que transcurrido el

primer año NO se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con otra empresa de esta naturaleza aunque la causa que originó el servicio subsista en la empresa usuaria.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que nuestro órgano de cierre en reiterados pronunciamientos ha señalado que cuando las empresas de servicios temporales utilicen su fachada para ocultar vinculaciones laborales y defraudar a los trabajadores respecto de quiénes son sus verdaderos empleadores, en realidad no ostentan dicha calidad sino se convierten en simples intermediarias, mientras que, las empresas usuarias se convierten en la verdadera y directa empleadora.

Descendiendo en el análisis, se observa que no existe discusión en que durante el lapso transcurrido entre el 1° de noviembre de 2011 al el 31 de octubre de 2012, el actor prestó sus servicios como conductor en misión para la empresa Consorcio Aseo Capital S.A.

Igualmente, obra la aceptación de la oferta mercantil realizada por la empresa de servicios temporales a la empresa Consorcio Aseo Capital S.A. en junio y septiembre de 2011, que tenía por objeto la prestación de cualquiera de los servicios a los que se refería el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 a través de sus trabajadores en misión, lo que permite contrario a lo sostenido evidenciar el objeto de la prestación de los servicios y determinar que en el caso del demandante

este atendía a una necesidad originada por incrementos en el servicio, en donde la prestación del servicio se enmarcó dentro del límite temporal establecido en el numeral 3 de la aludida norma, es decir, sin que exista una situación anómala en el uso de la figura del servicio temporal, por lo que habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en cuanto determinó que el empleador correspondió a la empresa Personal y Servicios Oportunos S.A.S hoy Pyso Servicios Oportunos S.A.S. en liquidación judicial. y se torna intrascendente analizar la solidaridad pretendida.

En cuanto a las horas extras, se tiene sentado en la jurisprudencia imperante que corresponde a la parte que las reclama no solo indicar los periodos concretos en los que estas se causaron ya que no es factible realizar súplicas generales o abstractas, además se debe acreditar que en efecto éstas fueron laboradas.

De igual forma, debe resaltarse que la C.S.J., S.C.L., de vieja data ha establecido en sentencias como la SL9318-2016 que *“(...) para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.”* asimismo, se ha indicado que *“Cuando el*

trabajador alega que trabajó en los días de descanso obligatorio, debe probar que efectivamente los ha trabajado, porque debe presumirse que el patrono da cumplimiento a los preceptos legales que le prohíben exigir y aceptar trabajo en esos días, y esa presunción ha de destruirse por medio de prueba directa” << Cas., 4septiembre 948, “G del T.”, t. III, p. 518; 18 marzo 1960, “G.J.” XCII, 677>>.

Precisado lo anterior, se tiene que si bien en el escrito de demanda se indicó que siempre entraba a trabajar a las 6:00 pm y que efectuaba los recorridos en jornadas de no menos de 10 horas de trabajo laborando 2 horas extras diurnas en cada jornada de trabajo , solicitando por tanto que se declarara que entre el 1° de noviembre de 2011 y el 31 de octubre de 2012 laboró las 2 horas extras diurnas en el horario de 1:00 a 3:00 pm, sin embargo, adjuntó con la demanda un listado con horario y fecha en que se generaron las horas extras reclamadas, de donde se desprende que desde la fecha de inicio de la relación laboral 1° de noviembre de 2011 al 9 de septiembre de 2012, se generaron horas extras de 2:00 am a 4:00 am y que a partir del 10 de septiembre de 2012 hasta el 31 de octubre de 2012 se generaron horas extras de 1:00 pm a 3:00 pm., reconociendo así que estos eran los tiempos reclamados.

Bajo el anterior marco, se procedió a analizar el soporte probatorio allegado, al respecto se tiene que ante requerimiento del despacho se allegaron unos registros en excel del año 2011 y 2012, que contemplan entre otros

conceptos los de *HoraS*, *HoraE*, *Cedula* y *Conductor*, sobre tales registros se le consultó a la representante legal del Consorcio Aseo Capital S.A., en el interrogatorio de parte absuelto, explicando que la *-HoraS-* era la hora de salida del vehículo y la *-HoraE-* era la hora de entrada del vehículo.

También, se indicó por la representante legal que en la empresa habían 3 turnos que iniciaban en los siguientes horarios: 6:00 am, 2:00 pm y 10:00 pm, sin embargo la operación podía tener afectaciones por asuntos climáticos, situación de los vehículos, retrasos en los ingresos a laborar del personal, entre otros, o que también podía suceder que iniciaba un conductor y terminaba otro.

Al analizar los registros antes mencionados y filtrar los mismos con la cédula del demandante, lo primero que se observa es que a pesar de la filtración efectuada se estipulan diversos conductores como por ejemplo NEIH01, ROJP03, BARM08, GOMC04, por mencionar algunos, aspecto que conduce a considerar que los reportes allegados dan cuenta particular es del control de salida e ingreso de los vehículos a base y no particularmente del trabajador, aspecto que es coincidente con que los registros de salida de la base sean fluctuantes atendiendo a las diversas novedades que podía presentarse con la operatividad del vehículo, nótese que incluso el demandante en el interrogatorio de parte, adujo "(...) yo entraba a las 5:00 am a la base de Perdomo Doctor, yo me registraba a la entrada en portería con el señor guarda, posteriormente nos cambiábamos, nos poníamos el overol,

posteriormente nos teníamos que registrar con un supervisor y posteriormente íbamos a alistar el móvil que nos correspondía y ahí teníamos que dar datos a radio operaciones con el número de vehículo placa, los ayudantes y mi nombre y de ahí salíamos a ruta (...)", quedando así claro que los registros aportados eran los de los vehículos y no del ingreso y salida del trabajador, pues tales registros por lo menos el de ingreso se efectuaba en portería.

En gracia de discusión, si se considerara que tales registros comprendían al ingreso y salida del trabajador, habría que señalar que en todo caso ello no coincide con el horario de ingreso del trabajador detallado en la demanda -6:00 pm-, pues la mayoría de registros dan cuenta que el inicio de operación del vehículo asignado al demandante empezaba en la jornada de la mañana turno D, aspecto que incluso reconoció el actor en su interrogatorio de parte, debiéndose incluso destacar que ninguno de los registros allegados entre el 1/11/2011 – 09/09/2012 dan cuenta de salidas o ingresos entre las 2:00 am y las 4:00 am.

En esa medida, a juicio de esta sala no se encuentra acreditado el trabajo en horas extras reclamado por el actor, reiterando que para efectuar tal condena no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las horas extras que se estiman trabajadas, razones por las cuales habrá de revocarse la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el pago de las horas extras, pues ni si quiera existe una certeza en

cuanto al turno que le estaba asignado al trabajador, sin que le fuere dable al a quo suponer que por la hora de salida a operación del vehículo y los turnos existentes en el Consorcio Aseo Capital S.A. aducidos por la representante legal, era factible calcular las horas extras causadas, pues no había certeza respecto a la jornada laborada por el trabajador, siendo que los registros allegados obedecen es el control de egreso e ingreso del vehículo.

En esa medida y ante tal resultado, no resulta factible analizar la indemnización moratoria reclamada dado que la misma era consecuencial a la condena de horas extras.

Por lo expuesto, se procederá a revocar la decisión y absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones reclamadas.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de junio de 2021, para en su lugar absolver a las demandadas de

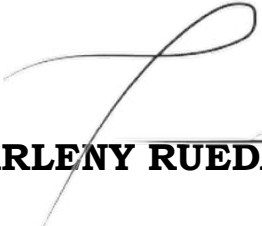
todas y cada una de las pretensiones formuladas por el señor Jesús Manuel Sánchez Ramírez, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA RUTH TORRES
WILCHES CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 005 2018 00424 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la para apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de junio de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, la totalidad de las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y demás dineros que se hubieran cancelado. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 18 de noviembre de 1961; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 21 de junio de 1984; que se

trasladó a Colfondos S.A., para el mes de julio de 1999, sin que los asesores de dicho fondo privado le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se considera una persona con capacidad, en consecuencia, de ello puede realizar actos jurídicos con plena validez. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradora de pensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado efectuado por la AFP goza de completa validez, en la medida en que se le proporcionó a la demandante información clara, veraz y oportuna. Propuso entre otras 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.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de junio de 2023, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizados por la señora MARTHA RUTH TORRES WILCHES a través de COLPATRIA S.A., hoy PORVENIR S.A.

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

TERCERO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A., inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) S.M.M.L.V.

CUARTO: En caso que este fallo no fuere apelado, consúltese a favor de COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado 31989 hasta los más recientes SL 1421, 1688,1689,3464 de 2019, SL 4806 de 2020, SL5686 de 2021, SL 756 de 2022, hay lugar de que se declare la ineficacia del traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar en primera medida que en lo referente de la carga de la prueba si bien se encuentra a cargo de las AFP, de conformidad con el Decreto 720 de 1994, estipula el suministro de la información, no obstante, no señala que deba dejarse constancia del mismo, toda vez que para el momento en que se efectuó la afiliación solamente se exigía el formulario de afiliación; en segundo lugar, en lo referente a la incongruencia con el interrogatorio de parte absuelto por la demandante y lo descrito en el escrito de demanda, ya señala que nunca fue abordada por ningún funcionario del fondo privado.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales

citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 15 de julio de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando la decisión de instancia para ordenar el traslado por parte de Colfondos S.A y Porvenir S.A de los gastos de administración descontados durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada en dichos fondos.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de junio de 2023, en el sentido de **ORDENAR** a Colfondos S.A y Porvenir S.A., a trasladar a favor de Colpensiones los gastos de administración descontados durante el tiempo en que la demandante permaneció afiliada en dichos fondos.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en consulta en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CESAR RUIZ SILVA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 005 2021 00117 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de mayo de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

El apoderado de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, al considerar que de conformidad con los medios probatorios y la jurisprudencia que orienta la materia; la AFP Porvenir S.A., omitió su deber de informar al actor los beneficios, desventajas que implicaría adoptar la decisión, lo cual conlleva a que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional.

A su vez, PORVENIR S.A., manifestó que el traslado que realizó el demandante al RAIS, se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como expresamente se lee en el formulario de afiliación suscrito con la AFP cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley y es un medio

probatorio que demuestra la libertad y el consentimiento informado al momento de realizar la afiliación.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Porvenir S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, rendimientos, bonos pensionales, sumas adicionales d la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 16 de diciembre de 1961; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 23 de mayo de 1989 hasta el 30 de julio de 1999, un total de 487 semanas; que en el año de 1999 se trasladó a Colfondos y posteriormente en el año 2009 se trasladó a Porvenir S.A., sin que los fondos privados le suministraran información completa y comprensible sobre la decisión de su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1, 2, 4, 13, 25, 29, 39, 46, 48, 53 y 93 de la Constitución Política, el artículo 26 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985 el Decreto 546 de 1971, el artículo 1746 del Código Civil, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 3995 de 2008 y las sentencias de la Corte Constitucional T-865-1999, SU430-1998, T-971 de 2001.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de responsabilidad de la AFP, 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 de

sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedente de declaratoria de ineficacia, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia de derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual, de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado al RAIS y el posterior traslado horizontal que realizó el demandante son completamente válidos, en virtud de que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna. Propuso entre otras 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.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que los asesores de la AFP brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la se asesoró acerca de las características del RAIS, funcionamiento del mismo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios en el consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de mayo de 2023, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del señor CÉSAR RUIZ SILVA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

TERCERO: ABSOLVER a COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS de todas y cada una de las pretensiones en su contra, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación.

CUARTO: COSTAS a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

QUINTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado 31989 hasta los más recientes SL 1421, 1688,1689,3464 de 2019, SL 4806 de 2020, SL5686 de 2021, SL 756 de 2022, hay lugar de que se declare la ineficacia del traslado.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en

las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 13 de octubre de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante, adicionando el numeral segundo de la decisión para ordenar el traslado por parte de Porvenir S.A., de los gastos de administración descontados durante el tiempo en que el demandante permaneció afiliado en dicho fondo; así

como también revocar el numeral tercero de la decisión en consulta, para en su lugar condenar a Colfondos S.A., al traslado de dichos gastos de administración a órdenes de Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., 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 Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de mayo de 2023, en el sentido de **ORDENAR** a Porvenir S.A., a trasladar a favor de Colpensiones los gastos de administración durante el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a dicho fondo, conforme lo señalado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutive de la sentencia proferida para en su lugar **CONDENAR** a Colfondos S.A., a efectuar el traslado de gastos de administración a órdenes de Colpensiones de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en consulta en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ MERY CARO ESPEJO
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 005 2021 00592 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuso por la para apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de mayo de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual se realizó de manera libre, voluntaria y consciente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

Por su parte COLPENSIONES., manifestó que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar la existencia o no de algún vicio del

consentimiento, sino que simplemente la parte activa inició el proceso con el fin de aumentar el monto de la mesada pensional, dicho mandato probatorio se encuentra contenido en el artículo 1604 del Código Civil.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, todas las sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo de permanencia en la AFP.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 2 de junio de 1965; que estuvo afiliado al Instituto de los Seguros Sociales desde el inicio de su vida laboral hasta el año 1995; que se trasladó a Porvenir S.A., el 8 de febrero de 1995, sin que el asesor de dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo los artículos 48,49,53,152,130 de la Constitución Política, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 720 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 33083 de 2001, 1677 de 2019, 46292 de 2014, 1689 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional realizado por la demandante es completamente válido, en virtud de que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional. Propuso entre otras 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.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante a Porvenir S.A., se efectuó de manera libre y voluntaria, siendo el contrato de afiliación plenamente válido. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad, inexistencia del derecho y prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de mayo de 2023, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora LUZ MERY CARO ESPEJO, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

TERCERO: COSTAS a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 9 de septiembre de 2008 con radicado 31989 hasta los más recientes SL 1421, 1688,1689,3464 de 2019, SL 4806 de 2020, SL5686 de 2021, SL 756 de 2022, hay lugar de que se declare la ineficacia del traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación de forma parcial, en lo referente a la orden de traslado de recursos al Régimen de Prima Media para que se adicione la sentencia de instancia, en el sentido de que frente a la declaratoria de ineficacia de conformidad con los lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, esta no solo debe incluir los valores referenciados sino lo correspondiente al porcentaje de seguros previsionales y gastos de administración.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de

recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar***

un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 8 de febrero de 1995.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante,

adicionando el numeral segundo de la decisión para ordenar el traslado por parte de Porvenir S.A., a devolver los valores utilizados en gastos de administración y seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., 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 Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de mayo de 2023, en el sentido de **ORDENAR** a Porvenir S.A., a devolver los valores utilizados en gastos de administración y seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades a órdenes de Colpensiones, durante el tiempo que permaneció el afiliado en dicho fondo.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en consulta en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LILY PEÑALOZA
HERNANDEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES Y SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y
CESANTIAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 007 2020 00105 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil
veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las demandadas contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de mayo de 2022, en donde se declaró la ineficacia de la afiliación realizada al RAIS con Porvenir S.A., se ordenó a esta última trasladar todos los

valores que no se hubiesen trasladado desde el año 2008 incluidos rendimientos, gastos de administración y comisiones y a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada al RPM a la demandante desde su afiliación inicial al ISS, sin que hubiese perdido el régimen de transición.

El recurso tiene por objeto de una parte que se revoque la decisión y en su lugar se absuelva de todas las pretensiones formuladas y de otra que se absuelva de la condena de gastos de administración.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad o ineficacia del traslado realizado al RAIS en consecuencia, se condenara a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos y con los rendimientos que se hubieren causado, al pago de lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que nació el 1° de agosto de 1958; que

ha realizado cotizaciones al sistema general de pensiones desde el 13 de enero de 1983; que para el 1° de abril de 1994, contaba con 36 años de edad por lo que era beneficiaria del régimen de transición; que ante la información suministrada por la AFP Porvenir Pensiones y Cesantías S.A., se cambió de régimen pensional el 14 de mayo de 2001, no obstante los asesores del fondo privado no le suministraron la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional y que para la fecha en que efectuó el traslado contaba con mas de 1000 semanas cotizadas y estaba solo a la espera de la edad para acceder a la pensión.

Asimismo, señaló que había cotizado en toda su vida laboral 1330 semanas; que mediante fallo de tutela No. 2008-210, el Juzgado 27 Laboral del Circuito ordenó autorizar el traslado del RAIS al RPM, siendo efectuado desde el 1° de agosto de 2008; que a través de Resolución No. GNR No. 205350 del 9 de julio de 2015, Colpensiones le reconoció pensión de vejez, bajo los términos de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, en cuantía inicial de \$2.694.057, dejando en suspenso su inclusión en nómina; que a través de la Resolución No. GNR 205350 del 9 de julio de 2015, fue incluida en nómina su prestación y se empezó a pagar a partir de agosto del 2015, finalmente aludió que el 31 de enero de 2019 y el 5 de febrero de 2019, solicitó a Colpensiones y a Porvenir S.A., respectivamente la nulidad de traslado fundamentada en que al momento de realizar el traslado de régimen ya contaba con 1000 semanas cotizadas.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que dentro del expediente no obraba prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se estaba en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidenciaba dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permitiera inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del DEMANDANTE, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, igualmente, manifestó que en este asunto se cumplía con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Propuso entre otras las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral y caducidad.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, negó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el traslado efectuado producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, como se

advertía del formulario de vinculación, asimismo, indicó que con posterioridad el 15 de junio de 2006, decidió el 15 de junio del 2006 decide retornar al RPM, razón por la cual no era viable solicitar la devolución de los saldos de la CAI, gastos administrativos, frutos o intereses, en tanto se trasladaron todos los saldos de la cuenta de ahorro de individual de la accionante al RPM, además, señaló que no debía decretarse la nulidad de la afiliación por cuanto no existieron vicios en el consentimiento y tampoco se evidenciaba causa y objetos ilícitos, ni procedía la declaración de la ineficacia referida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, puesto que operaba frente a actos que impidieran o atentaran contra el derecho de afiliación al sistema, lo que no se alegaban ni acreditaban por la parte demandante.

Igualmente, señaló que en el evento de proceder la nulidad y/o ineficacia, no existía razón jurídica o fáctica para que se declarara la devolución de lo petitionado conforme se desprendía del artículo 113 literal b de la ley 100 de 1993 y que no procedía la condena de devolución de los gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM, se destinaba un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y no estaban sujetos a la prescripción. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de mayo de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora Lily Peñaloza Hernández, con fecha de afiliación el 14 de mayo del 2001 con la AFP Porvenir, contenida en el formulario No. 01557589.

SEGUNDO: ORDENAR a Porvenir a trasladar la totalidad de los valores que no hubiesen sido trasladados de la cuenta de ahorro individual de la que era titular la señora Lily Peñaloza Hernández, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

TERCERO: ORDENAR a Porvenir a incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales de la demandante y que no se hubiesen trasladado desde 2008, valores que deben ser reintegrados y devueltos a Colpensiones debidamente indexados.

CUARTO: ORDENAR a Colpensiones a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la demandante desde su afiliación inicial al ISS y en consecuencia reconocer que la demandante no ha perdido el régimen de transición al que tenía derecho.

QUINTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la Administradora Colombiana De Pensiones-Colpensiones y la Administradora de Pensiones y Cesantías –Porvenir S.A.

SEXTO: Se condena en costas a Porvenir y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago. No hay condena en costa a cargo de Colpensiones.

SÉPTIMO: REMÍTASE EN CONSULTA.”

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existía una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información este se ha contemplado desde la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información establecido en la normatividad de vieja data.

Acto seguido, señaló que la actora al 1° de abril de 1994, entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 35 años y 8 meses de edad y 324.4 semanas cotizadas, por lo que en ese entonces era beneficiaria del régimen de transición por edad, el cual conservó a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, siendo que cumplió con el requisito de las 750 semanas cotizadas a la entrada en vigencia del mismo, aludiendo que para la fecha del traslado (año 2001), estaba plenamente vigente el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y por tanto Porvenir y su asesora debieron tener claro que la señora demandante para ese entonces era beneficiaria del régimen de transición y si bien se aportó un documento donde se le explicaba a la demandante el riesgo de perder la transición el cual fue suscrito por la misma dos días después del traslado, tal documento no resultaba suficiente como para determinar que se recibió la información de manera oportuna.

Igualmente, encontró que de las documentales allegadas se encontraba acreditada la condición de pensionada de la actora por parte de Colpensiones en aplicación de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, en donde en virtud de un trámite de tutela se ordenó su regreso al RPM, no obstante, no le fue reconocido el régimen de transición porque lo había perdido al haberse trasladado a Porvenir S.A., sobre el particular señaló que en este caso conforme a las pruebas que se allegaron y practicaron entre ellas lo señalado en el interrogatorio de parte del representante legal de Porvenir S.A., no obraba medio de convicción alguno que diera certeza que Porvenir S.A., le hubiese suministrado información veraz,

clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que le traería a su futuro pensional la decisión de trasladarse al fondo privado, especialmente si se trataba de una persona de las condiciones ya mencionadas, razones por las cuales procedió a declarar la ineficacia del traslado y ordenar la devolución de todo aquello que no se hubiese devuelto incluido los gastos de administración, comisiones y rendimientos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de las demandadas presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de Colpensiones**, indicó que no estaba de acuerdo con la decisión adoptada ya que Porvenir S.A., allegó formulario donde se indicó que la demandante se encontraba inmersa en el régimen de transición y que independientemente a que este se hubiese firmado días después, se encontraba dentro del término para el retracto, por lo cual pudo haberse retractado y no haber llegado hasta el evento de interponer una acción de tutela o una demanda, además destacó que por vía de la acción de tutela ya se le había reconocido el traslado por lo que se encontraba pensionada, por lo que se aplicaba lo establecido por la C.S.J., S.C.L, en sentencia SL373-2021 y en todo caso, en cuanto a la nulidad de traslado y la falta de información por parte de la AFP porvenir, se demostró que tal AFP si informó a la actora sobre las garantías de cada régimen como se advertía en el

interrogatorio de parte absuelto, por lo que no era procedente acceder a lo solicitado resultando desproporcionada la carga a la AFP, cuando la afiliación se había dado hacia mas de 20 años y las circunstancias que rodeaban la suscripción del formato de afiliación eran otras.

Por su parte el **apoderado de Porvenir S.A.**, indicó que no estaba de acuerdo con el numeral 2° de la decisión, en cuanto que en el RPM también se destinaba un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes, por lo que los gastos de administración no formaban parte integral de la pensión de vejez, señalando además que con la orden de trasladar los gastos de administración se estaría configurando un enriquecimiento sin causa pues no existía norma que dispusiera tal devolución, enfatizando además que los gastos de administración correspondían al fondo privado como contraprestación a la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual de modo que si se ordenaba su devolución debería condenar igualmente a la parte demandante a restituir los frutos financieros que le fueron consignados en su cuenta de ahorro individual.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo

ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y en caso de prosperar, si resultan atendibles las pretensiones relacionadas con recibirlo sin solución de continuidad y tener como válida la afiliación inicial al ISS hoy Colpensiones, que era beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que la señora Lily Peñaloza Hernández, se trasladó al RAIS, el 14 de mayo de 2001 y que retorno al RPM el 5 de septiembre de 2008, conforme se desprende de las documentales allegadas al proceso, no existiendo duda en que el actor actualmente se encuentra afiliado al RPM.

Frente al tema conviene recordar que nuestro órgano de cierre ha señalado que no puede considerarse que los traslados posteriores convaliden el inicial o que no se pueda analizar el mismo para el momento en que aconteció, pues en pronunciamientos recientes como en la sentencia SL5280-2021, se reitera la obligación de verificar tales circunstancias y establecer si efectivamente el traslado de régimen del RPM a RAIS, es ineficaz o no, en aquellos, casos como el que nos ocupa, el afiliado ya ha retornado al RPM, la cual reza:

“Igualmente, desde el punto de vista jurídico, la consideración del Tribunal también resulta errónea pues, como se explicó en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, los traslados posteriores de un afiliado no pueden convalidar la actuación viciada en el traslado inicial, y como se ratificó en la sentencia CSJ SL1688-2019, las falencias en el suministro de información completa, veraz y efectiva sobre las consecuencias de un traslado, que pueden ocasionar su ineficacia, se deben examinar en el momento mismo del traslado y no con posterioridad.

Finalmente, la consideración del Tribunal en este punto fue en extremo contradictoria, pues coligió que el traslado inicial al RAIS había quedado superado, o que había culminado en sus efectos jurídicos con el retorno posterior al RPM, pese a que en la misma decisión le dio todos sus efectos a esa medida para deducir que la demandante había perdido el régimen de transición.

Es decir que, en torno a este primer tópico, la acusación es fundada.

Ahora bien, en segundo lugar, al desviar su mirada de la verdadera discusión planteada en el proceso, el Tribunal incumplió con su carga de analizar si el traslado de la demandante del RPM al RAIS, ocurrido en 1998, había estado rodeado de todas las garantías y procedimientos tendientes a que la afiliada hubiera adoptado su decisión en condiciones verdaderamente libres y voluntarias o a que contara con una libertad informada.”

Precisado lo anterior y teniendo claro que incluso en los casos en que se ha retornado al RPM administrado hoy en día por Colpensiones es posible entrar a verificar la nulidad y/o ineficacia del traslado, se procede a analizar los precedentes vigentes en la materia, para el efecto, se tiene que la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas

sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la

afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia que fue allegado formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 14 de mayo de 2001, así como que con posterioridad la actora suscribió documento de fecha 16 de mayo de 2001, del siguiente tenor:

“(…)

Luego de haber recibido la asesoría amplia y suficiente, conozco y entiendo las implicaciones legales que tiene mi decisión de trasladarme al Régimen de Ahorro individual por medio de la solicitud de vinculación al Fondo de Pensiones Obligatorias administrado por Porvenir S.A., que hoy firmo y adjunto a la presente. Así mismo consciente que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 100 de 1993 soy una persona que se encuentra en régimen de transición y que gozo de un tratamiento especial en el cumplimiento de requisitos para acceder a la pensión de vejez respecto de los afiliados que se encuentran integralmente bajo el esquema de la ley 100 de 1993. Así ratifico mi decisión de trasladarme al fondo de pensiones Porvenir y pensionarme con las condiciones vigentes para este régimen.

(...)”

Sin embargo, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, nótese que el documento suscrito el 16 de mayo de 2001, no detalla cuales son las supuestas implicaciones del traslado y en gracia de discusión la pérdida del régimen de transición tan solo sería uno de los puntos desfavorables respecto a los cuales debía informarse a la persona, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y sin que ello tampoco fuera factible establecerlo del interrogatorio de parte rendido por la demandante.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, se advierte que tal concepto fue pretendido desde el libelo inicial, advirtiéndose que la conducta de Porvenir S.A. ante tal pedimento siempre ha sido la de no acceder a la devolución de los mismos e incluso se reitera en el reparo efectuado frente a la decisión de primera instancia, situación

que es indicativa que estos no fueron devueltos con la suma trasladada \$31.829.401, lo cual además se confirma con los registros efectuados en el documento denominado “*Relación HistoricadeMovimientosPorvenir*”, por lo que se confirmara su condena, siendo que respecto a los mismos y frente a los rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación

pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

Finalmente, frente a lo pretendido respecto a no haber perdido el régimen de transición procede la Sala a dar respuesta considerando que en este caso estamos frente a una persona que se encuentra pensionada en el RPM y por tanto existe certeza respecto al acumulado de semanas cotizadas.

Así tenemos que el parágrafo transitorio 4° del artículo 1° del Acto Legislativo 001 de 2005, previó que con posterioridad al 31 de julio de 2010, quien invoque la aplicación del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100, debe

acreditar que al 22 de julio de 2005, contaba con 750 semanas de cotización o su equivalente en tiempo de servicio, para que se extienda el beneficio hasta el año 2014.

Las pruebas obrantes dentro del proceso, acreditan que la demandante para el 1° de abril de 1994, tenía 35 años de edad al haber nacido el 1° de agosto de 1958, motivo por el cual cumple el primer requisito para ser beneficiaria del régimen de transición el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Revisada la historia laboral de la actora que obra en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, se evidencia que para la fecha en que entró en vigencia el Acto Legislativo 001 de 2005 (25 de julio de 2005), acreditó más de 800 semanas, cumpliendo a su vez el segundo de los requisitos exigidos por la norma precitada.

Configurándose así los presupuestos para extender el régimen de transición de la demandante hasta el 31 de diciembre del año 2014, fecha de desmonte definitivo del mismo, razón por la cual se confirmará la decisión del a quo en cuanto determinó que la actora no había perdido el régimen de transición.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

**Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la
República y por autoridad de la Ley,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el
Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha
19 de mayo de 2022, de conformidad con las razones
expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las
demandadas.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RUBIEL HUMBERTO
BELTRAN URREA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 007 2021 00063 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de Porvenir S.A., y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de mayo de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que ninguno de los presupuestos legales, se alegaron ni resultaron demostrados en el proceso, pues el formulario de afiliación suscrito por la parte actora es un documento público que se presume auténtico según los arts. 243 y 244 del CGP y el párrafo del art. 54A del CPT, que además contiene la declaración de que trata el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es que, la selección fue libre, espontánea y sin .

El apoderado de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que Porvenir S.A., no logró acreditar que el traslado efectuado el 17 de agosto de 1999, por el accionante, estuviese precedido de la suficiente ilustración e información, razón por la cual vulneró el deber de información contemplado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y los artículos 13 literal B y 271 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Porvenir S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, la totalidad de los dineros que se encuentren depositado en la cuenta de ahorro individual.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 24 de enero de 1963; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde 1 de julio 1981 un total de 880 semanas; que el 1 de septiembre de 1999, se trasladó a Porvenir S.A., sin que hubiera estado precedida de la información, clara, cierta y comprensible, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencia del traslado de régimen.

Como fundamento normativo, el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 6, 25,74 y 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Sociales, la Ley 1149 de 2007, el Decreto 2351 de 1965, los Artículos 63, 65 y 70 del Código de Procedimiento Civil, los Artículos 2, 4, 13, 23, 29, 48,53 y 58 de la Constitución Política, los Artículos 11, 13, 21, 31, 36, 50, 114, 141, 142, 271, 288, y 289 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 656 de 1994, el Decreto 720 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con los radicados 31989 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 46292 del 3 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 4964 y SL 4989 de 2018, la SL 361 del 13 de febrero de 2019

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la vinculación de la parte demandante con la AFP en el año 1999 fue producto de su voluntad y realizada de manera libre, informada y espontánea, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de la decisión. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia de pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de mayo de 2023, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: El señor RUBIEL HUMBERTO EBLTRÁN URREA con la AFP PORVENIR el 14 de agosto de 1999 contenida en el formulario No. No. 01227608.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular el señor RUBIEL HUMBERTO EBLTRÁN URREA dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a Colpensiones, todos los descuentos realizados a los aportes pensionales de la demandante desde agosto del año de 1999 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 termino de treinta (30) días, contados a partir del auto de

obedecimiento 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 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 la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS – PORVENIR S.A.

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 fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia desde las sentencias del 9 de septiembre de 2008 con radicado 31989 y 31314, se dejó sentado que el Decreto 663 de 1993, señaló la obligación de las AFP de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realice, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claro y objetivos escoger las mejores opciones del mercado y respecto a la evolución del deber de información la Corte en sentencias SL 1452 y 1688 de 2019, sintetizó dicho tema.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en su totalidad, al considerar que dentro del expediente no obro prueba alguna demostrara que se estaba en presencia de algún vicio en el consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil; encontrándose frente a un error de derecho que no tiene una fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica entre el acto jurídico celebrado; precisó que respecto al deber de información se materializa a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual el fondo privado solo cuenta con conocimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento voluntario, por lo que se debe valorar bajo la normatividad vigente al momento de la suscripción de traslado, sin que sea válido imponer obligaciones a las APF no previstas en el ordenamiento jurídico, resaltando que existen deberes mínimos en

cabeza de los afiliados de informarse y su permanencia en el sistema es una decisión consciente; señalando que con la declaratoria de ineficacia contrario a lo expuesto por el Juez primigenio si se presenta una descapitalización del sistema pensional de conformidad con el artículo 48 de la Constitución Política y pronunciamientos de la Corte Constitucional; por otro lado refirió que no resulta procedente la condena en costas, en virtud de que Colpensiones no influyó en la decisión de traslado del demandante siendo un tercero de buena fe.

La apodera de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente al numeral tercero de la sentencia proferida respecto de la condena de trasladar gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima de forma indexada, al considerar que dichos dineros corresponden a una obligación de tracto sucesivo, que no entran a financiar la prestación de vejez esto de conformidad con la Ley 100 de 1993, por lo que el traslado de tales emolumentos generaría un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, ya que se le trasladarían unas sumas que no han sido administradas durante los 20 años que el demandante ha estado afiliado en el RAIS; relacionó que frente a la indexación de la sumas ordenadas ya se encuentran actualizadas monetariamente, por lo que se estaría generando un doble pago por el mismo concepto esto de conformidad con pronunciamientos del Tribunal Superior de Cali y de Cundinamarca.

La Procuraduría General de la Nación, interpuso recurso de apelación frente a la condena en costas a la parte demandada Colpensiones, al considerar a que dicha entidad es necesaria mas no existe una omisión por parte de esta, en virtud de que la omisión radica en la falta al deber de información por parte de Porvenir S.A., por lo que de conformidad con el artículo 365 de Código General del Proceso, Colpensiones no es la parte vencida en el presente proceso.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones

expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 19 de agosto de 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 de Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulta vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de mayo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR RUBEN DARIO GOMEZ DIAZ
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONE**
y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 008 2022 00092 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver, el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones frente a la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de mayo de 2023.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 2 de abril de 1965; que realizó cotizaciones al Instituto de los Seguros Sociales, desde el 6 de mayo de 1993, que el 23 de abril de 1998, se trasladó a Pensiones y Cesantías Davivir hoy Protección S.A., sin que se le hubiera suministradora una asesoría

profesional completa, clara, suficiente, cierta y oportuna, que le permitiera comprender las características, condiciones, variables y riesgos del RAIS.

Como fundamento normativo, citó los artículos 12, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, la Circular Externa 001 de 2004.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante con la AFP se presume efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de conformidad con el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

PROTECCIÓN S.A, dio contestación a la demanda mediante la cual, de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación que realizó la demandante con la AFP es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de mayo de 2023, el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional del señor RUBÉN DARÍO GÓMEZ DÍAZ, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido en el año 23 de abril de 1998, a PROTECCIÓN por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional del señor RUBÉN DARÍO GÓMEZ DÍAZ, conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación del señor RUBÉN DARÍO GÓMEZ DÍAZ, tales como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

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

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PROTECCIÓN liquidarse por Secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de un millón ciento sesenta mil pesos.

SEXTO: Como quiera que la presente decisión resulta adversa a los intereses de COLPENSIONES, se remitirá las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con el Decreto 663 de 1993, Decreto 656 de 1994, Ley 1328 de 2009, Decreto 2555 de 2010, Ley 1748 de 2014, Decreto 2071 de 2015 y Ley 795 de 2003, de igual manera la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como, SL 123 de 2014, SL 9804 de 2015 mencionan que las AFP tienen la obligación del deber de información y buen consejo, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información. Así las cosas, se puede entender que la falta de información de las AFP eventualmente se puede constituir como un atentado en contra de los derechos del trabajador.

IV. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la

Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 69 del C.P.T y S.S.- *grado jurisdiccional de consulta*, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Davivir hoy Protección S.A., el 23 de abril de 1998.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Octavo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 de mayo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JHON
ALEXANDER GONZALES GARCÍA CONTRA AEROVIAS DEL
CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A. y
COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA**

RADICADO: 11001 3105 009 2018 00317 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil
veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de
apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora
contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral
del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de junio de 2021, en donde

se absolvió a las demandadas de todas las pretensiones formuladas en su contra.

El recurso de apelación tiene por objeto que bajo el principio del contrato realidad se determine la existencia de un contrato de trabajo directo Avianca S.A. y a las acreencias derivadas de esta determinación tales como los establecidos en el plan voluntario de beneficios, así como, al reintegro e indemnización de que trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y demás consecuentes.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la parte actora en los que reitero los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó se declarara la existencia de un contrato de trabajo con la empresa Avianca S.A., desde el 28 de febrero de 2008, así como que la terminación del mismo el 27 de noviembre de 2017, carecía de validez al ser despedido por razón de su estado de invalidez sin contar con la autorización respectiva del Ministerio de Trabajo, en consecuencia, se condenara a la referida demandada a reintegrar al demandante al mismo cargo que venía desempeñando; solicita el pago de 180 días de salario de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y al pago de los derechos extralegales contemplados en el plan voluntario de beneficios (bonificación extralegal de febrero, prima de

vacaciones, prima de navidad, reconocimiento por antigüedad, incentivo de productividad, auxilio educativo, auxilio médico, ayuda especial para salud, auxilio de alimentación, auxilio extralegal de transporte) por toda la vigencia del contrato.

También reclama el pago de: salarios y prestaciones sociales y derechos extralegales desde el retiro hasta el reintegro realizado el 3 de enero de 2017; la reliquidación de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y derechos extralegales desde el reintegro (03/01/2017) hasta la fecha de condena siendo que le fueron pagadas con un salario inferior; los días adicionales de vacaciones contenidos en el PVB; los aportes al SGSS conforme a la base salarial real durante toda la relación laboral; las cesantías e intereses a las cesantías de toda la relación laboral; la sanción por no consignación de cesantías y la sanción por no pago de los intereses a las cesantías; la cuantificación de los beneficios extralegales otorgados en especie tales como tiquetes, alimentación en casino y ruta de transporte; la indemnización plena de perjuicios (perjuicios morales, materiales, daño emergente, lucro cesante) causados por la culpa patronal; las sumas descontadas por concepto de cuota de admisión; los descuentos por cuotas sociales (5%); la indexación de las sumas; intereses moratorios; lo que resulte ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

Subsidiariamente solicita el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y de la indemnización por despido injusto.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que se vinculó mediante convenio de asociación con la Pre-cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava hoy Cooperativa de Trabajo Asociado Servicopava el 28 de febrero de 2008, para desempeñar sus funciones personales al servicio de Avianca S.A., en el cargo de auxiliar de asistencia en tierra; que el salario estaba enmarcado en un régimen de compensaciones diseñado por Servicopava; que prestaba sus servicios en las instalaciones del aeropuerto internacional El Dorado, destinados al desarrollo de operaciones de transporte aéreo de Avianca en sus aviones con sus equipos de asistencia en tierra, bajo los horarios definidos por la empresa con carné como trabajador de Avianca S.A. y que contaba con algunos beneficios contratados y suministrados por Avianca tales como rutas de transporte, tiquetes nacionales e internacionales, alimentación y refrigerios en Casino, seguro médico y seguro de vida.

Así mismo, indicó que no se suministraron los elementos de protección personal y de capacitación adecuados para el desarrollo de sus labores, situaciones que le ocasionaron varios accidentes de trabajo, los cuales le generaron secuelas y una PCL del 10,83% según dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de invalidez, el 27 de junio de 2014,

confirmado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, en dictamen del 14 de noviembre de 2014 y que en razón a su situación de salud se le expedían permanentemente restricciones y recomendaciones laborales hasta la finalización arbitraria y unilateral de su contrato comunicada en correo electrónico del 27 de noviembre de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Avianca S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, manifestando que no le constaban algunos hechos y negando otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que entre su representada y los demandantes jamás existió contrato de trabajo alguno, que los demandantes nunca prestaron servicios a su defendida, tampoco estuvieron subordinados, ni recibieron remuneración alguna de su parte, que de las pruebas anexas a la demanda se podía colegir que el demandante fue cooperado de un tercero que prestó servicios a su defendida, por lo que jamás causó remuneración por parte de Avianca S.A., precisando que en el evento que se considerara que Servicopava fue una intermediaria se tendría que ésta pagó al actor en nombre de Avianca, aludiendo así mala fe del mismo ante un enriquecimiento sin causa y un pago doble de la mismas acreencias, así mismo, resaltó que en ese asunto no existe estabilidad laboral reforzada y que en todo caso el actor jamás fue beneficiario del Plan Voluntario de Beneficios.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: ausencia de la relación laboral, ausencia de prestación de servicios a mi defendida, inexistencia de subordinación, inexistencia de las obligaciones que se demandan, cobro de lo no debido, libertad de empresa, Buena fe, compensación, inexistencia de las obligaciones, indebida aplicación de las normas legales, actividad no misional, enriquecimiento ilícito, ausencia de estabilidad laboral reforzada, no existencia de PCL, no naturaleza de los pagos realizados al actor, ausencia de culpa en enfermedad o accidente del actor, no causalidad entre perjuicios y hechos u omisiones, falta de prueba, la genérica, prescripción y cosa juzgada.

Por su parte, **Servicopava en Liquidación**, contestó oponiéndose a las pretensiones, indicando que no le constaban algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que entre su representada y los demandantes lo que existió fue un acuerdo cooperativo de trabajo asociado, de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes de Servicopava en Liquidación y las normas aplicables sobre la materia, precisando que el mismo finalizó con resolución de retiro obedeciendo a una causal objetiva, esto era, la finalización de la oferta mercantil (31/12/2017) y la imposibilidad de reubicarlo en otro cargo asociativo pues las demás ofertas mercantiles con los demás clientes se finalizaron con corte al 30 de noviembre y 31 de diciembre de 2017, siendo claro que la terminación no se realizó por algún tipo de discriminación a fuero de salud.

Además, señaló que debía tenerse en cuenta que durante las labores de trabajo cooperativo y asociativo, se cancelaron emolumentos tales como compensación ordinaria mensual (salario), compensación extraordinaria mensual, compensación anual (cesantías), intereses de la compensación anual (intereses sobre las cesantías), compensación semestral (prima de servicios), auxilio de transporte, compensación por descanso (vacaciones) y trabajo suplementario (horas extras).

Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de junio de 2021, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO y a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante señor JHON ALEXANDER GONZÁLEZ GARNICA en el presente proceso.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de ausencia de relación laboral e inexistencia de las obligaciones de acuerdo con lo motivado.

TERCERO: LAS COSTAS serán a cargo de la parte actor. Tásense por Secretaría. Fijense como agencias en derecho la suma correspondiente a \$400.000 pesos a prorrata en favor de las demandadas, de conformidad con lo motivado.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase ante la sala laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor del actor conforme lo dispone el artículo 69 del Código procesal del trabajo y de la Seguridad Social.

NOTA: En cuanto a la solicitud de adición de sentencia que se presentó por la parte demandante, estimó el despacho que la misma no resultaba ser procedente, ya que en las pretensiones se solicitó la declaratoria de la existencia de un contrato de trabajo exclusivamente con Avianca S.A. y al no encontrarse probada por sustracción de materia era irrelevante dilucidar la culpa patronal reclamada.

Como fundamento de la decisión argumentó que atendiendo las pruebas allegadas y practicadas, podía concluirse que si bien el servicio prestado por el señor John favoreció a Avianca S.A., no se lograba verificar que dicha empresa hubiese ejercido actos de subordinación frente al demandante, pues lo que se lograba establecer era que las instrucciones que debía seguir el actor eran dadas por los líderes y coordinadores de servicopava, de igual forma, indicó que a las cooperativas les estaba permitido contratar con terceros procesos productivos, por lo que por que suscribió un contrato con Avianca S.A., el que ejecutó de manera autónoma.

Sobre el particular indicó que tal autonomía no se desacreditaba porque se tuviera un carné que contara en su parte trasera con el logo de Avianca S.A. como personal autorizado, siendo que debían hacer seguimiento de la oferta mercantil, asimismo indicó en cuanto a los medios de trabajo utilizados que se aportó contrato de comodato precario, el que legalmente estaba permitido y en cuanto a la dotación recibida a los testigos de la parte actora que no les constaba a quien pertenecía la bodega y tampoco quien realizaba el pago de los insumos, finalmente señaló que tampoco se acreditó que la potestad reglamentaria y disciplinarias se hubiera trasladado a Avianca S.A., siendo que Servicopava era quien la

desplegaba como podía colegirse de los pagos de las compensaciones realizadas, la concesión de permisos, entre otros.

En cuanto a las decisiones adoptadas por el Ministerio del Trabajo respecto de las investigaciones administrativas iniciadas en el Valle del Cauca y en el Atlántico, se indicó que tales situaciones eran distintas a las del asunto bajo estudio siendo que no se logró demostrar que las funciones ejercidas por el trabajador fueran actividades misionales permanentes de Avianca, por lo que no había lugar a declarar la existencia de ningún contrato de trabajo y por tanto tampoco resultaban viables las pretensiones derivadas de esta y las relacionadas con el reintegro y culpa patronal.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no estaba de acuerdo con la decisión de primera instancia, solicitando efectuar un análisis a plenitud de las pruebas allegadas pues a su juicio contrario a lo sostenido si evidenciaba la existencia de un contrato realidad, partiendo de la base que la actividad de asistencia en tierra no era una actividad secundaria sino misional de Avianca, como podía colegirse del mismo certificado de existencia y representación legal de tal demandada, en donde se indica que tiene por

objeto la explotación comercial de los servicios del transporte y se señala concretamente que incluye servicios aeronáuticos y aeroportuarios, además que era evidente que Servicopava no era autónoma e independiente, pues carecía de autorización para ejecutar algún servicio aeroportuario de suerte que como lo señalaron los testigos solamente personal de Avianca tenía la oportunidad de poder acceder a estas zonas de aeropuerto.

Igualmente, cuestiona que se tenga como válido el contrato de comodato precario con el que Avianca le prestaba las herramientas para ejercer la labor a la cooperativa, además que en las investigaciones administrativas que desarrolló el Ministerio de Trabajo, se estaba sancionando Avianca y a Servicopava por el proceso de asistencia en tierra y tampoco se observó el acuerdo de formalización laboral que realizó Avianca S.A. ante el Ministerio de Transporte para evitar la sanción administrativa en el año 2007, en donde se incluía el nombre del demandante.

Igualmente, reprocha que se hubiese indicado que no existía mayor evidencia pasando por alto que se aportó carnet en idénticas condiciones a los trabajadores de Avianca o la dotación suministrada, evento último en el que solo se le dio valor probatorio a la testigo de la demandada en cuanto a que la instalación en que se hacía la entrega de la dotación era de Avianca cuando los testigos traídos por la parte actora indicaron que allí también se entregó la dotación de los trabajadores directos de Avianca, situación que también aduce se presentó con el pago de beneficios como tiquetes,

alimentación y transporte, cuando ello debió acreditarse documentalmente, resaltando además que incluso conforme a la oferta mercantil no podía entenderse la suficiencia en la autonomía de la cooperativa cuando Servicopava no le daba para tener las herramientas para ejercer la labor, ni para capacitar a sus trabajadores, por lo que en este caso si se configuraba un verdadero contrato de trabajo con Avianca, advirtiéndose que la razón de las vinculaciones efectuadas mediante cooperativa tenía como finalidad la exclusión de los paquetes de beneficios, por lo que resultaba procedente el pago de los beneficios contemplados en el plan voluntario de beneficios y las cesantías retroactivas, en tanto que frente a estas últimas las mismas debían ser consignadas a un fondo, todo lo que evidenciaba mala fe en el actuar de la demandada.

De otra parte, aludió que el actor tenía una condición especial de salud desde el año 2012, cuando sufrió un accidente de trabajo, situación que tuvo una evidencia y trazabilidad muy grande en la cooperativa, como lo puso de presente el a quo, siendo que hubo hasta reubicación, restricciones, recomendaciones, debiéndose considerar que en dictamen emitido el 25 de marzo de 2021, se determinó una PCL del 24,33% debiéndose considerar sobre el particular la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L, en tanto se trataba de un porcentaje superior al 15%, debiéndose analizar un poco más a fondo la razón por la que se terminó el contrato pues aunque se afirmó que fue por la expiración de las ofertas mercantiles, las invitaciones realizadas en forma previa a la terminación del contrato denominadas proyecto de vida

familiar para tomar decisiones de vida, se trató de una invitación general a todos los trabajadores que contaban con discapacidades, con problemas médicos, para que renunciaran y así quitarse el problema, lo que evidenciaba que la terminación no había sido propiamente por la razón argumentada, aludiendo que de ello también daba cuenta la comunicación de suspensión de labores que le fue enviada en el mes de septiembre y la carta dirigida a OPAIN para que no se le permitiera el ingreso al las zonas de aeropuerto, mencionado además que en todo caso tampoco se solicitó autorización ante el Ministerio del Trabajo.

Finalmente, tratándose de la culpa patronal aludió que las lesiones del demandante partían de la infracción al deber de cuidado del actor ya que no se le suministrados los elementos de protección adecuados para efectuar su labor, razones por las cuales tenía responsabilidad directa en la culpa patronal.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto: i) si resultaba viable establecer la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y Avianca S.A., si la empresa Servicopava, actuó como simple intermediario y en dado caso si procede el reconocimiento de las prestaciones legales y extralegales reclamadas e indemnizaciones peticionadas; ii) si estaba probada la ocurrencia de un accidente de trabajo

sufrido por trabajador y la culpa patronal en el mismo, evento en el cual se analizaran las indemnizaciones solicitadas y iii) si resultaba procedente declarar la ineficacia del despido de la demandante, por encontrarse en condición de debilidad manifiesta por fuero de salud y en caso positivo si resulta procedente el reintegro y las demás pretensiones derivadas de ello.

En este punto y previo a iniciarse el análisis pertinente debe indicarse que no existe controversia en que en virtud del fallo de tutela expedido el 9 de junio de 2018, por el Juzgado Cincuenta Penal del Circuito con Función de Conocimiento, se tutelaron transitoriamente los derechos del demandante señor Jhon Alexander González Garnica, al mínimo vital, seguridad social y estabilidad laboral reforzada en contra de Servicopava, ordenando además su reintegro a un cargo de igual o mayor jerarquía cancelando los salarios dejados de percibir y los aportes no realizados al SGSS por el periodo en que el actor estuvo desvinculado, encontrándose que Servicopava adujo que lo reactivó en nómina desde el 1° de diciembre de 2017, no obstante, no lo pudo reintegrar a un puesto de trabajo siendo que las ofertas mercantiles desaparecieron y que se le informó al actor que al finalizar el mes de febrero de 2019, se le suspendería el pago de las compensaciones y cotización al SGSS, aspectos que resultan acreditados con las documentales visibles a folios 942 a 960 del cuaderno No. 2.

DE LA RELACION LABORAL

Para resolver, lo primero que debe indicarse es que el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, consagra los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, indica que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Así mismo, se tiene que en forma pacífica ha indicado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre que, para que opere la presunción legal antes referida, le corresponde a la parte actora probar la prestación o actividad personal, para que entonces surja a cargo del convocado a juicio demostrar con hechos contrarios a los presumidos que la relación que mantuvo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

Igualmente, debe señalarse que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que al margen de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica: Entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge

del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual.

En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

En cuanto a las cooperativas de trabajo asociado, se debe recordar que en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo subordinado diferentes, a saber: el que presta un trabajador en favor de otra persona bajo contrato de trabajo al cual le es aplicable la legislación laboral (conforme se dejó sentado en sentencia de la C.S.J., S.C.L. Rad. No. 25713 del 6 de diciembre de 2006) y el que presta un asociado en favor de la cooperativa de la cual forma parte, al cual no se le aplica la legislación laboral.

Respecto a esta última modalidad en la sentencia ya mencionada se ha establecido que para advertir la validez de la estipulación normativa que excluye al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, debe tenerse

en cuenta que dicha forma de vinculación no se utilice “(...) *de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de terceras personas naturales o jurídicas*”.

Así, se tiene que la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias de condena en contra de las personas naturales o jurídicas que se beneficiaron del servicio personal cuando se demuestra en el expediente que fueron verdaderos empleadores, por haber ejercido el poder subordinante del cual está investido un empleador frente a la persona que prestó el servicio.

Ahora bien, sobre la subordinación- la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado, claramente, que la posibilidad de delegación en el beneficiario de los servicios del control y dirección de la actividad que desarrolla el trabajador está prevista para relaciones jurídicas diferentes al Trabajo Asociado, entre ellas las que surgen entre la empresa usuaria y una Empresa de Servicios Temporales, NO para las Cooperativas que vinculan trabajadores al servicio de terceros, pues expresamente la Corte en la sentencia aludida señaló lo siguiente:

“no podrá considerarse legalmente en tales eventos [de trabajadores asociados al servicio de terceros] que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento

del contrato sea adelantada por delegación de ésta, porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión”.

Así las cosas, se tiene que en procesos como este se deben estudiar las pruebas del expediente para verificar si se demostró que la subordinación la ejerció realmente la Cooperativa, caso en el cual la excepción normativa cobrará vigencia o si la subordinación y control del servicio lo ejerció el tercero que se benefició de los servicios, caso en el cual se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo con él y que la Cooperativa actuó como un simple intermediario.

El artículo 35 del CST define al simple intermediario como aquel que contrata a otras personas para que ejecuten trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Como el simple intermediario no es un empleador, las obligaciones que surjan en favor de los trabajadores se entenderán radicadas en cabeza de la persona natural o jurídica que se benefició del servicio, dichas obligaciones surgirán de las normas legales y convencionales que regulan las relaciones de trabajo que ese verdadero empleador esté ejecutando con los trabajadores a los que contrató directamente.

Para discernir adecuadamente los límites del simple intermediario frente a otras figuras, en casos puntuales, el

mismo artículo 35 CST estableció quienes se consideran simples intermediarios. Dice la norma que tienen esta calidad “aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”.

En ese orden de ideas y atendiendo a lo dicho hasta ahora, cuando en el proceso se demuestre: i) que la persona natural o jurídica que afirma ser un empresario agrupó o coordinó los servicios de trabajadores en beneficio de terceros y éstos desarrollaron actividades ordinarias inherentes o conexas a las actividades del contratante, ii) que las labores se desarrollaron utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos del contratante de ese tercero, y iii) que ejerció el poder subordinante y el control de las actividades de esos trabajadores fue el beneficiario de las labores, el juez declarará en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política) que el verdadero empleador el que se benefició de los servicios y que la Cooperativa contratista actuó como un simple intermediario, con todas las consecuencias que ello acarrea en cuanto a los derechos que se pudieron haber causado.

Teniendo claro lo anterior y descendiendo en el análisis se advierte que fueron allegadas al expediente las ofertas mercantiles de fecha 1° de agosto de 2003 y de fecha 5 de febrero de 2009, en las que Servicopava ofrece servicios de apoyo en la gestión en procesos técnicos, administrativos y operativos como se observa a continuación:

Oferta 1° de agosto de 2003

“(…)

***PRIMERA. OBJETO DE LA OFERTA MERCANTIL:** La presente Oferta Mercantil tiene por objeto establecer las condiciones bajo las cuales la PRECOOPERATIVA ofrece la prestación de servicio de apoyo técnico, administrativo y operativo por parte de la PRECOOPERATIVA, con total autonomía técnica, administrativa, financiera, bajo su propio riesgo y dirección, con sus propios asociados, a favor de AVIANCA. Dichos servicios serán prestados por la PRECOOPERATIVA en las diferentes áreas administrativas y operativas que AVIANCA requiera, de una manera eficiente para la ejecución estratégica y exitosa de los diferentes proyectos adelantados por las diferentes áreas de la empresa.*

(…)”

Oferta 5 de febrero de 2009.

“(…)”

PRIMERA. OBJETO: EL OFERENTE ofrece vender a EL DESTINATARIO DE LA OFERTA los servicios de apoyo en la gestión de procesos técnicos, administrativos y operativos identificados en el Anexo No. 1 “Detalle de procesos, posiciones y valores”, a través de la asignación de asociados de EL OFERENTE, a las posiciones que se consideran necesarias para el apoyo efectivo en la ejecución de los procesos descritos en el Anexo No. 1. Los servicios de apoyo que se ofrecen vender están referidos a la operación de las aerolíneas Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca y Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A. SAM S.A.

PARAGRAFO: El número de posiciones necesarias bajo esta oferta conforme se describe en el Anexo 1 es variable y puede aumentar o disminuir durante la vigencia de la relación contractual surgida de la aceptación de la presente oferta conforme a las necesidades de EL DESTINATARIO DE LA OFERTA, en cuyo caso se lo comunicará a EL OFERENTE, con el fin de que éste tome las medidas necesarias para ajustar el proceso correspondiente. En caso de requerirse por parte de EL DESTINATARIO DE LA OFERTA otros procesos adicionales y/o incrementar los pasos dentro de alguno de los procesos descritos en el Anexo No. 1, se lo comunicará a EL OFERENTE quien enviará una oferta adicional para cubrir dichos procesos nuevos.

(...)”.

Adicionalmente, se aprecia que se allegó comunicación del 28 de septiembre de 2017, enviada por la representante legal de Avianca S.A y dirigida al representante legal de Servicopava, con la finalidad de notificar la terminación por vencimiento del plazo de la última prórroga del contrato surgido de la aceptación de la oferta efectuada por Avianca mediante orden de compra de servicios No. A-003000000-565AV de la oferta mercantil emitida por Servicopava el 5 de febrero de 2009, a partir el 31 de diciembre de 2017.

Ahora bien, de las ofertas mercantiles aludidas especialmente de la última que fue la que estuvo vigente durante la mayoría de la prestación del servicio, resulta evidente que los servicios de apoyo en la gestión en procesos técnicos, administrativos y operativos requeridos por Avianca S.A., contratados con Servicopava, obedecen a actividades ordinarias de Avianca S.A., siendo que el objeto social de la referida empresa comprende *“La explotación comercial de los servicios de a) transporte (i) aéreo en todas sus ramas, incluidos los servicios postales en todas sus modalidades, así como de todos los servicios relacionados con las aplicaciones comerciales, técnicas y científicas de la aviación civil, incluyendo servicios aeronáuticos y aeroportuarios; (ii) terrestre; en todas sus ramas; (iii) marítimo, en todas sus ramas; y (iv) multimodal; y b) servicios de ingeniería y mantenimiento; entrenamiento y servicios de apoyo que sean*

requeridos en todas las modalidades de transporte, todo de acuerdo con las leyes rigentes.”

De otra parte, debe indicarse que se encuentra acreditado que el demandante, prestó sus servicios como **auxiliar de asistencia en tierra** dentro del periodo comprendido entre el 28 de febrero de 2008 hasta el 30 de noviembre de 2017, dado que mediante Resolución No. 925 del 27 de noviembre de 2017, se dispuso retirar del puesto de labor al señor Jhon Alexander González Garnica por terminación de la oferta mercantil que dio origen al puesto de labor asociativa, según se desprende del acuerdo cooperativo de trabajo asociado suscrito entre el actor y Servicopava, la resolución aludida y demás comprobantes y certificaciones allegadas por las partes.

Debiéndose en este punto destacar que las actividades desplegadas por el actor, conforme a la certificación expedida por Servicopava, el 8 mayo de 2017 (anualidad en la que se produjo el retiro), fueron las siguientes:

FUNCIONES:

- Preparar la logística para el cargue, descargue, limpieza y presentación, lavado, movimiento de aeronaves, radio comunicación, selección, conexiones, anfitrión (porter) en los counter de atención de viajeros y todas las labores que conlleven al alistamiento y atención de las aeronaves y/o equipos según el proceso aplicable.
- Mantenerse vigente (cursos aprobados) en los entrenamientos para la atención de aeronaves y los procesos de la aerolínea cliente Avianca y sus aerolíneas Clientes a través de su Unidad de Negocio Avianca Services.
- Conocer, comunicar cumplir y asegurar el cumplimiento en sus áreas de las políticas, normas y procedimientos de Seguridad Operacional, Seguridad Industrial Salud Ocupacional, Calidad y Medio Ambiente

Ahora bien, respecto a las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se prestaron los servicios para Avianca en virtud del convenio antes mencionado y quien desplegó la subordinación y control en tal prestación, se cuenta con los testimonios de los señores:

Jair Tovar y **Harrison Rosero**, quienes manifestaron haber sido compañeros de trabajo del demandante, los cuales si bien fueron tachados de sospechosos por adelantar un proceso judicial similar no se podía concluir que las declaraciones realizadas carecían de veracidad, en la medida que se trataba de compañeros de trabajo del demandante, sus declaraciones fueron espontáneas y resultaron útiles para dilucidar la forma como se prestaban los servicios del demandante.

Sobre el particular se observa, que los testigos fueron claros en señalar que el demandante era más antiguo que éstos y que se conocieron entre el año 2013 y 2014, en el área o grupo de restringidos ubicado en el puente aéreo, los mismos dieron cuenta de la forma en que se daba la vinculación con Servicopava y Avianca y de la capacitación que se suministraba en instalaciones de esta última, ambos fueron contestes en señalar sobre el porte de carnet y suministro de dotación con el logo de Avianca, que la dotación se les entregaba en unas bodegas de Fontibón en donde se hacía la entrega a todo el personal de Avianca, así mismo, dieron cuenta que los beneficios recibidos sobre transporte, casino y tiquetes, se efectuaba a todo el personal sin distinción a si

eran de la cooperativa o trabajadores directos de Avianca S.A, manifestando además que la entrada al casino se hacía de manera biométrica, también precisaron que el actor en el área de restringidos ejecutó actividades de digitalización, policía y/o control de tránsito y paso peatonal, coincidiendo en que los lineamientos de estas actividades se otorgaban por personal de Avianca y de Servicopava, precisándose por el señor Rosero, que quienes efectuaban las programaciones en conjunto con la ARL eran los señores Álvaro Guerrero y Emil Arévalo que pertenecían a Avianca pues se identificaban como trabajadores de aquella.

También se recibió la declaración de la señora **Marlene Infante Prada** directora administrativa de Servicopava, quien dio cuenta del proceso de selección y vinculación con la cooperativa, de cuya declaración resulta relevante lo señalado respecto a que la actividad para la cual fue inicialmente contratado el actor fue el de auxiliar de operaciones que luego se llamaba agente de operaciones, teniendo que hacer el cargue y descargue de las aeronaves en todos los vuelos nacionales e internacionales, labor que se hacía con cinta, tractores u otra máquina, también pertenecían los conductores que transportaban las personas al avión, asimismo, aludió que tenían unos jefes o líderes de la cooperativa, sin que tuvieran alguno fijo porque por manejo de narcotráfico se hacía rotativo, de manera que le reportaban a la persona que estuviera asignada ese día y tenían un coordinador que tenía bajo su cargo a los líderes, el cual también era de Servicopava, que dentro de las actividades del

agente también tenían la de presentación que normalmente lo hacían las mujeres pero era arreglar y limpiar el avión en general, igualmente, dio cuenta del porque la dotación tenía el logo de Avianca, argumentando que ello se debía a la relación contractual entre Avianca y Opain, en donde el uso de las zonas eran solo para las aerolíneas y por eso los terceros así debían identificarse.

Como se observa y si bien los testigos difieren en cuanto al suministro de órdenes y/o lineamientos para efectuar la labor, lo cierto es que los señores Jair Tovar y Harrison Rosero, fueron compañeros de trabajo del actor situación que los ubica en un marco de mayor conocimiento sobre la forma en que se ejecutaba la labor día a día, los cuales incluso dieron cuenta que por la situación de salud que presentaban fueron reubicados en un área del lugar donde prestaban sus servicios -puente aéreo- e incluso allí seguían recibiendo instrucciones de Avianca.

Nótese, además, que dentro de la cláusula tercera de la oferta mercantil que contempla las obligaciones del destinatario de la oferta, se estipularon las siguientes obligaciones:

“(…)

TERCERA. OBLIGACIONES DE EL DESTINATARIO DE LA OFERTA: Una vez aceptada la presente oferta mercantil, **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA** se obliga además de las obligaciones propias de la naturaleza de la relación que surge por efectos de la aceptación de la oferta, asume las siguientes obligaciones:

1. Cancelar el valor de las facturas que sean debidamente emitidas por **EL OFERENTE**, y que correspondan a los servicios prestados efectivamente, dentro de los plazos y tarifas previstos en la presente oferta:

2. Colaborar con EL OFERENTE en la capacitación de los asociados asignados por EL OFERENTE para la prestación de los servicios, en aspectos técnicos y de seguridad operacional propios de la naturaleza de la actividad que desarrolla EL DESTINATARIO DE LA OFERTA;
3. Entregar en comodato los equipos, herramientas o elementos que EL OFERENTE pueda requerir para la correcta prestación de los servicios;
4. Pagar directamente como costos adicionales a la prestación de los servicios objeto de la presente oferta mercantil los relacionados con trámite de los permisos ante la Aerocivil, los carnets, los elementos de protección personal, la alimentación y el transporte de los asociados de EL OFERENTE. Para los procesos que apoyen los asociados de EL OFERENTE que requieran un uniforme o vestuario específico, el costo será asumido por EL DESTINATARIO DE LA OFERTA y los uniformes o vestuario específico será entregado por EL OFERENTE directamente a sus asociados.

(...)”.

Adicionalmente, la ausencia de autonomía se expresa también en la incapacidad financiera de Servicopava si prescindía del contrato con AVIANCA S.A., como se desprende de lo estipulado en el Acta No. 22 de la Asamblea General Ordinaria de Asociados del 26 de febrero de 2018.

Como se observa las pruebas analizadas indican claramente que los servicios prestados obedecían a actividades del giro ordinario de los negocios de Avianca S.A., que los elementos de trabajo eran también de propiedad de ésta y que la subordinación incluso al momento de la reubicación se desplegaba por la beneficiaria del servicio, quien incluso tenía la facultad de capacitar al personal de la cooperativa como se desprende de las certificaciones allegadas al plenario y se colige de lo expuesto en el mismo contrato.

En ese orden, se tiene que contrario a lo sostenido por el a quo obran elementos de prueba suficientes para entender que existió una indebida intermediación en la vinculación del demandante por parte de Servicopava, pues pese a que entre la cooperativa y Avianca S.A. se emitió orden de compra de servicios de la oferta mercantil, el servicio del actor, se prestó

de manera exclusiva y continua a la aerolínea, quien se reservó amplias capacidades de control sobre los servicios, suministró órdenes y las labores se realizaron en las locaciones de Avianca y para cumplirlas suministró las herramientas, materiales y uniformes, de lo cual resulta claro que el trabajador estuvo integrado en su organización y estructura empresarial, siendo en esa medida claro que el verdadero empleador del actor fue Avianca S.A. y que servicopava fungió como simple intermediario.

En cuanto al salario devengado por el trabajador, se tiene que se allegaron comprobantes de nómina que reflejan los diferentes ingresos recibidos por el trabajador, resultando claro conforme al régimen de compensaciones aportado que los valores recibidos por compensación ordinaria y extraordinaria, son el equivalente al ingreso por salario y ello evidentemente también se predica respecto de las sumas recibidas por trabajo en tiempo suplementario.

Bajo el anterior entendimiento, y siendo que se trató de una verdadera relación laboral resultarían avantes los derechos que la legislación laboral contempla, así en forma previa a entrar a determinar el valor de los mismos, debe analizarse la excepción de prescripción propuesta por la demandadas, debiéndose mencionar que al tenor de lo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L, se tiene que los derechos laborales prescriben en el término de 3 años, no obstante, el simple reclamo escrito del trabajador presentado al empleador interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Verificado el expediente se advierte que no obra reclamo escrito del trabajador a Avianca S.A., por lo que en este caso la prescripción solo se interrumpió con la presentación de la demanda, lo cual ocurrió conforme al acta de reparto el 29 de mayo de 2018, por lo que todo lo anterior al 29 de mayo de 2015, se encuentra prescrito.

Es decir que quedarían vigentes los derechos que se hubieren causado dentro del periodo comprendido entre el 29 de mayo de 2018 y el 29 de mayo de 2015, toda vez que atendiendo diversos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, la prescripción de las primas de servicios e intereses a las cesantías, se cuenta desde la respectiva causación de cada una de estas (Sentencia No. 43894 de 2015), en el caso de las cesantías se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral (Sentencia No. 67636 de 2018) y tratándose de las vacaciones, las mismas son exigibles hasta el vencimiento del año que tiene el empleador para concederlas (Sentencia No. 46704 de 2016).

DE LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA Y REINTEGRO

En primer lugar, se acudirá a la fuente normativa del fuero de salud, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que concede, esto es al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispone:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”¹ (Subrayas y negrita fuera de texto).

La anterior norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C - 531 de 2000, en donde precisó que se declararía la exequibilidad del inciso segundo, en el entendido que el despido del trabajador o terminación del contrato de trabajo por razón de la limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización, de suerte que si el empleador lo contraviene deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que nuestro órgano de cierre ha establecido parámetros para determinar cuándo se estaría en presencia de una persona beneficiaria de la norma antes citada, indicándose recientemente en la sentencia SL1152-2023, que debían confluir las siguientes situaciones: i) la existencia de una deficiencia a mediano o largo plazo; ii) la existencia de una barrera de tipo laboral que le impidiera ejercer en condiciones de igualdad su labor, iii)

que dicha situación fuera conocida o notoria para el empleador.

Como se observa la protección busca evitar que se produzca la terminación la relación laboral en razón o con motivo en la discapacidad sufrida por el trabajador, debiéndose precisar en este punto que tal amparo se genera siempre y cuando no exista una causal objetiva de terminación del contrato como se ha mencionado en diversas oportunidades por la C.S.J., S.C.L., en sentencias como la SL1360-2018 y la SL711-2021.

En ese orden de ideas, se abordará en primera medida el estudio de la terminación del contrato acaecida en aras de establecer si en este caso se presentaba una causa objetiva para la finalización del vínculo contractual, dado que ello desvirtúa el despido discriminatorio en tanto que se consideran legítimas para dar por concluida la relación de trabajo.

En este caso, se reitera no existe discusión respecto a que mediante Resolución No. 925 del 27 de noviembre de 2017, Servicopava dispuso retirar del puesto de labor al señor Jhon Alexander González Garnica por terminación de la oferta mercantil con Avianca, situación que claramente no corresponde a una causa objetiva para su verdadero empleador siendo que su desvinculación se produce por decisión de un tercero, que en todo caso no estaría amparada en una justa causa legal o un modo legal de terminación, considerando la modalidad contractual surgida en eventos

como el aquí acaecido –*contrato de trabajo a término indefinido*–.

Teniendo claro lo anterior, se procede a analizar si en este caso nos encontramos frente a un despido discriminatorio, sobre el particular lo primero que habría que mencionar, es que tanto de los testimonios rendidos por los señores Jair Tovar y Harrison Rosero como del abundante soporte documental medico allegado y especialmente de los informes de recomendaciones médicas y de reubicación temporal visibles a fls. 1114 - 1132 del cuaderno No. 3, se desprende que desde el 29 de junio de 2012, el actor ha venido siendo reubicado en diferentes áreas o actividades por razón del accidente de trabajo sufrido, las cuales a continuación se relacionan producto de las recomendaciones que se le han emitido las cuales han girado principalmente en torno a evitar: el levantamiento de cargas, caminatas permanentes, flexión de rodillas y pies, subir y bajar escaleras y realizar movimientos repetitivos con los pies.

TIPO	AREA DE CUMPLIMIENTO	TIEMPO		
		MESES Y/O SEMANAS	INICIO	FIN
Informe recomendación médica	Almacén de imagen y presentación	2 meses	29/06/2012	29/08/2012
Informe recomendación médica	Control tractores	1 mes	24/10/2012	21/11/2012
Informe recomendación médica	Control tractores	2 meses	5/12/2012	5/02/2013
Informe recomendación médica	Control tractores	12 semanas	18/02/2013	18/05/2013
Informe recomendación médica	Proyecto Gantt Función: mediciones de los nuevos vuelos del dorado.	3 meses	22/05/2013	22/08/2013
Informe recomendación médica	Casetas imagen y presentación: Funciones mantener en orden las casetas y cierre de bolsas sin cargarlas	4 meses	9/12/2013	9/04/2014

Informe recomendación médica	Cambio de área de divulgaciones a BRM	5 meses	13/02/2014	13/07/2014
Informe recomendación médica	BRM Función: verificar conductas inseguras en rampa	24 semanas	30/05/2014	30/11/2014
Informe recomendación médica	Gestores de cargue y descargue. Función: relación de equipaje priority	24 semanas	18/11/2014	18/05/2015
Informe recomendación médica	Gestores de cargue y descargue. Función: relación de equipaje priority	24 semanas	8/01/2015	8/07/2015
Informe recomendación médica	Casetas imagen y presentación	6 meses	26/10/2015	26/04/2016
Informe de reubicación temporal por condición médica	Casetas de imagen y presentación TPA. Función: doblar bolsas, surtir paños húmedos y alistar implementos de aseo a las canastillas	6 meses	26/10/2015	26/04/2016
Informe de reubicación temporal por condición médica	Cambio de área de almacén imagen y presentación a TPA bajadas Local TPA	6 meses	16/03/2016	16/09/2016
Informe de reubicación temporal por condición médica	Cambio de área de almacén imagen y presentación a TPA bajadas Local TPA	6 meses	29/08/2016	29/02/2017
Informe de reubicación temporal por condición médica	Tabla selección	6 meses	8/02/2017	8/08/2017
Informe de reubicación temporal por condición médica	Control paso peatonal	6 meses	11/08/2017	11/02/2018

Así las cosas, resulta clara y evidente la existencia de una deficiencia a largo plazo la cual pese al acatamiento de las recomendaciones emitidas ha ido avanzado con el transcurso del tiempo conforme dan cuenta los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez allegados al proceso, de donde se colige que en el año 2014 fue calificado con 10,83% de PCL y para el año 2021, la PCL se determinó en 24,33%, con origen en el accidente de trabajo sufrido, también es evidente que la situación de salud del actor, le impidió ejecutar con normalidad las actividades para las que fue contratado, como se colige de las diferentes reubicaciones efectuadas y que esto era de conocimiento del empleador como puede concluirse de lo indicado por los testigos.

En consecuencia, se tiene que el actor estaba amparado bajo la protección de la estabilidad laboral reforzada por salud y por tanto, debió haberse tramitado autorización ante el Ministerio del Trabajo para poder proceder con su despido, aspecto que no acaeció en este asunto, razón por la cual se dispondrá la ineficacia de la terminación del contrato efectuada y se ordenará el reintegro del demandante a Avianca S.A., a un cargo equivalente o de superior categoría coincidente con las actividades para las que fue contratado el señor González Garnica en Servicopava y en todo caso compatibles con el estado de salud del mismo.

DEL PAGO DE SALARIOS Y PRESTACIONES SOCIALES

Considerando que son varios los asuntos objeto de reclamo por la parte actora, se intentara abordar su estudio en la forma en que se considera que mejor se ilustra.

Igualmente, conviene señalar desde ya que se dará aplicación a la figura de la compensación contemplada en los artículos 1714, 1715 y 1716, dado que la misma funge como un modo de extinguir las obligaciones de quienes son deudores entre sí, cuyas deudas sean en dinero, o de cosas fungibles, o indeterminadas, de igual género y calidad, liquidas y actualmente exigibles, pues al encontrarse la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y Avianca S.A., quedan sin sustento los pagos efectuados por Servicopava, no obstante, como se determinó que la cooperativa fungió como simple intermediaria y en

consecuencia es solidariamente responsable de las condenas, resulta viable tal aplicación.

- 1) Por el periodo comprendido entre el 28 de febrero de 2009 y el 28 de febrero de 2019** (fecha de retiro realizado por Servicopava por cuenta de la liquidación de la cooperativa)

Salarios y Prestaciones sociales

En esa medida se iniciará el análisis con lo relacionado con el reclamo realizado respecto al pago de prestaciones sociales, vacaciones y auxilio legal de transporte por toda la relación laboral, advirtiéndose que se hizo énfasis por la parte actora en que los pagos que se hayan efectuado para cubrir el derecho a la cesantía constituían pagos irregulares al tenor de lo expuesto en el artículo 254 del C.S.T., por lo que no eran válidas.

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que del histórico de nómina aportado y lo establecido en el régimen de compensaciones de Servicopava, se evidencia el pago de compensaciones ordinarias (equivalente a salarios), compensación anual y/o auxilio anual (equivalente a las cesantías), rendimientos compensación y/o rendimientos auxilio anual (equivalente a los intereses a las cesantías), compensación por descanso (equivalente a vacaciones), auxilio semestral (equivalente a primas de servicios) y auxilio de transporte, hasta el mes de febrero de 2019, no obstante, se registran en cero (0) los meses de noviembre y diciembre de 2018, por lo que habría lugar a ordenar el pago de los salarios

del mes de noviembre y diciembre de 2018, así como, de la prima de servicios de diciembre de 2018.

En cuanto al pago irregular de las cesantías, debe señalarse que el artículo 254 CST, prohíbe el pago parcial de las mismas antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo en los casos expresamente autorizados, so pena que el empleador pierda las sumas pagadas, sin que pueda repetir lo cancelado.

En este punto y dado que el actor también reclama el pago de la indemnización moratoria por no consignación de cesantías a un fondo, debe tenerse en cuenta que nuestro órgano de cierre en sentencias de Radicación No. 27.186 del 26 de septiembre de 2006 y 32.061 del 03 de julio de 2008, determinó que la consecuencia establecida en el artículo 254 del C.S.T. por *-pago irregular de cesantías-* es incompatible con la sanción moratoria establecida en el artículo 65 del mismo código, en tanto que no se produciría un perjuicio derivado de la falta de consignación de las mismas siendo que ya fue pagada al trabajador y por tanto se benefició de la misma.

En esa medida y dado que la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. comparte la misma naturaleza sancionatoria con la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ello conduce a concluir que el pago de la sanción dispuesta en la Ley 50 de 1990 también es incompatible con lo dispuesto en el artículo 254 C.S.T. y dado

que frente al pago efectuado en forma irregular en los términos de la sentencia SL7335-2014 existe una sanción específica, se sancionara con la pérdida de lo sufragado directamente al trabajador, y en consecuencia, se ordenara nuevamente su pago.

A continuación se proceden a efectuar las operaciones aritméticas para establecer el valor de los conceptos que se deben cancelar por la demandada por salario de los meses de noviembre y diciembre de 2018, prima de servicios de diciembre de 2018 y cesantías por todo el tiempo:

SALARIO NOVIEMBRE 2018	\$ 781.242
SALARIO DICIEMBRE 2018	\$ 781.242
PRIMA DE SERVICIOS DICIEMBRE 2018	\$ 503.989

AUXILIO DE CESANTÍAS			
AÑO	TIEMPO SERVICIOS	SALARIO	VALOR CESANTÍA
2008	304	\$ 816.476	\$ 689.469
2009	360	\$ 878.068	\$ 878.068
2010	360	\$ 893.936	\$ 893.936
2011	360	\$ 880.882	\$ 880.882
2012	360	\$ 959.531	\$ 959.531
2013	360	\$ 926.433	\$ 926.433
2014	360	\$ 1.027.392	\$ 1.027.392
2015	360	\$ 1.124.896	\$ 1.124.896
2016	360	\$ 1.135.252	\$ 1.135.252
2017	360	\$ 1.142.384	\$ 1.142.384
2018	360	\$ 1.064.662	\$ 1.064.662
2019	60	\$ 878.458	\$ 146.410
TOTAL CESANTIAS AL 28/02/2019			\$ 10.869.314

En consecuencia se condenara a la demandada al pago de las siguientes sumas: \$781.242 (salario noviembre 2018), \$781.242 (salario diciembre de 2018), \$503.989 (prima de servicios diciembre de 2018) y \$10.869.314 (por concepto de pago irregular de cesantías desde el 28-02-2008 – 28-02-2019).

Acreencias laborales durante el periodo de desvinculación y de la reliquidación solicitada desde el reintegro realizado por Servicopava en cumplimiento del fallo de tutela

En cuanto al pago de salarios prestaciones sociales y beneficios extralegales durante el tiempo en que estuvo cesante, esto es, entre el 1° de diciembre de 2017 y el 3 de enero de 2018 (fecha de reintegro aducida por el demandante) y respecto a la reliquidación de tales derechos desde la fecha de reintegro hasta la condena dado que se viene pagando un salario inferior, debe recordarse lo expuesto en la contestación por parte de Servicopava, en donde mencionó que el actor aunque no pudo ser objeto de reintegro a las labores por cuenta de la iniciación de liquidación de la cooperativa, fue reactivado en nómina.

Lo anterior, es factible corroborarlo de los históricos de las nóminas allegadas, en las que se aprecia que el actor fue reactivado en la nómina del mes de abril de 2018 y se observan registros de ajustes de compensación y beneficio, generándose un ingreso por valor de \$5.601.649, que cobijaría el ingreso por salario y auxilio legal de transporte de los meses de diciembre de 2017 a abril 2018, considerando los registros

por compensación ordinaria, compensación y beneficio de transporte.

En lo que respecta a que con ocasión del reintegro se le pagó un salario inferior al que se le venía pagando, debe tenerse en cuenta que si bien no se adujo a cuanto ascendió tal reducción, de la revisión de las nóminas puede colegirse que ello ocurrió en razón al trabajo en tiempo suplementario (horas extras y festivos) y pago de recargos por laborar en horario nocturno y dado que por la coyuntura de la cooperativa no pudo reintegrar en un puesto al actor, lo que efectuó fue el pago de la compensación –salario- sin prestación del servicio.

Al respecto, conviene recordar que la Corte Constitucional en sentencia T - 326 de 1994, indicó *“La jornada suplementaria no puede ser asimilada, en estricto sentido, a la jornada ordinaria, por cuanto su efecto remunerativo siempre es extraordinario”* a reglón seguido se señaló, *“(...) Como la labor suplementaria viene determinada por la necesidad, y no por la pretensión o facultad del trabajador, no puede interpretarse que existe el derecho a la jornada extraordinaria, sino el derecho a la igualdad de oportunidades ante ella. Pero cuando se habla del derecho a la igualdad, se debe advertir que ésta no consiste en la identidad absoluta o en dar a todos exactamente lo mismo, sino en la proporcionalidad en el trato a los trabajadores según su capacidad y necesidad.”*, por lo que no procede la reliquidación solicitada, considerando que no existe el derecho a la jornada extraordinaria.

2) **Del pago de salarios y prestaciones sociales por el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2017 y el 31 de octubre de 2023 (fecha de emisión de la decisión).**

Considerando la orden de reintegro aquí expedida y toda vez que se aprecia que se efectuaron pagos laborales hasta febrero de 2019, se procede a establecer el valor de los salarios y prestaciones sociales que se deben cancelar hasta la fecha de la emisión de esta decisión 31/10/2023.

Para ello, se considerara el SMMLV para las anualidades en las que se desconoce el valor del salario, siendo que se observa que el salario del actor estaba compuesto en los últimos años por la compensación ordinaria equivalente al SMMLV, tiempo suplementario y un benefico extraordinario que se desconoce de dónde resultaba, de igual forma, se indica que no se incluirá el valor del auxilio de transporte ante la inexistencia de desplazamiento al lugar de las labores.

2019	
SALARIOS	\$ 8.784.580
CESANTÍAS	\$ 732.048
INT. CESANTIAS	\$ 73.205
PRIMA SERVICIOS	\$ 732.048
VACACIONES	\$ 366.024
TOTAL	\$ 10.687.906

2020	
SALARIOS	\$ 10.533.636
CESANTIAS	\$ 877.803,00
INT. CESANTIAS	\$ 105.336,36
PRIMA DE SERVICIOS	\$ 877.803,00
VACACIONES	\$ 438.901,50
TOTAL	\$ 12.833.480

2021	
SALARIOS	\$ 10.902.312,00
CESANTIAS	\$ 908.526,00
INT. CESANTIAS	\$ 109.023,12
PRIMA DE SERVI	\$ 908.526,00
VACACIONES	\$ 454.263,00
TOTAL	\$ 13.282.650,12

2022	
SALARIOS	\$ 12.000.000,00
CESANTIAS	\$ 1.000.000,00
INT. CESANTIAS	\$ 120.000,00
PRIMA DE SERVI	\$ 1.000.000,00
VACACIONES	\$ 500.000,00
TOTAL	\$ 14.620.000,00

2023	
SALARIOS	\$ 11.600.000,00
CESANTÍAS	\$ 966.666,67
INT. CESANTIAS	\$ 96.666,67
PRIMA SERVICIOS	\$ 966.666,67
VACACIONES	\$ 483.333,33
TOTAL	\$ 14.113.333,33

Así las cosas, se tiene que se condenara a Avianca S.A. a pagar al demandante los siguientes conceptos y valores:

- a) **Salarios** entre el 1° de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2023, la suma de \$53.820.528,00.
- b) **Cesantías** entre 1° de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2023, la suma de \$4.485.044,00.
- c) **Intereses a las cesantías** entre 1° de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2023, la suma de \$504.230,98.
- d) **Prima de servicios** entre 1° de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2023, la suma de \$4.485.044,00.
- e) **Vacaciones** entre 1° de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2023, la suma de \$2.242.522,00.

BENEFICIOS EXTRALEGALES DEL PLAN VOLUNTARIO DE BENEFICIOS

En cuanto al pago de los beneficios extralegales contemplados en el plan voluntario de beneficios, debe indicarse que los documentos que fueron allegados sobre el particular visibles a fls. 298 a 339 del cuaderno No. 1., no es posible otorgarles valor probatorio pues carecen de certeza en su elaboración en tanto se allegaron o bien en forma incompleta, o sin claridad en la fecha de expedición y aplicación o sin las correspondientes firmas de suscripción, nótese además que de lo expuesto en tales documentos se observa que se exige afiliación voluntaria al mismo o acogimiento al plan en tanto que existían otros regímenes que podrían resultar excluyentes, aspectos que impiden efectuar un análisis sobre el particular.

APORTES AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL

De igual forma y por virtud de la ineficacia de la terminación del contrato aquí determinada y la orden de reintegro suministrado se condena a Avianca a reactivar la afiliación del demandante en el SGSS de pensiones, debiendo realizar el pago de los aportes desde la desvinculación del actor del sistema hasta la fecha efectiva de reintegro.

DEVOLUCIÓN DE LOS APORTES SOCIALES Y CUOTA SOLIDARIA

Se reclama por la parte actora la devolución de los aportes sociales y cuota solidaria, sobre el particular debe indicarse que como documental relevante el actor allegó la liquidación

definitiva de compensaciones que le fue efectuada al momento del primer retiro de la cooperativa esto es el 30 de noviembre de 2017, en donde se refleja que al mismo le fue cancelado por concepto de “aportes servicopava” la suma de \$2.014.846.

Ahora bien, verificado el histórico de la nómina, se advierte que al actor se le efectuaron descuentos por concepto del rubro denominado “Asociado Servicopava”, en esa medida y contemplando la fecha de prescripción establecida (29/05/2015), se tiene que al actor se le efectuaron los siguientes descuentos durante el periodo comprendido entre junio de 2015 y febrero de 2019:

Descuento "Asociado Servicopava"	
2015	\$ 1.136.329,00
2016	\$ 2.499.819,00
2017	\$ 2.594.655,00
2018	\$ 29.150,00
2019	\$ 5.300,00
Total	\$ 6.265.253,00

Por lo anterior y dado que los descuentos fueron practicados por Servicopava, se condenara al pago de la suma de **\$4.250.407** por concepto de los descuentos realizados por aportes sociales y/o cuotas solidarias bajo la denominación de “*Aporte Servicopava*”.

INDEMNIZACIÓN DE 180 DÍAS DE SALARIO DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 26 DE LA LEY 361 DE 1997.

Teniendo en cuenta que se determinó que la terminación del contrato del actor resulta discriminatoria es procedente el

pago de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, esto es, el pago de 180 días de salario.

En esa medida y dado que el salario promedio devengado durante el año 2017, ascendió a \$1.142.384, se tiene que por concepto de la referida indemnización le corresponde al actor la suma de **\$6.854.304.**

CULPA PATRONAL Y EL PAGO DE INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS

En cuanto si existió culpa suficientemente comprobada del empleador en el accidente de trabajo, se observa que los reparos del actor giran en torno a que no se suministraron los elementos de seguridad y capacitación apropiados para ejecutar la labor.

Al respecto, debe señalarse que en sentencia CSJ SL1897-2021, se realizó a profundidad el estudio de los supuestos del art. 216 del CST para declarar la responsabilidad por la indemnización plena de perjuicios en los casos de culpa por omisión, por lo que se transcriben a continuación, los apartes pertinentes:

“1.1. Sobre la culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral, la Sala tiene enseñado que:

“[...] la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral, ya sea que se derive de una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019)”. Tomado de la sentencia CSJ SL 5154-2020.

En otras palabras, la culpa se ha de comprobar de cara a los deberes de prevención de los riesgos laborales que corresponden al empleador y se configuren como causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral. Para establecer la culpa, se evaluará la conducta del empleador, esto es, si él actuó con negligencia o no en el acatamiento de los deberes de velar por la seguridad y protección de sus trabajadores que le corresponden para evitar los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, bajo el estándar de la culpa leve que define el art. 63 del CC.

La culpa leve implica que el incumplimiento que hace al empleador merecedor de la condena por reparación plena de perjuicios es aquel que se da por la falta de diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios, frente al deber de tomar las medidas adecuadas para evitar el riesgo laboral sucedido, y no se puede determinar la culpa por la simple ocurrencia del infortunio laboral, ya que el empleador no tiene una obligación de resultado, es decir, no está obligado a que el siniestro no ocurra, sino que sus obligaciones de protección y seguridad son de medio (CSJ SL1073-2021). Él siempre podrá probar la diligencia y cuidado que debió emplear para evitar el riesgo laboral en cuestión, según el art. 1604 del CC.

En orden de lo anterior, esta Corporación ha establecido que la carga de la prueba de la culpa del empleador, por regla general, debe ser asumida por la o las víctimas del siniestro, de modo que ellos tienen la obligación de acreditar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la existencia de una acción, omisión, o de un control ejecutado de manera incorrecta que constituyan el incumplimiento de las obligaciones de prevención o su incumplimiento imperfecto, CSJ SL5154-2020.

Cuando el trabajador edifica la culpa del empleador en un comportamiento omisivo de las obligaciones de protección y de seguridad asignadas al empleador, como se trató en el caso de autos, la jurisprudencia de la Corte ha precisado que, por excepción, a los accionantes les basta enunciar dichas omisiones (teniendo en cuenta que las negaciones indefinidas no requieren de prueba) para que la carga de la prueba que desvirtúe la culpa se traslade a quien ha debido obrar con diligencia en los términos del artículo 1604 del Código Civil. En tal caso, el empleador debe probar que cumplió sus deberes de prevención, cuidado y diligencia a fin de resguardar la seguridad e integridad de sus trabajadores (CSJ SL13653-2015, CSJ SL7181-2015, CSJ SL 7056-2016, CSJ SL12707-2017, CSJ SL2206-2019, CSJ SL2168-2019, CSJ SL2336-2020 y CSJ SL5154-2020).

1.2 En cuanto al nexo causal que debe existir entre la culpa del empleador y el daño causado, la jurisprudencia de esta Sala también tiene enseñado que, en la culpa basada en un comportamiento omisivo, no basta la sola afirmación genérica del incumplimiento del deber de protección o de las obligaciones de prevención en la demanda, sino que es menester delimitar, allí mismo, en qué consistió la omisión que llevó al incumplimiento del empleador de las respectivas obligaciones derivadas del propio contrato de trabajo y de la labor prestada por el trabajador y la conexidad que tuvo con el siniestro, para efectos de establecer la relación causal entre la culpa y el hecho dañino, pues nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él, CSJ SL2336-2020.”

Hechas las anteriores precisiones, y con el fin de verificar la omisión atribuida por el demandante a la empresa

demandada, tenemos, que si bien, en principio, bastaría con la simple enunciación de la omisión, esto es, que no se suministraron los elemento de protección apropiados (cinturones para el levantamiento de carga, líneas de vida para el trabajo en alturas, deficientes elementos de protección auditiva, ausencia de grúas para el levantamiento de cargas, deficiencias de los equipos de asistencia y tampoco se brindaron capacitaciones especiales para el manejo de cargas.

Lo cierto es que se encontró probado que el accidente que generó secuelas y las constantes recomendaciones y reubicaciones del trabajador, fue el ocurrido el 10 de abril de 2012, el cual en el informe de accidente de trabajo, se detalló de la siguiente manera *“El colaborador se encontraba transitando por la rampa del puente aéreo y estaba lloviendo, el no vio un hueco y su pierna se dobló en él, causándole un fuerte dolor y torcedura del mismo”*, por lo que las omisiones invocadas no tienen relacionamiento con la situación acaecida, por lo que no habría una relación causal entre la culpa y el hecho dañino, razones por las cuales no resulta suficientemente comprobada la culpa del empleador, y en consecuencia, no habría lugar a las indemnizaciones reclamadas.

Costas a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de junio de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el señor JHON ALEXANDER GONZALEZ GARNICA Y AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A., existió un verdadero contrato de trabajo a partir del 28 de febrero de 2008, en donde la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA fungió como simple intermediario y por tanto responsable solidario de las obligaciones laborales causadas y no cumplidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: DECLARAR la ineficacia de la terminación del contrato ocurrida el 30 de noviembre de 2017 y ordenar el reintegro del señor JHON ALEXANDER GONZALEZ GARNICA a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción de todos los conceptos anteriores al 29 de mayo

de 2015, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

QUINTO: CONDENAR a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A a pagar al demandante señor JHON ALEXANDER GONZALEZ GARNICA, los conceptos que a continuación se señalan:

- a) **Salario de noviembre de 2018**, por valor de \$781.242.
- b) **Salario de diciembre de 2018**, por valor de \$781.242.
- c) **Sanción por pago irregular de cesantías** por valor de \$10.869.314.
- d) **Salarios** entre el 1° de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2023, la suma de \$53.820.528,00.
- e) **Cesantías** entre 1° de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2023, la suma de \$4.485.044,00.
- f) **Intereses a las cesantías** entre 1° de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2023, la suma de \$504.230,98.
- g) **Prima de servicios** entre 1° de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2023, la suma de \$4.485.044,00.
- h) **Vacaciones** entre 1° de marzo de 2019 y el 31 de octubre de 2023, la suma de \$2.242.522,00.

SEXTO: CONDENAR a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A., a reactivar la afiliación del demandante en el SGSS de pensiones, debiendo realizar el pago de los aportes a pensión desde la desvinculación del actor del sistema, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEPTIMO: CONDENAR a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A., a pagar al demandante señor JHON ALEXANDER GONZALEZ GARNICA, la suma de **\$4.250.407** por concepto de los descuentos realizados por aportes sociales y/o cuotas solidarias bajo la denominación de “Aporte Servicopava”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

OCTAVO: CONDENAR a AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA S.A., a pagar al demandante señor JHON ALEXANDER GONZALEZ GARNICA, la suma de **\$6.854.304**, por concepto de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

OCTAVO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones formuladas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión

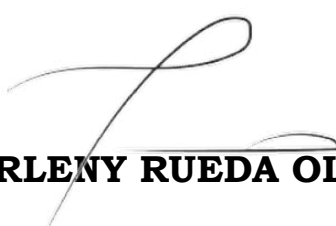
NOVENO: COSTAS, en esta instancia a cargo de las demandadas.

Esta decisión se notificará por edicto.

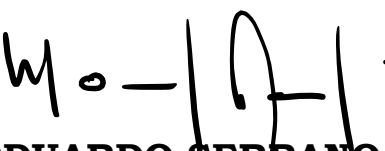
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.



LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUISA IRENE MARQUEZ AVILA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 009 2020 00129 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 10 de abril de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que no se tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de validez, en virtud de cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales no exigían una información en los términos reclamados en la demanda.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que la Corte Suprema de Justicia ha construido una sólida y reiterada jurisprudencia relativa a la ineficacia de traslado, en el presente asunto resaltó que el asesor con quien suscribió el traslado omitió suministrar las suficientes explicaciones y datos de las consecuencias que le traería el cambio de régimen pensional.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Protección S.A, así como también los que efectuó de forma horizontal a Porvenir S.A y Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, incluyendo los aportes, rendimientos y bonos pensionales si hubiere lugar, así como también gastos de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 18 de agosto de 1962; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales; que el 31 de octubre de 1994 se trasladó a Colmena hoy Protección S.A; posteriormente el 13 de febrero de 1998 de afilió a Porvenir S.A y el 26 de abril de 2004 a Colfondos S.A; sin que dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, el Decreto 2555 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015, la Circular Externa 016 del 2016 de la Superintendencia Financiera y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 31314 y 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que se está frente a un acto de afiliación existente, válido, exento de vicios

del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, de conformidad con el formulario suscrito. 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, genérica, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación, traslado de aportes a Porvenir.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, en virtud de que recibió una asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria. Propuso entre otras 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.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que que la demandante efectuó el traslado al régimen de ahorro de manera libre y voluntaria, sin que s encuentre en causal alguna que conlleve a la nulidad o ineficacia. Propuso entre otras las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad, responsabilidad sui generis, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la AFP brindo a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladar se administradora. Propuso entre otras las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del

consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de abril de 2023, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Luisa Irene Márquez Ávila, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones – al RAIS, administrado por Colmena – hoy Protección S.A., el 31 de octubre de 1994.

SEGUNDO. CONDENAR a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías 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 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante, durante la vigencia de su afiliación a ese fondo de pensiones, por lo considerado.

CUARTO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de Porvenir, Protección y Colfondos S.A., todos los valores que le fueron trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Protección 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.

SÉPTIMO. 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 fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la Corte Suprema de Justicia ha manifestado que el deber de información se encuentra a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones el cual es exigible desde su creación y con el paso del tiempo dicho deber se ha

consagrado con mayor exigencia identificándose tres etapas conforme las normas que han regulado el tema el primer periodo desde 1993 al 2009, el segundo periodo desde el 2009 hasta el 2014 y el tercer periodo del 2014 en adelante; precisó que la Corte ha indicado que no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ello puede tener frente a los derechos prestacionales ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que la realidad del momento en que se realizó la afiliación de traslado de régimen la normatividad aplicable era el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, el cual trata de la selección espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse, la cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, situación que en el presente asunto se dio con plenitud, sin que sea dable aplicar la doble asesoría sino la normatividad vigente al momento de la afiliación; por otro lado, resaltó que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes vulnera el debido proceso de Colpensiones, quien sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación; sin que se tuviera en cuenta el principio de la relatividad jurídica, esto es que la Entidad es un tercero en este asunto, por lo que los actos jurídicos tienen efectos jurídicos inter partes y las consecuencia que se derivan solo deben repercutir sobre las partes involucradas.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de

2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena hoy Protección S.A., el 31 de octubre 1994.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de abril de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALBA ROSAS RAMOS CASAS
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 012 2019 00767 01

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

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37627008 y tarjeta profesional No. 221228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de noviembre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que en el presente caso no se configuran los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad y/o ineficacia del

traslado teniendo en cuenta que el demandante fue informado por el fondo al que se encuentra afiliado de forma veraz y completa acerca de las ventajas y desventajas de los dos regímenes, por lo tanto no se evidencia vicio en el consentimiento ni por error, fuerza o dolo, como quiera que el demandante siempre estuvo consciente de la afiliación que estaba realizando.

A su vez, PORVENIR S.A., reiteró la solicitud de revocar en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que en el presente asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que este acto goce de plena validez.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende que se declare la ineficacia de la afiliación que realizó el 18 de abril de 1994 a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar todos los aportes, rendimientos e intereses al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones y por consiguiente se proceda activar su afiliación en dicho régimen.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 2 de agosto de 1963, que cotizó para pensión a través de la entidad Caprecom desde el año 1985 hasta el año 1993 un total de 459 semanas, señaló que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la información necesaria para trasladarse. Posteriormente se afilió a Colpensiones el 1 de noviembre de 2010, por cumplir los requisitos para el Programa de Subsidio al Aporte de pensión, sin embargo el 6 de septiembre de 2012 fue desvinculada por hallarse en multifiliación, en consecuencia sostiene que a pesar de las múltiples peticiones a las demandadas para que se definiera su situación, la misma no se resolvió, situación que le ha generado incertidumbre sobre su derecho pensional, toda vez que desde el año 2012 no ha cotizado a ningún régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó el Decreto 656 de 1994, los artículos 25, 28, 271 de la Ley 100 de 1993, el artículo 48 de la Constitución Política, los artículos 1502, 1508, 1604 del Código Civil y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados número 33083 de 2011, 33083 de 2011, 31989 de 2008, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 48 a 54 del plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la demandante gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen lo que demuestra que la afiliada era consciente sobre el formulario que suscribió para cambio de régimen pensional, así como también que la elección de régimen se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda como se observa a folios 79 a 105, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación de la parte demandante a la AFP, fue producto de una decisión libre y voluntaria e informada tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de noviembre de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación realizada por la señora ALBA ROSA RAMOS CASAS al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de mayo de 1994, a través de PORVENIR, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la señora ALBA ROSA RAMOS CASAS al régimen de primera media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSINES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora ALBA ROSA RAMO CASAS como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, dineros debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., con motivo de la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la señora ALBA ROSA RAMOS CASAS al régimen de ahorro individual con solidaridad y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: Absolver a las demandadas de las demás pretensiones contenidas en la demanda.

SEPTIMO: CONDENAR en costos de esta instancia a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a favor de la demandante. Por secretaria practíquese la liquidación de costos, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la cantidad de \$1.500.000 a cargo de Porvenir y \$1.000.000 a cargo de Colpensiones.

OCTAVO: CONSULTAR la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por lo expuesto.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado la obligación de los fondos privados de suministrar una información necesaria para efectos de que se tenga por válida la afiliación o traslado a los diferentes regímenes pensionales, señaló que las AFP no pueden sustentar que al momento de su creación no contaban con la obligación legal de informar, adicional a ello se establece que la carga de la prueba esta a cargo de la AFP de comprobar que no hubo irregularidad al momento de brindar la información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en consideración a que la decisión no cumple con los parámetros para decretar la ineficacia del traslado, toda vez que la actora siempre estuvo consciente de la obligación que estaba realizando al régimen de ahorro individual, así como también que la demandante se encontraba afiliada a Adpostal asumida por la UGPP

. por otro lado solicitó no ser condenada en costas en virtud de que no podía afiliarse a la accionante al RPM de conformidad a la normatividad vigente.

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que no se puede aplicar el precedente jurisprudencial de manera indiscriminada, ya que para el momento de la afiliación de la demandante al RAIS solo se exigía el formulario de afiliación, por lo que no puede exigirse documento diferente, ya que es a partir de la Ley 1748 de 2014 que surge dicha obligación y no para el momento del traslado inicial de la demandante con la AFP; por otro lado señaló que de conformidad a la decisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con radicado N°2018-000509 ha señalado que cuando se está en presencia de una inexistencia a una afiliación al Régimen de Prima Media le es imposible entrar a verificar el deber de información por parte de los fondos privados, en consecuencia solicitó se revoque la sentencia de primera instancia y en caso de confirmar la decisión no se condene a la devolución de gastos de administración.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan

atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía,

en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., el 18 de abril de 1994.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.° 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron

a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 5 de noviembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NUBIA STELLA GACHA TORRES contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 013 2021 00092 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de junio de 2023.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació 14 de enero de 1968; que laboró al servicio del Hospital Militar Central, entidad responsable de la pensión, por el periodo laborado desde el 27 de diciembre de 1990 hasta el 31 de marzo de 1994; que se trasladó mediante formulario de afiliación el 12 de enero de 1994 a Horizonte S.A hoy Porvenir S.A., sin que el fondo privado le hubiera brindado una asesoría profesional, clara, completa, suficiente, cierta y oportuna, que le permitiera comprender los requisitos, condiciones y riesgos del RAIS y compararlos con la condiciones del RPM.

Como fundamento normativo, los artículos 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1991, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994 y la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen a la AFP goza de completa validez, dado que se informó acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS. Propuso entre otras 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.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante realizó el traslado de manera libre y voluntaria demostrándose que la AFP Porvenir S.A., asesoro en su decisión de traslado. Propuso entre otras las excepciones prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de junio de 2023, el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciera la demandante Nubia Stella Gacha Torres a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. con fecha de efectividad el 01 de mayo de 1994, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. a devolver a 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, por lo expuesto precedentemente.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada 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 Porvenir S.A. en favor de la 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 proceso al TSBTA en grado jurisdiccional de consulta en su favor.

SEPTIMO: 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 fundamento de su decisión, argumentó que, aunque la demandante no estuviera afiliada al ISS, lo cierto es que en pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en casos similares en sentencias SL 2208 de 2021, señaló que en caso de que se declare la ineficacia de traslado se habrá de trasladar a Colpensiones; precisó por otro lado, que la Corte ha hecho hincapié en la importancia de que la escogencia de régimen o la manifestación de querer trasladarse de RPM al RAIS este precedida de libertad informada como se consideró en la sentencia SL 12136 de 2014 y SL 1637 de 2022.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que el traslado de régimen efectuado por la demandante en el año 1994 debe entenderse como totalmente válido, ya que no fue demostrado que existiera una falta al deber de información por parte de la

AFP Porvenir S.A., encontrándose probado, por el contrario que la actora ha permanecido por casi 30 años en el RAIS por su propia voluntad y sin ejercer acción alguna tendiente a retornar al RPM en el tiempo que le era legalmente permitido el traslado, resalto que la actora 1 de abril de 1994 no contaba con 15 años de servicios cotizados para ser beneficiaria del régimen de transición y por ello no le resultan aplicables las sentencias de la Corte Constitucional que establecen la posibilidad del traslado sin restricción en el tiempo, ya que dicha declaratoria de ineficacia afectaría la sostenibilidad financiera del sistema pensional y afectaría el derecho de la seguridad social de los demás afiliados.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de

información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público,

*deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 12 de enero de 1994.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual

se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de junio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR EDGAR BOGOTA RODRIGUEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS.

RADICADO: 11001 3105 014 2019 00829 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora MARCELA PATRICIA CEBALLOS OSORIO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.075.227.003 y tarjeta profesional No. 214.303 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido, así como, a la

doctora PAOLA ALEJANDRA MORENO VÁSQUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.030.536.323 y tarjeta profesional No. 217.803 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de Colpensiones.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de febrero de 2023 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. La sentencia declaró la ineficacia del traslado al RAIS realizando con Colfondos S.A. y ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta de ahorro individual, incluyendo rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, obligación que también estableció en Colfondos S.A.

El recurso tiene por objeto que se revoque de una parte lo relacionado con la negativa a conservar el régimen de transición (parte actora) y de otra que se revoque la indexación de las sumas ordenadas (Porvenir S.A.) y la totalidad de la decisión (Colpensiones).

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de Colpensiones y Porvenir S.A., en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la ineficacia del traslado realizado al RAIS, en consecuencia se restituyera el RPM y por tanto se conservará el régimen de transición en el cual venía vinculado, con todos los derechos que ello conllevaba, a las costas del proceso y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en que se vinculó inicialmente con Cajanal y posteriormente al ISS hoy Colpensiones, que con posterioridad a la expedición de la Ley 100, aparecieron los fondos privados, los cuales adelantaron actividad de reclutamiento para convencer a los trabajadores de trasladarse de régimen sin explicarles las consecuencias que esto tenía y bajo informaciones falaces, igualmente, indicó que decidió trasladarse al RAIS con fundamento en los engaños presentados por los reclutadores de los fondos privados sin que se le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos 1, 2, 8 y 9 y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el demandante se encontraba válidamente afiliado al RAIS cuando suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, así mismo, indicó que no podía dejarse de lado que al momento de efectuarse la afiliación al RAIS, no se

encontraba inmerso en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente para la época en que efectuó traslado de régimen pensional y que el actor no era beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, en tanto que para el 01 de abril de 1994 contaba con 729 semanas y 37 años de edad.

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

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, negó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la afiliación realizada por la parte demandante con Colpatria Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. en el año 2000 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se apreciaba en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, además resaltó que tampoco era procedente declarar la ineficacia de

que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, por cuanto señala que la afiliación quedará sin efecto cuando medien actos atentatorios contra el derecho de afiliación al Sistema de Seguridad Social o que impidan dicho derecho, es decir, se refiere dicha ineficacia a situaciones o actuaciones dolosas, las cuales ni se alegan ni se acreditan y en todo caso aplicaba la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito de: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

Colfondos S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la afiliación del demandante al RAIS que la misma se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes, siendo el RAIS su elección enfatizando en que los asesores comerciales de COLFONDOS brindaron al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal, en la que se le asesoró acerca de las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y RPM, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen, el derecho de retractación y los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en uno u otro régimen pensional, adicionalmente indicó

que no se podía pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la parte demandante con la vinculación formal a la AFP COLFONDOS S.A., siendo que dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden para manifestar sus inconformidades, o volver al RPM, no lo hizo.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de febrero de 2023, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo el demandante señor Edgar Bogotá Rodríguez, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos S.A., señalando como consecuencia de tal declaración que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones, igual suerte corre la vinculación que hizo como traslado horizontal con la AFP Porvenir S.A..

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. donde se encuentra actualmente afiliado el demandante, a trasladar a Colpensiones, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, obligación que también recae en la AFP COLFONDOS S.A.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. *Tásense.*”

QUINTO: DECLARAR que conforme a lo aprobado en este proceso, el señor demandante Edgar Bogotá Rodríguez, no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.”¹

Como fundamento de la decisión, el juzgado señaló que estaba acreditado que el actor nació el 28 de agosto de 1956, lo que permitía deducir que ya había cumplido la edad para acceder a la pensión, igualmente, que a la fecha de entrada en vigor de la ley 100 de 1993, acreditaba menos de 40 años de edad, momento para el cual registraba prestación de servicios en el DAS entre 31-10-1980 y el 01-04-1994 un total de 700,42 semanas, tal y como se podía colegir de la historia laboral para bono pensional aportada como prueba por Porvenir, de donde se concluía que no era beneficiario del régimen de transición.

Igualmente, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha establecido que en relación al deber de información este incluso se presentaba en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información establecido en la normatividad de vieja data, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado, que la carga de la prueba sobre ese deber de

¹ Numeral adicionado con ocasión de la solicitud de adición de la sentencia presentada por el apoderado de la parte actora.

información estaba en cabeza de las administradoras pensionales y que de las pruebas recaudadas tales como interrogatorio de parte no se logró acreditar el cumplimiento del mismo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de la parte actora, Colpensiones y Porvenir S.A., presentaron recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

El **apoderado de la parte actora**, manifestó solo estar en desacuerdo con la decisión en lo relacionado con la negativa sobre la conservación del régimen de transición por no cumplir con las exigencias a la entrada en vigencia de la ley, aludiendo que se omitió analizar que existían dos formas de obtener dicho régimen, el primero por la edad y el segundo por los tiempos de servicio, enfatizando en este último aspecto que se debía considerar cuando empezó a operar el régimen de transición para las personas que trabajaban en el orden nacional y en el orden territorial como era el caso del presente asunto, por lo que en el caso del demandante si se conservaba el régimen de transición.

Por su parte, la **apoderada de Porvenir S.A.**, apeló lo relacionado con la orden de devolver las sumas debidamente indexadas, siendo que dentro de las obligaciones de la AFP, estaba la de garantizar la rentabilidad mínima en las cuentas de los afiliados, lo cual era excluyente con la orden de indexación ya que los recursos no se verían afectados por la

inflación, por el contrario, alude que se generan mayores rendimientos que los que se garantizan en el RPM, trayendo a colación precedente horizontal expedido por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Cali, en el que afirma que no hay lugar a la imposición de la indexación pues esta se compensaba con los rendimientos, concluyendo que imponer a Porvenir S.A. la indexación de cualquier suma de dinero generaría la imposición de una doble sanción, en la medida que los rendimientos superaban con creces la posible pérdida de poder adquisitivo.

Colpensiones, a su turno presentó su desacuerdo frente a la decisión señalando que debía tenerse en cuenta que para el año del traslado del demandante no existía una normatividad que exigiera una doble asesoría o buen consejo, por lo que cuando este se trasladó bastaba con una información aunque no tan precisa, sí un poco más somera como se demostró en el desarrollo del proceso que la recibió, asimismo, manifestó que no se advertía ningún tipo de presión para que el demandante firmara en contra de su voluntad el formulario de afiliación o realizara el traslado y que no podía pasarse por alto que el actor permaneció por más de 20 años en el RAIS, sin presentar ninguna queja solo hasta el momento en que alcanzo la prohibición establecida en la Ley 100 de 1993. Finalmente, en cuanto a las costas indicó que no fue su representada quien ocasionó la ineficacia, ya que para el momento del traslado, solamente se requería una firma en el formulario para ejercer el traslado actuando como tercero de buena fe.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han

ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del

artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencian certificados y/o formularios de afiliación realizados por la actora a Colfondos S.A. (07/03/1996), Colpatria (30/04/2000) y a Porvenir S.A. (15/12/2000)

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación al fondo de pensiones y de traslado horizontal, estos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento

que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco fue factible establecerlo de lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, por lo que resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el actor a Colfondos S.A. y luego a Porvenir S.A., tal como se señaló por el a quo.

En este punto, resulta oportuno mencionar que si bien el demandante estuvo afiliado en forma primigenia a Cajanal, quien debe recibir la afiliación de la actora es Colpensiones, pues en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la sentencia SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con

prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

De conformidad con el precedente citado y el marco normativo allí aludido, se tiene que ante la liquidación y supresión de Cajanal, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por los afiliados a los fondos privados en este tipo de asuntos.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la

H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1055-2022, así lo dispuso.

En relación a la imposición de costas a cargo de Colpensiones, conviene recordar que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia, habrá de confirmarse la sentencia recurrida, en tanto que se declaró la ineficacia del traslado efectuado al RAIS y por tanto estuvo afiliado al RPM administrado hoy por Colpensiones.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la pérdida o conservación del régimen de transición, conviene recordar que ello solo será posible analizarlo cuando se tenga la totalidad

de información y recursos del demandante en el régimen de prima media, como quiera que es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en su historia laboral para poder analizarse aspectos como el solicitado con datos concretos y de manera precisa y sin lugar equívocos.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de febrero de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DORA CECILIA DIAZ JAIME
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 014 2020 00299 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 31 de marzo de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), encontrándose frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que de conformidad con pronunciamientos de la

Corte Suprema de Justicia no es dable el argumento expuesto por Colpensiones en su recurso de apelación de que con la declaratoria de ineficacia se generaría un riesgo a la estabilidad financiera del sistema pensional.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Protección S.A., trasladar los valores de la cuenta de ahorro individual a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones. Sustentó sus pretensiones, en que inicio sus aportes a pensión a través del Instituto de los Seguros Sociales a partir del mes de abril de 1990 y que posteriormente el 1 de agosto de 1994, se trasladó a Protección S.A, sin que se hubiera brindado la información necesaria para tomar una decisión sobre su derecho pensional.

Como fundamento normativo, la Ley 100 de 1993, la Circular Externa 016 de 2016, el Decreto 2071 de 2015, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 795 de 2003 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia CSJ SL 31989, 9 sep. 2008.CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083,22 nov. 2011 i, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4689-2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, cuando suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de las responsabilidades, responsabilidades sui generis, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de

legalidad de actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

PROTECCIÓN S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto de afiliación es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras 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 y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de marzo de 2023, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora DORA CECILIA DIAZ JAIME, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PROTECCION S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP Protección S.A., donde se encuentra actualmente afiliada la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones. Suma debidamente indexada.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. Tásense.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha manifestado entre otras en sentencias 1688 de 2019, 4811 de 2020; que se genera tal consecuencia para el afiliado del sistema de pensiones ante el incumplimiento del deber de información de las Administradoras de Pensiones en tanto estas legalmente se encuentran obligadas a ilustrar a sus posibles afiliados y con antelación al acto de traslado de manera, clara,

cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes de pensiones; sentando como reglas jurisprudenciales que no es un deber exclusivo para las personas que tienen un derecho consolidado, sino que es predicable en todos los eventos y en caso de que el afiliado aduzca que no recibió la información completa y suficiente, dicha información invierte la carga de la prueba a las AFP.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en su totalidad, al considerar que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en razón a que la Entidad es un tercero ajeno en el acto jurídico celebrado entre los actores y la AFP Protección, toda vez que todos los actos jurídicos tienen efectos interpartes y por ende Colpensiones no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la decisión; en virtud de que dicha declaratoria afecta el equilibrio financiero del sistema general de pensiones y en la reserva presupuestal que se destina, por otro lado, resaltó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar

por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena hoy Protección S.A., el 19 de julio de 1993.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 31 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MONICA DEL ROSARIO PEREZ URIBE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 014 2021 00104 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de marzo de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), encontrándose frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y la AFP.

El apoderado de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que el traslado de régimen pensional fue libre y voluntario, pero no informado y por consecuencia renuncia ineficaz, esto de conformidad con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que la vinculación del demandante con la AFP estuvo enmarcada de conformidad con el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, el cual señala que las administradoras de pensiones deberán vincular a todo potencial afiliado que cumpla con los requisitos para la suscripción.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los dineros por concepto de aportes efectuados desde la fecha del traslado con todos sus rendimientos para que hagan parte de integral de su historia laboral.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 13 de abril de 1964; que empezó a cotizar para pensión al Instituto de los Seguros Sociales, desde el 30 de enero de 1987; que en el año 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP Porvenir, sin que dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, el artículo 114 d la Ley 100 de 1993 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral con radicados números SL19447 de 2017, 31314 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 46292 del 3 de septiembre de 2014 y 4964 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, al haber suscrito de manera voluntaria, consciente y sin presiones su afiliación a la AFP Porvenir en el año 1994. Propuso entre otras las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de a la AFP, 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 de sostenibilidad del sistema, buena fe, cobro de lo no debida, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, improcedencia de traslado y la genérica

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen efectuado por la demandante estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente necesaria. Propuso entre otras 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.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de marzo de 2023, el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante señora MONICA DEL ROSARIO PEREZ URIBE, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A.

Señalando como consecuencia de tal declaración, que ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto siempre estuvo afiliada al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., donde se encuentra actualmente la afiliada la demandante, a trasladar a COLPENSIONES, el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones. Suma debidamente indexada.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por todo el extremo pasivo de la acción.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS de la acción a las partes demandadas. Tásense.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha manifestado entre otras en sentencias 1688 de 2019, 4811 de 2020; que se genera tal consecuencia para el afiliado del sistema de pensiones ante el incumplimiento del deber de información de las Administradoras de Pensiones en tanto estas legalmente se encuentran obligadas a ilustrar a sus posibles afiliados y con antelación al acto de traslado de manera, clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes de pensiones; sentando como reglas jurisprudenciales que no es un deber exclusivo para las personas que tienen un derecho consolidado, sino que es predicable en todos los eventos y en caso de que el afiliado aduzca que no recibió la información completa y suficiente, dicha información invierte la carga de la prueba a las AFP.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque las condenas impuestas, al considerar que la AFP siempre actuó de buena fe en relación al traslado de régimen pensional que efectuó la demandante de forma libre, voluntaria, consciente tal como quedo expresado en el formato de afiliación cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en el artículo 11 Decreto 692 de 1994, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación de la accionante al RAIS; precisó que la información fue brindada de forma verbal sin que para dicha data no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría brindada; por otro lado, señaló que frente al numeral segundo en lo referente al traslado de los gastos de administración, la póliza de seguro previsional, rendimientos de forma indexada no resulta procedente, en virtud de que las AFP se encuentran expresamente facultadas por la Ley 100 de 1993, para cobrar dichos valores, los cuales ya se encuentran causados y generarían un enriquecimiento si justa causa a favor de Colpensiones.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en su totalidad, al considerar que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en razón a que la Entidad es un tercero ajeno en el acto jurídico celebrado entre los actores y la AFP Protección, toda vez que todos los actos jurídicos tienen efectos inter-partes y por ende Colpensiones no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la decisión; en virtud de que dicha declaratoria afecta el equilibrio financiero del sistema general de pensiones y en la reserva presupuestal que se destina, por otro lado, resaltó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen pensional.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de

información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público,

*deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 30 de noviembre de 1998.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Catorce del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

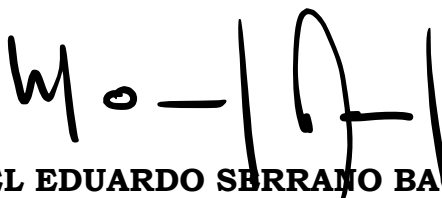
Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MICHELL
CAROLINA CORREA RINCÓN CONTRA ORGANIZACIÓN
SORRENTO & HOTELES SAS**

RADICADO: 11001 3105 015 2020 00222 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de agosto de 2021, en la que se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes durante el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2017 y el 25

de marzo de 2020, en virtud del cual la demandante se desempeñó como directora comercial de sala de ventas, condenándose al pago de prestaciones sociales y vacaciones por toda la vigencia de la relación laboral, diferencias en los aportes al SGSS en pensiones, indemnización por despido injusto e indemnizaciones moratorias por no pago de salarios y prestaciones sociales y por no consignación de cesantías.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, bajo el principio de la primacía de la realidad sobre las formas, entre las partes durante el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2017 hasta el 25 de marzo de 2020, desempeñándose como directora comercial y devengando como contraprestación por los servicios las siguientes sumas: para el año 2017 y 2018: \$2.000.000 (básico) más la suma de \$20.789.745 (comisiones) y para el año 2019 y 2020: \$2.000.000 (básico) más la suma de \$20.000.000 (comisiones), en consecuencia, se condenara a la demandada a pagar: las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al SGSS en pensiones de toda la relación laboral, al pago de la sanción por no pago de intereses a las cesantías, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria

de que trata el artículo 65 del C.S.T., indemnización moratoria por no consignación de cesantías, así mismo, lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que cumplió órdenes dadas por Diego Fernando Vanoy en su calidad de socio de la demandada y jefe hasta el mes de diciembre de 2.019 y a partir de enero de 2020, por parte del señor José Luis Ruiz Rincón; que cumplía un horario de trabajo de domingo a domingo; que la demandada le cancelaba el salario a través de transferencias bancarias en su cuenta del banco Colpatria y mediante bonos de sodexo; que le fue otorgado carnet de identificación; que fue despidida sin justa causa, mediante correo electrónico emitido el 25 de marzo de 2020 y que durante la relación laboral no se la cancelaron las acreencias laborales.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Organización Sorrento & Hoteles SAS, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que nunca existió contrato laboral alguno, que se comprobaría que existió solo un vínculo de naturaleza civil, en cuanto se estaba queriendo llevar al despacho al error de declarar la existencia de un contrato laboral cuando la realidad es que se trataba de un contrato de prestación de servicios, que la actora no cumplía un horario de trabajo, pues como contratista podía

faltar a su lugar de trabajo sin dar explicación alguna, tal como lo hizo en varias oportunidades la actora para atender sus asuntos personales o salir de viaje, asimismo, mencionó que el señor Diego Fernando Vanoy no era socio, ni mucho menos jefe, que en su momento éste tuvo un vínculo contractual con la empresa a razón de un contrato de prestación de servicios, así que, si la actora recibió órdenes del señor Vanoy, se dieron por fuera del ámbito contractual de la Organización Sorrento, respecto del señor José Luis Ruiz Rincón, precisó que a pesar que este era el representante legal de la sociedad demandada, nunca autorizaba o negaba permisos a contratistas, partiendo siempre que la relación contractual era de carácter independiente.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de contrato laboral, inexistencia de poder disciplinario, existencia de contrato de naturaleza civil, inexistencia de obligación de pagar seguridad social a contratistas, falta de requisito de subordinación continuada para la existencia de contrato laboral y entrega de carné no es prueba sine qua non para probar contrato laboral.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de agosto de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora **MICHEL CAROLINA CORREA RINCÓN** y la **ORGANIZACIÓN SORRENTO & HOTELES S.A.S.**, existió un verdadero contrato de trabajo en virtud de la primacía de la realidad sobre las formas, por el periodo comprendido entre el primero (1) de marzo de dos mil diecisiete (2017) hasta el veinticinco (25) de marzo de dos mil veinte (2020), en la cual la actora se desempeñó como directora comercial de la sala de ventas, devengando los siguientes salarios.

- a. Para el año 2017, un total de **VEINTE MILLONES SETECIENTOS OCHENTA Y NUEVE MIL CIENTO CUARENTA Y CINCO PESOS (\$ 20.789.145)**
- b. Para el año 2018, un total de **VEINTE MILLONES CIENTO OCHENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$20.186.279)**
- c. Para el año 2019, un total de **DIECINUEVE MILLONES DE PESOS (\$19.000.000).**
- d. Para el año 2020, un total de **DIECINUEVE MILLONES DE PESOS (\$19.000.000).**

Todo lo anterior, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a pagar a la demandante las siguientes sumas de dinero y por los siguientes conceptos.

- a. Por cesantías por todo el tiempo laborado la suma de **SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$65.147.762).**
- b. Por concepto de prima de servicio, la suma de **SESENTA Y CINCO MILLONES CIENTO CUARENTA Y SIETE MIL SETECIENTOS SESENTA Y DOS PESOS (\$65.147.762).**
- c. Por concepto de intereses a las cesantías y su moratoria, la suma de **CATORCE MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO PESOS (\$14.049.985).**
- d. Por concepto de vacaciones, la suma de **VEINTINUEVE MILLONES CIENTO CINCUENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS VEINTIDÓS PESOS (\$29.159.722).**
- e. Por concepto de indemnización por despido, la suma de **CUARENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS DOCE MIL NOVECIENTOS SESENTA Y TRES PESOS (\$45.212.963).**
- f. Por concepto de la sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, la suma de **QUINIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS VEINTIÚN PESOS (\$572.245.621).**

TERCERO: CONDENAR a la parte demandada al pago de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del trabajo, en una suma correspondiente al valor de **SEISCIENTOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS (\$633.333)** diarios, desde el día 23 de marzo del año 2020 hasta por 24 meses hasta que se produzca el pago de las acreencias laborales y a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) al pago a los intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación certificado por la superintendencia Bancaria sobre la sumas objeto de condena, por prestaciones sociales hasta que su pago se verifique.

CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar a la demandante, las diferencias en los aportes a la seguridad social en su sistema de pensiones en toda la relación laboral, conforme se expuso en la parte motiva de la presente providencia, precisando que dicho monto de cotización y conforme lo dispuesto en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, no puede superar la cuantía de veinticinco (25) salarios mínimos legales, si se supera la suma de lo cotizado por la señora demandante y lo que se ordena cotizar, se ordenara a dicho valor y sobre este se efectuará el correspondiente pago a la seguridad social en pensiones ante el fondo SKANDYA que manifiesta la señora demandante estar afiliada.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada, para el efecto se fijan como agencias en derecho a su a cargo, lo correspondiente a **CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$50.000.000)** a favor de la parte actora.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que con pruebas allegadas y practicadas especialmente los testimonios recibidos, se encontraba acreditada la prestación personal del servicio de la actora en favor de la demandada, sin que se hubiere desvirtuado la presunción contemplada en el art.24 del C.S.T., ya que los testimonios rendidos dieron cuenta de que la actora cumplía un horario de trabajo en las dependencias de la empresa, tenía una oficina asignada y se le impartían ordenes e instrucciones por el señor Diego Fernando Vanoy, el cual si bien no era miembro ni socio de la empresa demandada conforme se establecía de los documentos allegados tales como el certificado de existencia y representación legal, se trataba de un representante del empleador conforme a los términos del artículo 32 del C.S.T. pues así lo identificaron los testigos.

En cuanto a la remuneración recibida, tuvo en cuenta las certificaciones expedidas por la demandada del año 2017 (básico \$2.000.000 y comisiones por ventas \$20.789.245, para un total de \$22.789.245) y 2018 (básico \$2.000.000 y comisiones por ventas 20.789.279 para un total de \$22.789.279), respecto de los años 2019 y 2020, indicó que se evidenciaba que la asignación básica ascendía a \$2.000.000 y en cuanto al promedio de comisiones por ventas, indicó que atendiendo los comprobantes de pago que allegó la parte demandada en conjunto con la prueba testimonial, se establecía como promedio de comisiones la suma de \$17.000.000, para un total de \$19.000.000.

En consecuencia, estando definidos los elementos del contrato de trabajo procedió a liquidar las prestaciones sociales y vacaciones considerando los salarios antes mencionados, igualmente, efectuó lo propio con los aportes al SGSS en pensiones, considerando para ello que dado que se evidencio que la actora efectuó aportes como independiente sobre una cifra inferior a la que realmente le correspondía y toda vez que la demandada debía asumir el porcentaje que le correspondía como empleador, ordenó al empleador a efectuar los aportes sobre la diferencia entre el monto devengado y el monto sobre el cual se hicieron los correspondientes aportes.

En lo que respecta a la indemnización por despido injusto señaló que el despido estaba acreditado con el correo electrónico de fecha 25 de marzo del año 2020, por medio del cual la organización Sorrento informó que daba por terminados todos los contratos de prestación de servicios por el cierre de actividades, tratándose de una decisión unilateral del empleador siendo que las razones derivadas de la pandemia y temas económicos no configuraban una justa causa como se establecía en la ley y jurisprudencia.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las indemnizaciones moratorias reclamadas, aludió que conforme lo expuesto en la jurisprudencia estas no eran de aplicación automática y debía analizarse la buena o mala fe, encontrándose que en el asunto analizado no existían razones atendibles para que el empleador considerara que estaba en presencia de otro contrato y no procediera a pagar las

acreencias laborales (consignar cesantías, pagar las prestaciones sociales, vacaciones y efectuar aportes al SGSS).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la empresa demandada presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no estaba de acuerdo con la condena efectuada en contra de la empresa por el hecho desplegado por un tercero “Diego Fernando Vanoy”, siendo que ninguno de los directores de la compañía ejecutó alguna acción respecto de la actora tal como ella y los mismos testigos lo reconocieron, ya que era el señor Vanoy quien daba órdenes y llamados de atención a la demandante, no obstante, este no era representante legal, socio o trabajador de Sorrento sino un contratista de la empresa, además aludió que la demandante contaba con libertad para desplegar las actividades, no se ejerció poder disciplinario respecto de la misma e incluso la misma podía ausentarse por viajes como se establecía de lo indicado en su interrogatorio.

Así mismo, resaltó que en este caso debían tenerse en cuenta todas las inconsistencias advertidas tanto en el interrogatorio de parte de la demandante como en los testimonios recibidos que generaban una presunción a cerca de que no estaban diciendo la verdad, valiéndose de artificios para crear una situación fáctica falsa y poder hacer ver que

efectivamente el señor Diego Fernando Vanoy, era un representante de la sociedad.

Finalmente, en cuanto al valor probatorio de las certificaciones expedidas por el año 2017 y 2018, debía tenerse en cuenta que las certificaciones solo contemplaban un rango de tiempo, pues la de 2018 fue proferida el 20/05/2018 sin tener en cuenta los 7 meses restantes, por lo que no eran de recibo los promedios mensuales establecidos, especialmente cuando se señaló que nadie podría tener acceso a las nóminas y se adjuntó un cuadro con unos ingresos que eran mucho menores, el cual no fue objetado por la contraparte.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, el valor de la remuneración recibida y en caso afirmativo las demás prestaciones derivadas de este.

Para resolver, lo primero que debe indicarse es que el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, consagra los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo

24 del mismo ordenamiento, indica que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Así mismo, se tiene que en forma pacífica ha indicado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre que, para que opere la presunción legal antes referida, le corresponde a la parte actora probar la prestación o actividad personal, para que entonces surja a cargo del convocado a juicio demostrar con hechos contrarios a los presumidos que la relación que mantuvo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

Igualmente, debe señalarse que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que al margen de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica: Entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual.

En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de

lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

En cuanto a la prestación personal del servicio de la actora en favor de la organización Sorrento & Hoteles S.A.S., la misma se encuentra acreditada como directora comercial de sala de ventas como se desprende del contrato de prestación de servicios obrante en el expediente, el interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la demandada y los testimonios recibidos, activándose así la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T.

En esa medida, corresponde al empleador acreditar que la relación sostenida estuvo desprovista de subordinación a efectos de desvirtuar la presunción, en ese sentido se advierte que los cuestionamientos realizados por la demandada corresponden de un lado a las imprecisiones observadas en las declaraciones testimoniales y de otra que el señor Diego Fernando Vanoy (quien fue señalado por la demandante y la mayoría de los testigos como la persona que le daba órdenes a la demandante y le llamaba la atención), no era un directivo ni trabajador de la empresa.

En cuanto a las imprecisiones existentes en los testimonios con las que se pretende desvirtuar la credibilidad de los

testigos, no se observa que hayan acaecido en la forma anotada por el recurrente, pues la testigo Ana Isabel Hernández, lo que señaló era que no recordaba haber visto al señor José Luis Ruiz, dado que su cargo era el de hostess cuya función era recibir a las personas que ingresaban a la sala ventas y luego ayudar con el trámite de los documentos y contratos que se generaban en el proceso de la venta, por lo que estaba en la recepción a fuera de la sala de ventas en donde observaba muchas personas, por su parte, la señora Leslie Vanessa Medina, indicó que inicio como hostess y luego paso a liner en la sala de ventas en donde atendía los clientes y ofrecía un producto puntualizando respecto del señor José Luis que lo vio muy poco cuando este visitaba la parte administrativa

A su turno, el señor Sebastián Felipe Ruano (quien ingreso a la compañía en diciembre de 2019), señaló que el señor José Luis era el representante legal de la demandada, que lo veía 2 o 3 veces a la semana en la parte administrativa precisando que el hacía reuniones con los cerradores pero que como él (testigo) era liner no podía asistir a las mismas, aludiéndose por el señor Mario Humberto López, cuya función era cerrar negocios que al señor Ruiz, que al señor Ruiz lo vinieron a ver con la nueva razón social antes de la pandemia, todo lo cual evidencia que el contacto directo del mencionado señor con la sala de ventas era más bien poca, así como lo reconoció el mismo señor en el interrogatorio de parte rendido, pues este efectuada reuniones solo con cierta parte del personal y ello acaeció en los meses pre pandemia.

Adicionalmente, la mayoría de los testigos coincidieron en señalar que el señor Diego Fernando Vanoy, era quien proporcionaba las ordenes y les efectuaba llamados de atención, especialmente a la demandante a quien hacía responsable del cumplimiento de las metas del grupo a su cargo y cuando estas no se cumplían era cuando se efectuaban de forma soez y en ocasiones en público los llamados de atención, incluso en la declaración del señor Emanuel Romero, testimonio rendido a instancias de la demandada el mismo reconoce que el señor Diego Fernando Vanoy, era quien los capacitaba.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que los testigos fueron contestes salvo el señor Romero en señalar que la demandante debía cumplir un horario siendo que esta fue la jefe de todos ellos y era quien les daba los lineamientos para ejecutar su labor y por ello debía estar presente, coincidiendo en que el horario era de lunes a viernes de 1:30 pm a 9:30 pm y fines de semana de 9:30 pm a 7:00 pm y precisando que para tramitar permisos o vacaciones la actora debía solicitarlos al señor Diego Fernando Vanoy.

En cuanto a las calidades del aludido señor, habría que anotar que se observa que desde el libelo inicial se hizo referencia a que el señor Diego Fernando Vanoy era el jefe de la actora y a quien la misma debía acudir para tramitar permisos desde su vinculación hasta finales del año 2019, pues a partir de enero de 2020, quien detento tal posición fue el señor José Luis Rincón.

Así, verificada la contestación de la demanda, se aprecia que se indicó respecto del primero de los señores mencionados que éste en su momento lo que tuvo fue un vínculo contractual con la empresa demandada mediante un contrato de prestación de servicios, no obstante, no se allegó documento alguno que lo soportara, adicionalmente, la mayoría de testigos (Mario Humberto López, Leslie Vanessa Medina y Sebastián Felipe Ruano) son coincidentes en señalar que el señor Diego Fernando Vanoy, ostentaba una posición de autoridad en la compañía, que también les daba ordenes a ellos e incluso se presentaba como uno de los dueños de la compañía.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que el mismo representante legal en su interrogatorio de parte, mencionó que el señor Diego Fernando era un proveedor con las mismas características que la actora y efectuaba la misma función que ella, es decir, que también se trataba de un director, resaltando que éste tenía un poco más de conocimiento que la demandante y era quien se encargaba de reunirse con la parte comercial en la sala de ventas para trazar objetivos, aspecto que valorado en conjunto con lo señalado por los testigos en especial lo mencionado por el señor Emanuel Romero, quien adujo que el señor Diego F. Vanoy, era un prestador que los capacitaba en las 3 sedes Barranquilla, Cali y Bogotá evidentemente demuestra liderazgo y direccionamiento.

Nótese además que al preguntársele al representante legal en el interrogatorio rendido, si el señor Diego Fernando Vanoy, llamaba en forma pública la atención de la demandante y del grupo de vendedores, aunque contestó que no, señaló que el no tuvo mucho contacto con la actora y tampoco podía asegurar nada porque esto se desplegaba en la sala ventas, lugar en el que él no permanecía, lo que evidencia que el direccionamiento en la compañía sobre su principal actividad *-ventas de planes turísticos-* era ejercido por el aludido señor, constituyéndose en un claro representante del empleador en los términos del artículo 32 del C.S.T., por lo que los cuestionamiento realizados en cuanto a las ausencias y/o permisos por viajes autorizados por Diego Fernando Vanoy, se dieron en el marco de una relación subordinada en donde este era quien ejercía el poder subordinante.

Así las cosas, habrá de confirmarse la decisión de primera instancia en cuanto encontró probada la existencia de un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2017 y el 25 de marzo de 2020, dado que los extremos indicados no fueron objeto de cuestionamiento y no fue posible acreditar que se tratara de un servicio prestado en forma autónoma o independiente.

En lo que respecta a la remuneración recibida, se observa que el reparo del recurrente gira en torno a la interpretación probatoria que se le dio por el a quo a las certificaciones de los años 2017 y 2018, siendo que las mismas solo contemplaban un rango de tiempo lo cual no era factible

considerar cuando se trataba de remuneraciones variables, adicionalmente cuestionó los promedios considerados para los años 2019 y 2020, ya que se determinaron de lo establecido por los testigos sin considerar las cuadros aportados que contemplaban un ingreso inferior.

Para resolver este asunto, debe tenerse en cuenta que la misma actora en el interrogatorio de parte rendido, señaló que tenía un salario básico y adicionalmente se le reconocía un porcentaje sobre las ventas, por lo que para poder determinar a cuanto ascendía el mismo debía estar acreditado el porcentaje recibido, las ventas efectuadas o los valores cancelados a la actora, sin que ello sea factible establecerlo de lo expuesto en los testimonios, pues al tratarse de un factor variable sujeto a condicionamiento, ello debe quedar debidamente acreditado.

Así las cosas, se procederán a analizar los documentos allegados a efectos de establecer el salario promedio devengado por la actora, teniendo en cuenta para ello las certificaciones allegadas de los años 2017 y 2018 hasta el mes de expedición del certificado, siendo que hasta tal fecha es que dan constancia del valor recibido, asimismo, debe tenerse en cuenta que para tales efectos no es posible considerar los extractos de la cuenta de Colpatria allegados por la demandante siendo que si bien estos reflejan unos valores de pago de nómina y abono de proveedores, lo cierto es que de tales extractos no es factible establecer quien efectuó tales pagos o abonos.

Asimismo, se observa que se aportó un documento denominado certificado de retención en la fuente año gravable 2019, no obstante, al mismo no le puede dar valor probatorio pues carece de firma y por tanto de certeza en su expedición dado que tampoco se allegaron otros documentos que pudieran darle soporte. En el mismo sentido se tiene que se aportó declaración de renta de la actora del año 2018, sin embargo, de la misma no puede colegirse el valor recibido por parte de la empresa siendo que para su determinación se consideran todos los tipos de ingresos que pueda tener una persona.

No obstante, se advierte que ante requerimiento efectuado por el a quo se allegaron comprantes de egreso de los pagos efectuados a la señora Michell por concepto de comisiones, los que dado el reconocimiento efectuado serán tenidos en cuenta para determinar el salario promedio de la actora, así efectuadas las operaciones aritméticas se encontró que los salarios promedios devengados fueron los siguientes: 2017 (\$20.772.378), 2018 (\$10.660.950), 2019 (\$4.241.521) y 2020 (\$2.000.000).

En consecuencia y dado que las anteriores determinaciones impactan en los valores determinados respecto de las condenas efectuadas se procederá a efectuar su cuantificación considerando tales salarios, encontrando lo siguiente:

Tabla Liquidación Prestaciones Sociales				
Año	Cesantías	Intereses sobre cesantías	Prima de servicios	Vacaciones
2.017	\$ 17.310.315	\$ 1.731.032	\$ 17.310.315	\$ 8.655.158
2.018	\$ 10.660.950	\$ 1.279.314	\$ 10.660.950	\$ 5.330.475
2.019	\$ 4.241.521	\$ 508.983	\$ 4.241.521	\$ 2.120.761
2.020	\$ 472.222	\$ 13.380	\$ 472.222	\$ 236.111
Totales	\$ 32.685.008	\$ 3.532.708	\$ 32.685.008	\$ 16.342.504

Tabla Liquidación Crédito	
Auxilio Cesantías	\$ 32.685.008,22
Intereses Sobre las Cesantías	\$ 3.532.707,65
Prima de Servicios	\$ 32.685.008,22
Vacaciones	\$ 16.342.504,11
Total Liquidación	\$ 85.245.228,21

Sanción por no pago de intereses a las cesantías	
Ley 52 de 1975	valor adicional igual a los intereses causados
TOTAL	\$ 3.532.707,65

Indemnizacion Despido Injusto	
Último salario	\$ 2.000.000,00
Total días laborados	1105
Liquidación indemnización art. 64 C.S.T. (Literal a)	
Año y/o proporción servicios	Días de indemnización
Primer año	30
Segundo año	20
Tercer año	20
Proporción	1,39
Total días de indemnizacion	71,39
Valor indemnización	\$ 4.759.259,26

Indemnizacion moratoria por no consignacion de cesantías				
Cesatías	Periodo indemnización		Días	Valor
2017	15/02/2018	14/02/2019	360	\$ 249.268.536
2018	15/02/2019	14/02/2020	360	\$ 127.931.400
2019	15/02/2020	25/03/2020	41	\$ 5.796.745
TOTAL				\$ 382.996.681

Indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales art. 65 del C.S.T.	
Último salario	\$ 2.000.000,00
Días de indemnización	24 meses
Valor indemnización	\$ 48.000.000,00

Aportes al SGSS en Pensiones			
Periodo	Salario base cotizado	Salario real	Diferencia en salario base
202002	\$877,803.00	\$ 2.000.000,00	\$ 1.122.197,00
202001	\$8,407,805.00	\$ 2.000.000,00	NO APLICA
201912	\$8,347,465.00	\$ 4.241.521,00	NO APLICA
201911	\$7,126,417.00	\$ 4.241.521,00	NO APLICA
201910	\$9,110,325.00	\$ 4.241.521,00	NO APLICA
201909	\$8,195,635.00	\$ 4.241.521,00	NO APLICA
201908	\$8,373,358.00	\$ 4.241.521,00	NO APLICA
201907	\$7,420,756.00	\$ 4.241.521,00	NO APLICA
201906	NO REGISTRA	\$ 4.241.521,00	\$ 4.241.521,00
201905	\$7,103,628.00	\$ 4.241.521,00	NO APLICA
201904	\$7,178,665.00	\$ 4.241.521,00	NO APLICA
201903	NO REGISTRA	\$ 4.241.521,00	\$ 4.241.521,00
201902	\$828,116.00	\$ 4.241.521,00	\$ 3.413.405,00
201901	NO REGISTRA	\$ 4.241.521,00	\$ 4.241.521,00
201812	\$828,116.00	\$ 10.660.950,00	\$ 9.832.834,00
201811	\$7,151,438.00	\$ 10.660.950,00	\$ 3.509.512,00
201810	\$6,350,000.00	\$ 10.660.950,00	\$ 4.310.950,00
201809	\$781,242.00	\$ 10.660.950,00	\$ 9.879.708,00
201808	\$5,980,804.00	\$ 10.660.950,00	\$ 4.680.146,00
201807	\$6,111,924.00	\$ 10.660.950,00	\$ 4.549.026,00
201806	\$1,655,933.00	\$ 10.660.950,00	\$ 9.005.017,00
201805	\$6,111,924.00	\$ 10.660.950,00	\$ 10.049.026,00
201804	NO REGISTRA	\$ 10.660.950,00	\$ 10.660.950,00
201803	\$1,655,933.00	\$ 10.660.950,00	\$ 9.005.017,00
201802	\$1,845,957.00	\$ 10.660.950,00	\$ 8.814.993,00
201801	\$1,681,596.00	\$ 10.660.950,00	\$ 8.979.354,00
201712	\$1,681,596.00	\$ 20.772.378,00	\$ 19.090.782,00
201711	\$1,475,108.00	\$ 20.772.378,00	\$ 19.297.270,00
201710	\$1,523,733.00	\$ 20.772.378,00	\$ 19.248.645,00
201709	\$737,717.00	\$ 20.772.378,00	\$ 20.034.661,00
201708	\$1,713.866.00	\$ 20.772.378,00	\$ 19.058.512,00
201707	\$2,058,318.00	\$ 20.772.378,00	\$ 18.714.060,00
201706	\$1,096,253.00	\$ 20.772.378,00	\$ 19.676.125,00
201705	\$737,717.00	\$ 20.772.378,00	\$ 20.034.661,00
201704	\$737,717.00	\$ 20.772.378,00	\$ 20.034.661,00
201703	\$737,717.00	\$ 20.772.378,00	\$ 20.034.661,00

Por lo que se procederá a modificar la decisión considerando los valores antes mencionados, precisándose que en lo que tiene que ver con los aportes al sistema general de pensiones la diferencia en el salario sobre el cual se debió realizar la cotización durante el año 2017 es superior a 25 SMMLV, que es monto máximo de cotización por lo que habrá de tenerse en cuenta el mismo.

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el entendido que los salarios devengados por la actora fueron los siguientes: a) 2017 (\$20.772.378); b) 2018 (\$10.660.950); c) 2019 (\$4.241.521) y d) 2020 (\$2.000.000), por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el entendido que las sumas que se condena a pagar a la demandante son las siguientes: a) por cesantías de todo el tiempo laborado (\$ 32.685.008); b) por concepto de prima de

servicios (\$ 32.685.008); c) por concepto de intereses a las cesantías y su moratoria (\$ 7.065.415,30); d) por concepto de vacaciones (\$16.342.504); e) indemnización por despido (\$ 4.759.259,26); f) por concepto de indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la suma de \$382.996.681, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el entendido que el valor de la indemnización moratoria asciende a \$48.000.000, considerando para su liquidación un salario diario de \$ \$ 66.666,67 y a partir de la iniciación del mes 25 al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de crédito de libre asignación sobre las sumas objeto de condena (\$ 85.245.228,21) por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: MODIFICAR el numeral 4° de la sentencia emitida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el entendido que los valores que se deberán cancelar por concepto de las diferencias en los aportes a seguridad social fueron lo aquí determinados, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

SEXTO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA ELENA VILLARREAL
SOLER CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 015 2022 00192 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuso por la para apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de mayo de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., manifestó que todas las actuaciones de la AFP se han realizado de conformidad con la voluntad de la parte demandante y sus intereses de pertenecer al Régimen de Ahorro Individual.

Por su parte COLPENSIONES., manifestó que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar la existencia o no de algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que Porvenir S.A., no logro demostrar que la información emitida al momento del traslado fuera, clara, precisa, suficiente de conformidad como lo dispone la Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, los aportes realizados en la cuenta de ahorro individual. Sustentó sus pretensiones, en que nació el 2 de abril de 1965; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 19 de noviembre de 1984, un total de 823.1 semanas; que se trasladó el 1 de octubre de 2002 a Porvenir S.A., sin que dicho fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo el artículo 53 de la Constitución Política y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicados números 31989 y 31314 del 9 de septiembre de 2008, 33083.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no existe causal legal para que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado teniendo en cuenta que, en la afiliación realizada con la AFP, no existe vicio en el consentimiento ni causal de ineficacia. Propuso entre otras las excepciones de buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, en enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Porvenir S.A, situación que permite

concluir que no se puede tener como afiliada a la parte actora, ni recibir ningún aporte. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de mayo de 2023, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ la afiliación o traslado efectuado por la señora demandante MARTHA ELENA VILLARREAL SOLER del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el día 01 de agosto del año 2002 y como consecuencia de lo anterior ORDENAR a dicha AFP PORVENIR que traslade a la Administradora del régimen de prima media COLPENSIONES las sumas que actualmente obran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante tales como los rendimientos, los gastos de administración previsto en el literal q del artículo 13 y artículo 20 de la ley 100 de 1993, las comisiones que haya descontado, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y a dicha administradora COLPENSIONES, a que reciba dichos recursos, reactive la afiliación que en alguna época tuvo la señora demandante y los acredite como semanas efectivamente cotizadas en el régimen de prima media, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual, conforme se expuso en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada PORVENIR 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. SIN COSTAS a favor ni en contra Colpensiones.

TERCERO: DECLARAR NO DEMOSTRADAS las excepciones propuestas por las partes demandadas.

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

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que conforme a la sentencia SL 1942 de 2022 la elección debe ser libre y voluntaria precedida de una orientación clara y veraz sobre las ventajas y desventajas de un cambio de régimen. Respecto de la carga de la prueba, en sentencia SL 1688 de 2019, es la Administradora de Fondos de Pensiones la que tiene que demostrar que cumplió con el deber de información.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que, en lo referente a la falta al deber de información por parte

de la AFP, se pasó por alto que para el momento en que se realizó la afiliación la normativa aplicable era la Ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, que indicaba que la manifestación libre y voluntaria de traslado de régimen se efectuaba con la suscripción del formulario de afiliación, lo cual se dio en el presente asunto con plenitud, sin que sea dable aplicar normas que en tal momento no existían; precisó que se vulnera el derecho al debido proceso de Colpensiones quien si haber participado en el trámite de traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación vulnerando de esta manera también el principio de la relatividad jurídica, en virtud de que la Entidad es una tercero en este asunto resaltando que los actos jurídicos celebrados tienen efectos inter partes y las consecuencia solo deben repercutir sobre las partes involucradas; precisando que existe una prohibición legal de traslado de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios

que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 1 de agosto de 2002.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de mayo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

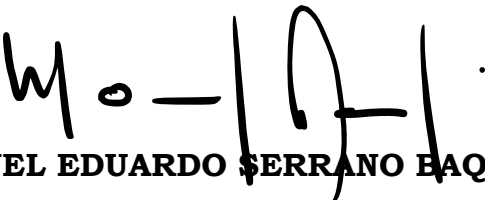
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ STELLA GARCIA PIRAQUIVE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A PENSIONES Y CESANTIAS.

RADICADO: 110013105 017 2020 00411 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A, Skandia S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de enero de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que la demandante se trasladó del RPM al RAIS de forma libre voluntaria y consciente, tal como quedó expresado en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra ajustada a los requisitos establecidos en la ley.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), encontrándose frente a un error sobre punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP, por no tratarse de un error nulidad.

SKANDIA S.A, manifestó que el deber de información también se encontraba en cabeza del demandante, quien contaba con las condiciones y capacidades suficientes de conocer las implicaciones de su decisión. Es claro que, la parte actora pudo fácilmente validar las características y condiciones del RAIS con los asesores de mi defendía, a través de los canales que conocía.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó a Porvenir S.A y posteriormente a Skandia S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil y sin descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 22 de noviembre de 1968; que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 10 de julio de 1989 hasta el 31 de enero de 1995; que se trasladó a Porvenir S.A., el 1 de febrero de 1995; que posteriormente se trasladó el 1 de septiembre a Skandia Pensiones y Cesantías S.A., sin que dichos fondos hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 21 y 97 de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 692 de 1994, el Decreto 2555 de 2010 y las sentencias de las Corte Suprema de Justicia con radicados números 31989 de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento, tal como lo contemplan el literal del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Propuso entre otras 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.

SKANDIA S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte actora no allega prueba, si quiera sumaria, de las razones de hecho que sustenten la solicitud de ineficacia de su afiliación al RAIS que aduce en su demanda. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. Propuso entre otras las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de enero de 2023, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las demandadas, según lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia

SEGUNDO: DECLARAR QUE EL TRASLADO de la señora LUZ STELLA GARCÍA PIRAQUIVE identificada con la C.C. 51.918.885, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A., fue ineficaz, y por consiguiente no produjo efectos jurídicos; lo anterior, según las razones señaladas.

TERCERO: DECLARAR que la señora GARCÍA PIRAQUIVE, se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y que COLPENSIONES, tiene la obligación legal de validar su retorno sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a la administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de la demandante, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, frutos, rendimientos e intereses que se hubiesen causado, debiendo devolver además, los gastos y comisiones de administración, junto con las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, y los valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados, y con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa entidad, tanto en el traslado inicial como en la vinculación posterior.

QUINTO: CONDENAR a SKANDIA S.A., a devolver también los gastos y comisiones de administración y los valores de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima, valores utilizados en seguros previsionales, valores que deberán ser devueltos debidamente indexados, por el tiempo en que la demandante estuvo vinculada con esa administradora de fondos de pensiones, conforme lo considerado en precedencia.

SEXTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondos que efectúen a favor de la demandante, las administradoras de fondos de pensiones PORVENIR S.A., y SKANDIA S.A., y convalidarlos en su historia laboral, pudiendo adelantar las acciones administrativas- del caso, en procura de recibir la totalidad de los valores, en aras de garantizar la sostenibilidad del sistema financiero.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a las demandadas. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación correspondiente, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una por valor de \$1'000.000 M/Cte.

OCTAVO: SE DISPONE LA CONSULTA de esta sentencia a favor de COLPENSIONES”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia que ha manifestado que las AFP deben obtener el consentimiento informado, ya que dicho procedimiento garantiza que antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio el usuario comprenda las condiciones riesgos y consecuencias de su afiliación, por lo que el formulario de afiliación resulta insuficiente para tener por demostrado que se cumplió en debida forma con ese deber de información, el cual ha sido reseñado por el legislador desde la Ley 100 de

1993 y posteriormente a través del Decreto 663 de 1993, norma por la cual se consagro el estatuto orgánico del sistema financiero colombiano.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia en lo relacionado a la indexación de los valores objeto de la condena impuestos a la AFP, en virtud de que también se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la demandante; esto en consideración a pronunciamientos del Tribunal Superior de Cundinamarca y de Cali, que han determinado que no resulta viable ordenar la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda; por otro lado, precisó que la devolución de los gastos de administración resultan improcedentes de conformidad con lo preceptuado por la Superintendencia financiera que en concepto señaló que respecto a los traslado de recursos en regímenes pensionales debe realizarse de conformidad con el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008.

El apoderado de Skandia S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, en virtud de que la decisión tomada por la actora se realizó de forma consciente, espontánea, sin presiones, con el cumplimiento de los requisitos exigidos por las normas vigentes para el momento en que se produjo el traslado de régimen, ya que antes de adoptar la decisión la actora recibió una información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del RAIS; por otro lado, señaló que a la figura de la ineficacia no se le puede dar una interpretación a favor únicamente de la parte demandante, ya que los rendimientos financieros fueron generados por la actividad de la AFP y en virtud de ello se generaron gastos de administración los cuales fueron válidamente descontados y por consecuencia no resulta procedente la devolución de dichos emolumentos.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en lo referente a la condena en costas, la cual resulta improcedente, al considerar que entidad fue un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado; precisó que el traslado solicitado por la parte demandante no podía realizarse, en virtud de que tiene una limitante de orden legal y solo puede efectuarse a través de una orden legal.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional,

cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter

*exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 29 de noviembre 1994.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 de Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulta vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 de enero de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO PORRAFAEL ANTONIO MOLANO
SANCHEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 019 2021 00470 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuso por la apoderada de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 29 de marzo de 2023.

En esta instancia la apoderada de la parte demandada la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones presentó alegato, en el que manifestó que de las pruebas aportadas al proceso no se advierte que se hubiese hecho incurrir un error falta al deber de información por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes alguna nota de protesto o anotación que permita inferir con certeza que hubo una inconformidad por parte del actor.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones, todos los valores que hubiera recibido por concepto de cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 23 de septiembre de 1960; que realizó cotizaciones para el Instituto de los Seguros Sociales, desde el 12 julio de 1985 hasta el 30 de noviembre de 1999; que se trasladó a Protección S.A., el 21 de diciembre 1999; sin que dicho fondo privado le hubiera suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 13,271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97, 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el artículo 11 el Decreto 692 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y la Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error falta al deber de informar por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento error, fuerza o dolor. Propuso entre otras las excepciones de errónea e indebida aplicación de artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas y la genérica.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto jurídico de traslado es válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier

fuerza para realizarlo, de conformidad con el formulario de afiliación. Propuso entre otras 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, genérica, inexistencia de la obligación, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de marzo de 2023, el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor RAFAEL ANTONIO MOLANO SANCHEZ, identificado con C.C. No. 19.438.431 al régimen de prima media con prestación definida administrado ppor la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PROTECCION S.A PENSIONES Y CESANTIAS, identificada con NIT 800.138.188-1, realizado el día 21 de diciembre de 1999 conforme a lo considerado en la parte motiva de decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante RAFAEL ANTONIO MOLANO SANCHEZ, identificado con C.C. No 19.438.431al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, Colpensiones, desde el 12 de julio de 1985, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCION S.A PENSIONES Y CESANTIAS, identificada con NIT 8003.138.188-1 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del señor RAFAEL ANTONIO MOLANO SANCHEZ identificado con C.C No 19.438.431, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensiones mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

QUINTO: Se condena en costas a PROTECCION, tásense por secretaria.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que conforme a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia SL 1452 de 2019, SL 1688 y 1689 de 2019, SL 5280, 5292 y 5286 de 2021 en cuanto al deber de los Fondos de Pensiones de proporcionar a los posibles afiliados una información que sea completa, teniendo en cuenta el deber de asesoría y buen consejo; respecto a la necesidad de un consentimiento informado es importante que no pueda ser desviado del simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, como lo ha dicho la Corte en fallos 88000 de 2021 y 88555 de 2021.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación, al considerar que, que el demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional conforme lo establece el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que se hubiera ejercido alguna presión o coacción, en su lugar la decisión de afiliarse al RAIS fue tomada de manera libre, espontánea y voluntaria mediante formulario de afiliación en el año 1999 a la APF Protección S.A., encontrándose el actor en una mera expectativa, resaltando que el actor realizó la solicitud de traslado ante Colpensiones cuando ya se encontraba en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 del 2003, sin que hubiera existido por parte de este alguna inconformidad.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos

preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 21 de diciembre 1999.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 29 de marzo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR HECTOR
ALFONSO AYALA CASTIBLANCO CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTIAS Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIA PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 026 2019 00830 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora María Camila Bedoya García, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.037.639.320 y tarjeta profesional No. 288.820 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido, así como, a la

doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de Colpensiones.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de Protección S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de enero de 2022 y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. En la sentencia se ordenó la ineficacia del traslado y se ordenó a Colfondos transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con los rendimientos financieros sin lugar a descontar suma alguna por concepto de administración y a Protección S.A. a transferir a Colpensiones los gastos de administración.

El recurso tiene por objeto que se revoque el numeral 3° de la decisión, es decir, lo relacionado con la condena por gastos de administración a Protección S.A.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de Colpensiones en los cuales reiteró los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad del traslado realizado al RAIS con Colfondos S.A., en consecuencia, se declarara válida y vigente su afiliación al RPM con todos los beneficios que contaba antes del traslado y se condenara a Colfondos S.A., a efectuar el traslado de los saldos, cotizaciones, sumas adicionales con sus respectivos frutos e intereses a Colpensiones sin descuentos por cuotas de administración, al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resultare ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que estuvo afiliado al RPM entre el 12 de enero de 1982 y el 1° de junio de 1994; que el 13 de mayo de 1994 firmó el formulario de afiliación con Colfondos S.A., con el que se efectuó traslado al RAIS a partir del 1° de junio de 1994; que el 1° de febrero de 1998 se traslada a la AFP ING hoy Protección S.A. y luego el 1° de diciembre de 1998, regresa nuevamente a Colfondos S.A. y que los asesores del fondo privado no le suministraron la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colfondos, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó que si se brindó a la demandante una asesoría integral, que no se aportaban elementos probatorios que permitieran demostrar que la vinculación a la AFP se efectuó bajo algún vicio del

consentimiento y la actora firmó el formulario de vinculación en el RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso, que además los actos propios de la actora lo ratificaban siendo que su vinculación al RAIS se efectuó por más de 20 años. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, prescripción de la acción para solicitar nulidad del traslado, compensación y pago.

Por su parte, **Protección S.A.**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó el hecho 9° y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó que se encontraban frente a un acto existente y valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo por lo que no procedía la ineficacia y/o nulidad del traslado siendo que el acto jurídico celebrado cumplió con todos los requisitos y producía todos los efectos jurídicos, adicionalmente indicó que la afiliación del demandante a su representada se dio de manera libre y voluntaria precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna a través de un formulario de vinculación que cumplía con todos los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe y prescripción.

A su turno, **Colpensiones**, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radicó en que no le era posible hacer un

pronunciamiento expreso ya que desconocía las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS, además, indicó que el traslado efectuado por la actora se presumía realizado en ejercicio del derecho a la libre escogencia consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993 y que la afirmación de vicio del consentimiento acaecido en el trámite del traslado debería probarse. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de enero 2022, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante HÉCTOR ALFONSO AYALA CASTIBLANCO al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de mayo de 1994, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES COLFONDOS a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la

totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN a que transfiera a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los gastos de administración descontados de la cuenta de ahorro individual del aquí demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PROTECCIÓN y COLFONDOS. A razón de un cincuenta por ciento a cargo de cada una, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000).

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha contemplado el deber de información y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado y tal presupuesto tampoco se encontró acreditado con las pruebas allegadas y practicadas.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de Protección S.A., presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no estaba de acuerdo con lo establecido en el numeral 3 de la decisión, esto era, lo relativo a la devolución de comisiones de administración, ya que estos se efectuaron como consecuencia de una disposición legal válida, exigible, aplicable y vigente no por capricho de la empresa, además aludió que se trataba de comisiones ya causadas y pagadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, asimismo, precisó que en el evento en que se condenara a su devolución a Colpensiones se debería proceder con la devolución de los rendimientos generados cuando el actor estuvo afiliado a esa AFP, los que fueron enviados a Colfondos cuando el actor se trasladó a

dicha AFP, que fueron producto de la gestión y buena administración, por lo que habría al traslado de lo solicitado pero sin los rendimientos, especialmente cuando la consecuencia de nulidad era que las cosas volvían a su estado anterior y en este caso los rendimientos solo se generaban por mandato de la ley en el RAIS.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles

las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de

régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente obran formularios de afiliación y/o certificaciones de los traslados realizados por la actora a Colfondos S.A. (13/05/1994), luego

a ING hoy Protección S.A. (25/02/1998) y finalmente a Colfondos S.A. (15/02/1999)

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, este no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto, por lo que en este caso resultaba procedente declarar la ineficacia de la afiliación del actor al RAIS.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido,

los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expreso:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la

construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 17 de enero de 2022, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

SUMARIO - DISOLUCIÓN, LIQUIDACIÓN Y CANCELACIÓN DE LA INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO SINDICAL PROMOVIDO POR COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. CONTRA SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. – SINTRAVALORES.

RADICADO: 11001 3105 030 2023 00051 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de

mayo de 2023, en donde se ordenó la disolución y liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical respectivo.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se ordene la disolución, liquidación y cancelación de la inscripción del registro sindical de la organización sindical Sintravalores, en consecuencia, se oficie al Ministerio del Trabajo – Grupo de Archivo y Registro Sindical, para que proceda a cancelar el registro sindical de Sintravalores y también a Sintravalores para que inicie los trámites propios para disolver, liquidar y cancelar la inscripción del registro sindical del sindicato.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que en la empresa existía el sindicato minoritario Sintravalores, con personería Jurídica No. 00754 de mayo 28 de 1966, Diario Oficial No. 31957 del 15 de miércoles junio de 1966, representado legalmente por Tomas Segundo Rodríguez Pinto; que el sindicato se encuentra clasificado como de primer grado y de empresa; que en los estatutos del sindicato se contempla que el mismo estará conformado únicamente por trabajadores que presten sus servicios y estén vinculados directamente con la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A.; que en verificación del área de nómina de la compañía, encargada de aplicar los descuentos de cuota sindical de las organizaciones sindicales, se evidenció que a corte del 30 de enero de 2023,

solo le fue aplicado descuento de cuota sindical a 3 trabajadores afiliados; que de acuerdo con la información suministrada solo se encuentran como afiliados activos 3 trabajadores a Sintravalores y por tanto no cumple con el número de afiliados activos para poder subsistir como una organización sindical.

II. RESPUESTA DE LA ORGANIZACIÓN SINDICAL

Sintravalores, contestó sin oponerse ni allanarse a las pretensiones, aceptó todos los hechos salvo el 12, respecto al cual indicó que no le constaba. El fundamento factico y legal de contestación se fundamentó en que se atenía a lo que resultare probado dentro del trámite del proceso, entendiendo que a la fecha solo se encontraban afiliados 3 trabajadores en donde uno de estos fungía como presidente de la organización sindical. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe y genérica.

III. DECISIÓN DEL JUZGADO

Con sentencia del 11 de mayo de 2023, el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ORDENAR la disolución y liquidación del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES DE PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. – “SINTRAVALORES”, y la correspondiente cancelación de la inscripción en el registro sindical respectivo, al configurarse la causal contemplada en el literal d) del artículo 401 del C.S.T.

SEGUNDO: COMUNICAR esta decisión al MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, Grupo de Archivo Sindical o a la dependencia competente, con la finalidad de que se sirva realizar la cancelación de la inscripción en el Registro Sindical del SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES DE

PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. – “SINTRAVALORES”, y adopten las decisiones administrativas pertinentes dentro de las actuaciones administrativas que se adelanten y en las que haga parte la mencionada organización sindical.

TERCERO: *CONDENAR en costas a la demandada SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES DE PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. – “SINTRAVALORES”. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$500.000, valor que la demandada deberá pagar a favor de la demandante.*

CUARTO: *CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a favor del trabajador.*

Como fundamento de la decisión encontró probada la existencia de la organización sindical con la certificación expedida por la coordinadora del grupo de archivo sindical del Ministerio del Trabajo del 25 de enero de 2022, acto seguido, indicó que atendiendo lo expuesto en el artículo 39 de la C.P. y 359 del C.S.T., se tenía que para constituirse un sindicato de trabajadores y para que el mismo pudiera continuar operando eran necesario que este contara con 25 afiliados, siendo el incumplimiento de este requisito una causal de disolución del mismo.

En tal sentido y dado que conforme a la certificación expedida por la empresa demandante el 1° de febrero de 2023, en donde se señalaba que la organización sindical solo tenía registrados 3 afiliados y toda vez que en la contestación de la demanda el sindicato no se opone ni se allana a las pretensiones, pero acepta que a la fecha de presentación de la demanda solo estaban afiliados 3 trabajadores incluyendo el presidente de la organización sindical, se configuraba la causal contemplada en el literal d) del artículo 401 del C.S.T., especialmente porque no se evidenciaba que la empresa desplegara actividad tendiente a coartar el ejercicio del

derecho de asociación sindical, ordenando así la disolución y liquidación del sindicato y la cancelación de la inscripción en el registro sindical respectivo.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si la organización sindical Sintravalores, incurrió en la causal de disolución, liquidación y cancelación del registro sindical prevista en el literal d) del artículo 401 del CST, y por tanto es procedente disponer su disolución.

En primer lugar, debe indicarse que si bien en este caso el demandado es un sindicato y en este caso sería discutible la procedencia de la consulta, lo cierto es que este tipo de sentencias afecta en forma directa los derechos de los trabajadores afiliados al mismo, por lo cual a juicio de esta sala se activa la garantía de la consulta, como así también lo entendió el juzgador de primera instancia.

Asimismo, debe indicarse que no existe controversia respecto a la existencia del sindicato demandado y que el mismo es un sindicato de empresa, tal y como se desprende de las certificados expedidos por el Ministerio del Trabajo y los estatutos de Sintravalores.

Para resolver, se aplicará el marco normativo contenido en las Leyes 26 y 27 de 1976 por medio de las cuales se aprobaron los Convenios 87 y 98 de la Organización

Internacional del Trabajo, Tratados que adicionalmente forman parte del bloque de constitucionalidad de conformidad con el artículo 93 constitucional.

En virtud de dicho marco normativo analizaremos la causal de disolución prevista en el literal d) del artículo 401 del CST “(...) *reducción de los afiliados a un número inferior a veinticinco (25), (...)*”, teniendo en cuenta que en desarrollo del derecho de asociación sindical consagrado en el artículo 39 de la Constitución Política, los trabajadores tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas; con las siguientes garantías: i) la legislación nacional no menoscabará ni será aplicada de suerte que menoscabe las garantías previstas por los Convenios, y ii) no estarán sometidas a disolución o suspensión por vía administrativa.

Adicionalmente atenderemos las consideraciones efectuadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-201/02, en cuanto ilustra suficientemente que el número mínimo de 25 afiliados para constituir un sindicato de base es razonable, en cuanto, en lugar de impedir el ejercicio del derecho de asociación, garantiza el cumplimiento de los objetivos de una organización sindical, entre ellos la negociación. En este pronunciamiento la Corte Constitucional dejó expresamente sentado que “(...) *de conformidad con el artículo 401 del C.S.T., en los casos en que un sindicato se vea reducido a un número inferior a 25 afiliados, está incurso en una causal de disolución, pero ésta no opera ipso jure, pues la*

declaratoria de disolución, liquidación y cancelación de la personería jurídica de un sindicato sólo puede hacerse mediante declaración judicial, tal como lo prevé el artículo 39 superior, en concordancia con el artículo 4 del Convenio No. 87 de la O.I.T. (...)”.

En aplicación de lo expuesto, encontramos que la empresa demandante señaló que la organización sindical Sintravalores solo contaba con 3 trabajadores afiliados, allegando en soporte certificación expedida por el jefe de nómina de Prosegur, de fecha 1° de febrero de 2023, que establece que el sindicato en comentario “(...) a la fecha REGISTRA UNICAMENTE 3 AFILIADOS, a los cuales se les está aplicando el descuento de cuota sindical.”

Ahora y si bien, también se allegó por la empresa certificación expedida por la Coordinadora del Archivo Sindical del Ministerio del Trabajo, expedida el 25 de enero de 2022, que da cuenta que la ultima junta directiva nacional fue depositada el 29 de abril de 2021, evidenciando los 5 miembros principales y 5 miembros suplentes de la junta directiva, así como, se aportó el acta de asamblea nacional ordinaria de delegados del 15 y 16 de octubre de 2022, en la que se registra la asistencia de 18 afiliados (sin firma de los mismos), lo cierto es que al contestar la demanda, el sindicato accionado no se opuso a las pretensiones y señaló que a la fecha solo se encontraban 3 afiliados y uno de ellos fungía como presidente del sindicato.

Lo anterior permite concluir, que el objetivo de la sociedad demandante no fue menoscabar el derecho de asociación de sus trabajadores, pues el propósito de éste a la luz de lo establecido en la Constitución Política y de nuestro estatuto Laboral, no es el de proteger el interés individual del trabajador, sino el de amparar el derecho fundamental en mención; y en el presente asunto quedó demostrado que se trató de una disminución en los afiliados que se presentó de forma natural al punto que sobre el particular nada se mencionó por el sindicato en su contestación, razones que resultan suficientes para confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 11 de mayo de 2023, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE OSCAR PARRA NEUTA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 032 2020 00323 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir S.A, Colfondos S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de mayo de 2023.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que la afiliación de la parte actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación suscrito con la AFP, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento medio probatorio de la libertad y prueba del consentimiento informado del demandante al momento de realizar su afiliación.

COLPENSIONES., manifestó que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo que permitan declarar la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante ante la AFP Porvenir S.A, en el año 1994, en tanto obra como soporte de la afiliación las cotizaciones efectuadas de manera libre, voluntaria y espontánea, por lo dicha afiliación resulta eficaz y produce pleno efecto jurídico entre las partes.

La apoderada de la parte demandante, solicitó se confirme la sentencia de instancia, al considerar que los fondos privados de pensiones no desvirtuaron haber cumplido con el deber de carácter profesional de asesoría e información y buen consejo que les asistida desde antes de la expedición del Decreto 2071 de 2015.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP Colfondos S.A., trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas.

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 4 de mayo de 1964, que cotizó al Régimen de Prima Media desde abril de 1986 hasta diciembre de del año 1996; que el 14 de enero de 1997 se afilió al régimen de Ahorro Individual, sin que se le hubiera brindado la información cierta, suficiente, comprensible y oportuna para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 13,48,53 de la Constitución Política, los artículos 14, 20 y 21 del Código Sustantivo del Trabajo, la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, la Circular Externa 01 de 2004 de la Superintendencia Financiera, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalado en la Ley 797 de 2003, haciéndose imposible tener al accionante como afiliado del RPM. Propuso entre otras las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad sui generis, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen lo efectuó con Porvenir SA, por otro lado, refirió que respecto al traslado horizontal brindo al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

PORVENIR S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado del RPM al RAIS y los traslados horizontales son completamente válidos, en virtud de que no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia de la afiliación. Propuso entre otras 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.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de mayo de 2023, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por el demandante JOSÉ OSCAR PARRA NEUTA a través de PORVENIR S.A., de fecha 11 de octubre de 1994, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE estuvo afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos.

CUARTO.- CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el DEMANDANTE ha estado afiliado a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por COLFONDOS S.A. con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer debidamente discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, Ingreso Base de Cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

QUINTO.- ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir al demandante JOSÉ OSCAR PARRA NEUTA como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz.

SEXTO.- CONDENAR en costas a la vinculada PORVENIR S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.

SÉPTIMO.- En caso de no ser apelada la presente decisión, y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado desde el año 2008, con sentencia 31989 que existe un deber de información en cabeza de las Administradoras de Fondos de Pensiones cuando no se ha demostrado la suficiente información al afiliado o el consentimiento informado procede la declaratoria de ineficacia exigiendo que la carga de la prueba de esa información brindada al afiliado está en cabeza de los fondos de pensiones quienes deben acreditar que informaron de manera clara y veraz sobre las ventajas y desventajas a los posibles afiliados y todas

aquellas situaciones que tuvieran incidencia sobre el derecho fundamental a la pensión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colfondos S.A., interpuso recurso de apelación respecto de la condena impuesta de trasladar al RPM gastos y comisiones de administración junto con la orden de indexación, al considerar que dichas sumas que se descuentan de forma periódica de la cuenta de ahorro individual se realiza por disposición legal y de buena fe, para contratar póliza de seguro previsional para riesgos de invalidez y sobrevivencia; señaló que la declaratoria de ineficacia no implica que no existió dicho contrato, en consecuencia tal condena es contraria a derecho, ya que debería estar vinculada la aseguradora previsional; por otro lado, indicó que el descuento de gastos de administración se descuentan tanto en el RPM como en el RAIS, por lo que se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, resaltando que dichos emolumentos no financian la pensión de vejez, sin que sea tampoco sea procedente que las sumas sean reconocidas de manera indexada ya que no existe disposición alguna al respecto.

El apoderado de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación frente a la sentencia proferida en primera instancia en su totalidad, al considerar que, si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por el máximo órgano de cierre, el mismo no debe ser aplicado de una manera homogénea, es decir que debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso; situación que señaló que el presente asunto no se da, en virtud de que el demandante realizó su traslado de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normatividad vigente para el año 1994 y 1997, sin que exista situaciones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico; por otro lado, indicó que respecto a la devolución de los gastos de administración, comisiones, sumas de seguros previsionales, no resulta procedente dicha condena, toda vez que tales emolumentos fueron debidamente descontados de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, resaltando además que no se encuentran en poder de la AFP desde hace más de 20 años; refirió que respectó a la indexación se está incurriendo en una doble condena por el mismo

concepto, ya que también se ordena el traslado de los rendimientos esto de conformidad con sentencias del Tribunal Superior de Cali y Cundinamarca; solicitó la absolución de la condena de costas, en virtud de que Porvenir siempre actuó de forma diligente, así como también, que para el 1994 la entidad no podía rechazar la voluntad del demandante de trasladarse de régimen.

La apoderada de Colpensiones interpuso recurso de apelación y solicitó revocar la sentencia de instancia, al considerar que debe tenerse en cuenta el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que limitó el traslado de régimen cuando le faltare al afiliado 10 años o menos para adquirir su edad de pensión, esto en cumplimiento del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, por lo que es claro que el demandante no es beneficiario del régimen de transición para que proceda el traslado en cualquier tiempo, tal y como lo señala la Corte Constitucional en sentencias como C-789 de 2002 C1024 de 2004 y SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013; en consecuencia, en el presente asunto el accionante se encuentra inmerso en la prohibición legales; por otro lado, señaló que debe tenerse en cuenta el principio de relatividad jurídica, en virtud de que Colpensiones es un tercero de buena fe en el acto jurídico celebrado entre el demandante y las APF demandadas, por lo que dicho acto tiene efectos inter-partes, por lo que la Entidad no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la decisión adoptada.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos

preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Porvenir S.A., el 11 de octubre 1994.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

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

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por Porvenir en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 de Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulta vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de mayo de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS ALBERTO
ARROYAVE HURTADO CONTRA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 033 2019 00721 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés
(2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el demandante en el escrito
obstante en el expediente se reconoce a la doctora Ingrid Camila
Goenaga Zamora, identificada con la cédula de ciudadanía No.
1.233.691.948 y tarjeta profesional No. 365.888 del Consejo

Superior de la Judicatura como apoderada del demandante en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte actora contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de junio de 2022, en donde se absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas por el demandante y revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta.

En esta instancia se recibieron alegatos por los apoderados de las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara ineficacia del traslado de régimen que realizó al RAIS con Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordenara a la referida empresa a devolver a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados, rendimientos financieros, actualización de la historia laboral y del bono pensional, también solicitó que se condenara a Colpensiones al pago de la pensión de vejez junto con el retroactivo generado por las diferencias en las mesadas pensionales, a los intereses moratorios, a las sumas debidamente actualizadas y al cruce

de las cuentas entre el RPM y el RAIS, desde el momento en que se le efectuó el reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, finalmente, solicitó el pago de costas y agencias en derecho y lo que resultare probado ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que cotizó al Sistema General de Pensiones desde el 1° de enero de 1973 al 30 de junio de 2016; que se traslado del RPM al RAIS administrado por Provenir S.A., el 5 de abril del año 2000, sin que los asesores de éste fondo le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional; que al momento de solicitar el reconocimiento de su pensión no le fue informado que aun podía retornar al RPM y tampoco le fue realizada una proyección de su mesada pensional en el RPM.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que dentro del expediente no obraba prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir o hubiese incurrido en algún vicio del consentimiento, ni se evidenciaba que se hubiese presentado inconformidad alguna, adicionalmente, se destacó que en este caso el actor no cumplía con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, por lo que no procedía el traslado de régimen pensional conforme de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorado ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, del funcionamiento del RAIS y en especial de sus condiciones pensionales individuales, tal y como se desprendía del formulario de vinculación, por lo que no era procedente decretarse la ineficacia referida en el artículo 271 de la ley 100 de 1993, asimismo, precisó que no era procedente solicitar la declaración de la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidenciaba causa y objetos ilícitos y en todo caso, el demandante ya no tenía la calidad de afiliado al sistema general de pensiones, sino de pensionado desde el año 2016 bajo el RAIS administrado por PORVENIR S.A.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, pago y compensación y excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de junio de 2022, el Juzgado Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor LUIS ALBERTO ARROYAVE HURTADO, en el presente proceso conforme quedó indicado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media y de la obligación, pago y compensación propuestas por las demandadas en sus contestaciones y el Despacho se declara relevado del estudio de los demás medios exceptivos.

TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la parte actora, tásense las agencias en la suma de trescientos mil pesos (\$300.000).

CUARTO: Por ser totalmente desfavorable la presente decisión a la parta actora y si esta no es apelada se dispone CONSULTARLA ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 C.P.L.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que atendiendo el criterio expuesto por el Tribunal de cierre, era un deber de las administradoras brindar información clara, completa y suficiente sobre las características, diferencias, condiciones y consecuencias que acarreaba el traslado, sin embargo, como el mismo no se acreditó por Porvenir S.A., ello en principio conduciría a la declaratoria ineficacia del traslado, sin embargo, no podía pasarse por alto que el demandante había sido pensionado por Porvenir S.A., conforme se acreditaba con las documentales allegadas y el reconocimiento realizado por el mismo demandante en el interrogatorio rendido hecho que conforme a la jurisprudencia vigente sobre la materia -sentencia SL373-2021-, resultaba improcedente.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que su inconformidad se presentaba respecto de la condena en costas impuesta, siendo que su prohijado era la parte vencida dentro del proceso, lo que se debió a un cambio de jurisprudencial efectuando con la sentencia SL373- 2021, solicitando tener en cuenta que en este asunto el proceso fue radicado desde el 23 de octubre de 2019, fecha para la que no existía dicho precedente, por lo que debía revocarse la decisión en cuanto a la condena en costas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al régimen de prima media administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para resolver, lo primero que debe tenerse en cuenta es que no existe controversia en que al demandante señor Luis Alberto Arroyave Hurtado, le fue reconocida pensión anticipada de

vejez por Porvenir S.A., a partir del mes de noviembre del año 2016, en cuantía inicial de \$1.587.150, según da cuenta la comunicación obrante a folio 45 y ss. del archivo 01 del expediente digital y lo expuesto por el demandante en el interrogatorio rendido, con lo que no queda duda del estatus de pensionado que posee el demandante.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que si bien la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional, no puede pasarse por alto que la Sala de Casación Laboral en pronunciamiento del 10 febrero de 2021, estableció que la situación de los pensionados constituía un estatus jurídico consolidado que no se podía revertir e impedía la ineficacia del traslado, abandonando así 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 demandaba era un pensionado

Al respecto, resulta pertinente traer a colación apartes de la Sentencia mencionada, correspondiente a la SL-373 de 2021 con radicación No. 84475, que sobre el particular señaló:

“(…)

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que revertir esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de revertir el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

(...)

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

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.

(...)”

De conformidad con lo dispuesto en jurisprudencia citada resulta acertado resumir lo siguiente: i) que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; ii) que invalidar el estado de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y en especial tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones y iii) si un pensionado considera que la

administradora incumplió su deber de información y con ello sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, podrá demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

Así las cosas, acoge este fallador el criterio expuesto por el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral al considerar que las razones otorgadas en la jurisprudencia avalan la seguridad jurídica de situaciones consolidadas a la luz del ordenamiento y en esa medida como el demandante, poseía el estatus de pensionado, se procederá a confirmar la sentencia expedida por el a quo, en cuanto la misma se ajusta al precedente vigente establecido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

En lo que tiene que ver con las costas, conviene recordar que en forma reiterada tanto nuestro Tribunal de cierre como la Corte Constitucional, han señalado que la jurisprudencia rige con efectos inmediatos y en este sentido vincula a los operadores judiciales para que la tengan en cuenta en sus decisiones, en esa medida y dado que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, procede dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, resulta procedente la condena efectuada en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

**Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la
República y por autoridad de la Ley,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado
Primero Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., de
fecha 13 de junio de 2022, de conformidad con las razones
expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JORGE NELSON
GUZMÁN PARRA CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 035 2021 00023 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por el memorialista y el demandante en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la doctora Diana Margarita Hernández Acevedo, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.010.211.855 y tarjeta profesional No. 284.167 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada del demandante señor Jorge Nelson Guzmán Parra en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

Igualmente, atendiendo la sustitución allegada, se reconoce a la doctora Karen Silvana Mendivelso Cuellar, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.010.201.041 y tarjeta profesional No. 267.784 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada del demandante señor Jorge Nelson Guzmán Parra en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de febrero de 2022. La sentencia absolvió a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el actor y declaro probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración al pago de intereses moratorios o indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y pago.

El recurso de apelación tiene por objeto la revocatoria de la decisión y que en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda.

En esta instancia se allegaron alegatos por las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se reliquidara su mesada pensional conforme a la Ley 100 de 1993¹ teniendo en cuenta las cotizaciones realizadas hasta el año 2019, en consecuencia se le pague el retroactivo a que hubiere lugar desde la fecha en que Colpensiones le reconoció el estatus pensional (1 de diciembre de 2014), los intereses moratorios y subsidiariamente a la indexación de las sumas; finalmente reclama el pago de lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que nació el 17 de agosto de 1957; que mediante resolución No. GNR 408901 del 24 de noviembre de 2014, Colpensiones le reconoció pensión de vejez, a partir del 1° de diciembre de 2014, en cuantía inicial de \$2.148.788; que mediante Resolución No. GNR 324709 del 31 de octubre de 2016, se ordenó la inclusión en nómina de pensionados y se le reconoció la pensión a partir del 1° de diciembre de 2016; no obstante se mantuvo en suspenso el ingreso a nómina bajo el argumento que no se había acreditado la separación del servicio (sin considerar que el banco popular desde 1996 tiene carácter privado); que mediante Resolución No. SUB 65895 del 6 de marzo de 2020 se levantó la suspensión de ingreso a nómina y se activó lo resuelto en la resolución de 2014; que ante tal decisión presentó recurso de reposición y en subsidio

¹ Por la pérdida de ejecutoria del acto administrativo que le reconoció la pensión.

de apelación, solicitando tener en cuenta para la fijación del valor de la mesada pensional las cotizaciones realizadas con base en los IBL del año 2009 a 2019 y se reliquidara la mesada pensional incluyendo las cotizaciones posteriores a la fecha en que se reconoció la prestación (año 2014); manifiesta que los recursos fueron resueltos mediante Resoluciones SUB 160573 del 27 de julio de 2020 y DPE 10657 del 5 de agosto de 2020, en las que se confirmó la decisión aunque se reconoció un retroactivo pensional causado desde el **1° de diciembre de 2014 al 31 de agosto de 2019**.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que al momento de determinar la prestación del actor, se definió que el demandante era beneficiario del régimen de transición y le era aplicable la **Ley 33 de 1985**, la cual se aplicó integralmente, por lo cual lo consagrado en la resolución GNR 408901 de 24 de noviembre de 2014 mediante la cual se reconoció pensión de vejez, se encontraba ajustada a derecho.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración al pago de intereses moratorios o indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia

al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, pago e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 29 de julio de 2021., el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: *ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.*

SEGUNDO: *DECLARAR probadas las excepciones propuestas por la parte demandada denominadas inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración al pago de intereses moratorios o indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y pago.*

TERCERO: *CONDENAR en COSTAS a la parte demandante, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de DOS MILLONES DE PESOS \$2.000.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas. Tásense por secretaria.*

Como fundamento de la decisión, el juzgado encontró probado que el demandante fue trabajador del Banco Popular desde el **25 de junio de 1975** al **1° de julio del año 2019** y que Colpensiones para el reconocimiento pensional tuvo en cuenta el régimen de transición y aplicó la ley 33 de 1985 (20 años de servicio – 55 años de edad – 75% IBL), precisando que para el momento en que se presentó el cambio de naturaleza jurídica del banco popular y se privatizó (**21 de noviembre de 1996**), el actor ya contaba con **20 años de servicio** como servidor público y por eso resultó ser beneficiario de la aludida ley.

Acto seguido, mencionó el juez que como lo pretendido era que se reliquidara su pensión de servidor público teniendo en cuenta tiempos privados (**cuando lo realmente solicitado es que se incluyan las cotizaciones realizadas hasta el 2019**), determinó que tal situación no era viable, por cuanto afectaba el principio de inescindibilidad de la ley, siendo que conforme a la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L., no era posible que para efectos de la edad se beneficiara de la ley 33 de 1985 y para el monto el del reglamento del ISS (sentencia Rad. # 41968 del 30 de septiembre de 2011); así concluyó que debía despachar desfavorablemente las pretensiones del demandante como quiera que no era posible jurídicamente mezclar legislaciones para beneficiarlo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión a efectos de obtener la revocatoria de la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que atendiendo los pronunciamientos recientes del órgano de cierre, para la determinación del IBL podían tenerse en cuenta los tiempos cotizados por un empleador privado, siendo que el carácter público de los servicios prestados no estaba discutido (**pues fueron más de 20 años al servicio del Banco Popular cuando era una entidad de derecho público**) sin que puedan desaparecer con motivo del cambio de naturaleza de la entidad al ser privatizada en 1996 o por el hecho de que el trabajador efectuó cotizaciones al ISS hoy

Colpensiones, pues tales hechos no alteraban situaciones consolidadas cómo era el cumplimiento de la densidad o tiempo exigido en la ley 33 de 1985 para acceder a una pensión de jubilación; de igual manera, señaló que en su momento se determinó por la Corte que se debían tener en cuenta el promedio de cotizaciones de los últimos 10 años.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente la reliquidación de la pensión del demandante teniendo en cuenta hasta su última cotización y con base en el IBL de los últimos diez años anteriores a esta.

No existe controversia en que el **11 de septiembre de 2012**, el actor presentó ante Colpensiones reclamación de la pensión de vejez y que mediante Resolución No. GNR 344392 del 6 de diciembre de 2013 (fl. 21 y ss. archivo digital 01) se ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez al demandante **a partir del 1° de diciembre de 2013**, fijando una mesada inicial de **\$4.552.524**; no obstante, su ingreso a nómina **quedó en suspenso** hasta que se allegara acto administrativo que contemplara la aceptación de la renuncia **(requisito que no era necesario dado que el Banco Popular era privado desde 1996)**.

Posteriormente, **el 19 de mayo de 2014**, el señor Jorge Nelson Guzmán solicitó su activación en la nómina de

pensionados adjuntando a dicha petición comunicación expedida por el Gerente del Banco Popular de fecha 22 de abril de 2014, **en la que se indicó que la naturaleza jurídica del Banco Popular dejó de ser publica a partir del 21 de noviembre de 1996**, aspecto que generó un nuevo estudio de la prestación, expidiéndose la Resolución No. **GNR 408901** del 24 de noviembre de 2014 (fl. fl. 31 y ss. archivo digital 01), en la que se ordenó **el reconocimiento de la prestación de vejez a partir del 1° de diciembre de 2014²**, en cuantía de **\$2.148.788**, conforme a la **Ley 33 de 1985**, bajo el régimen de transición. **(modificación unilateral realizada por Colpensiones en la que se bajo el valor de la mesada pensional sin consentimiento del actor y cuyo valor se fijó con los IBL correspondientes a los diez años anteriores al mes de agosto de 1996).**

Tampoco se encuentra en discusión que mediante Resolución No. **GNR 324709** del 31 de octubre de 2016 (fl. 36 archivo digital 01), se resolvió recurso de reposición, en el que se confirmó la **Resolución GNR 408901**, por cuanto si bien en esta se obtuvo una mesada inferior a la ya reconocida, tal acto administrativo si tuvo en cuenta el cambio de la naturaleza jurídica del Banco Popular y se aceptó el desistimiento del recurso de apelación presentado. Subsiguientemente, se presentó nueva reclamación por el demandante el **22 de agosto de 2017**, la cual se resolvió en Resolución No. **SUB 65895 del 6 de marzo de 2020** (fl. 46 y ss. archivo digital 01), en la que se puntualizó que la

² Por cuanto el trabajador continuaba activo con el Banco Popular para el mes de septiembre de 2014.

prestación había sido reconocida desde el 1° de noviembre de 2016 y suspendida por no cobro de mesadas desde mayo de 2017, no obstante, se adujo que **se levantaría la suspensión de la misma a partir del 1° de septiembre de 2019, dada la novedad de retiro efectuada para el ciclo de agosto de 2019, reconociendo así la mesada en cuantía de \$2.701.089 con ingreso a nómina en el periodo 202003 pagadera en el 202004.**

Finalmente, se tiene que mediante **Resolución No. SUB160573 del 27 de julio de 2020** (fl. 61 y ss. archivo digital 01), se resolvió el recurso de reposición interpuesto por el demandante, se reiteró **que la liquidación de la prestación se efectuó considerando los tiempos públicos dado el régimen de transición aplicable y atendiendo lo preceptuado en la ley 33 de 1985, precisando que en razón al cambio de naturaleza jurídica del Banco Popular, el IBL era el resultado del promedio de lo cotizado desde el año 1996 hacia atrás respetando lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no se podía liquidar la prestación conforme al promedio de los últimos 10 años de cotización, igualmente, indicó que como la prestación no podía ser mantenida en suspenso dada la naturaleza del empleador y dado que ya se había suministrado la novedad de retiro,** procedió a ordenar el reconocimiento de la prestación a partir del **1° de diciembre de 2014**, en cuantía inicial de **\$2.148.788**, sin que hubiese operado la prescripción, al haberse presentado interrupción a la misma con la emisión de los actos administrativos, así se

ordenó un pago total por concepto de retroactivo por la suma de \$133.482.618.

Precisado lo anterior, se procederá a analizar la normatividad bajo la cual se efectuó el reconocimiento pensional del actor, a efectos de determinar si procede o no la reliquidación solicitada con el IBL de los últimos diez años de cotizaciones.

Sobre el particular resulta pertinente recordar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, contempló el régimen de transición, señalando en lo pertinente lo siguiente *“La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley.”*

Con posterioridad, el acto legislativo 01 de 2005, estableció que *“(…) Los requisitos y beneficios pensionales para todas las personas, incluidos los de pensión de vejez por actividades de alto riesgo, serán los establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones”,* determinándose en el párrafo transitorio No. 4, que el régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993, no podría extenderse más allá del 31 de

julio de 2010, salvo para los que estando en dicho régimen tuvieran 750 semanas cotizadas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del acto legislativo, esto es, al 22 de julio de 2005, a quienes se les mantendría el régimen hasta el **31 de diciembre de 2014**.

Precisado lo anterior y dado que el demandante nació el 17 de agosto de 1957, se tiene que si bien contaba solo con 36 años para la entrada en vigencia del sistema general de seguridad social (1° de abril de 1994), acreditaba más de 15 años de servicios pues empezó a prestar los mismos al Banco Popular desde el **25 de junio de 1975**, de suerte que en principio sería beneficiario del régimen de transición; sin embargo, como el mismo cumpliría los 55 años de edad hasta el 17 de agosto de 2012 (edad exigida en la normatividad anterior - Ley 33 de 1985), es necesario establecer si para esa data el actor aún conservaba el derecho al régimen de transición.

Con tal objeto se verifico si el demandante contaba con **750 semanas** cotizadas o su equivalente en tiempo de servicio para el **22 de julio de 2005**, pues tal presupuesto le daba derecho a conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, según se extrae de las normas citadas en precedencia; encontrándose debidamente acreditado este requisito pues el actor contaba con más de **29 años de servicio, los cuales le permitían conservar el régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014** y dado que el señor Jorge Nelson Guzmán, cumplió los 55 años de edad el 17 de agosto de 2012, **se tiene cumplido el presupuesto**

para que la pensión le fuera reconocida con la aplicación de la Ley 33 de 1985.

El artículo 1° de la Ley 33 de 1985, establece lo siguiente:

***“ARTÍCULO 1°.-** El empleado oficial que sirva o haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio. Ver Artículo 45 Decreto Nacional 1045 de 1978*

No quedan sujetos a esta regla general los empleados oficiales que trabajan en actividades que por su naturaleza justifiquen la excepción que la Ley haya determinado expresamente, ni aquellos que por ley disfruten de un régimen especial de pensiones.

En todo caso, a partir de la fecha de vigencia de esta Ley, ningún empleado oficial, podrá ser obligado, sin su consentimiento expreso y escrito, a jubilarse antes de la edad de sesenta años (60), salvo las excepciones que, por vía general, establezca el Gobierno. Modifica el Artículo 25 Decreto Nacional 2400 de 1968 Decreto Nacional 1950 de 1973 Artículo 86 Decreto Nacional 1848 de 1969

(Ver Sentencia 2014-00390 de 2020 Consejo de Estado)

PARÁGRAFO 1°. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley.

PARÁGRAFO 2°. Para los empleados oficiales que a la fecha de la presente Ley hayan cumplido quince (15) años continuos o discontinuos de servicio, continuarán aplicándose las disposiciones sobre edad de jubilación que regían con anterioridad a la presente Ley.

Quienes con veinte (20) años de labor continua o discontinua como empleados oficiales, actualmente se hallen retirados del servicio, tendrán derecho cuando cumplan los cincuenta (50) años de edad, si son mujeres, o cincuenta y cinco (55), si son varones, a una pensión de jubilación que se reconocerá y pagará de acuerdo con las disposiciones que regían en el momento de su retiro. Ver Artículo 7 y ss. Ley 71 de 1988

PARÁGRAFO 3°. En todo caso, los empleados oficiales que a la vigencia de esta Ley, hayan cumplido los requisitos para obtener pensión de jubilación, se continuarán rigiendo por las normas anteriores a esta Ley.”

Conforme a la norma citada, se tiene que el actor tendría derecho a la pensión cuando hubiese acreditado 20 años de

servicios y 55 de años de edad (requisitos que se cumplieron el **17 de agosto de 2012**), correspondiéndole una tasa de reemplazo del 75%; sin que para disfrutar de la pensión tuviera que retirarse del servicio dada la naturaleza privada del Banco Popular desde el año de 1996, como equivocadamente lo exigió Colpensiones en su momento, lo que impidió que el demandante disfrutara de su pensión desde al año 2012 cuando cumplió los 55 años y que de manera simultánea conservara su puesto de trabajo y su salario en el Banco mencionado.

En esa medida está claro que el demandante **no pretende un cambio de régimen legal pensional**, sino que se determine que su **IBL debe fijarse con los últimos diez años de cotización, que se prolongaron hasta el año 2019 (por cuenta de la equivocada exigencia de Colpensiones)**, pretensión que se ajusta a la ley ya que no tiene nada que ver con una sumatoria de tiempos públicos y privados para obtener un cambio de régimen legal de la pensión, sino de conformidad con la ley 100 de 1993, como de manera pacífica lo ha sostenido la jurisprudencia para los beneficiarios de régimen de transición, enunciando que conservan los requisitos en cuanto a edad, tiempo de servicio o cotizaciones y monto de la pensión, entendido este último como la tasa de reemplazo pero sobre el IBL determinado por los artículos 36 o el 21 de la Ley 100 de 1993, según se trate de trabajadores a los que les falten menos de diez años o más de diez respectivamente.

Así lo entiende la Sala de Casación Laboral que en un caso con similares supuestos facticos, contenidos en la sentencia SL3206-2022, estableció lo siguiente:

“(…)

Así, le corresponde a la Sala definir si el IBL de los beneficiarios del régimen de transición, cuyo régimen pensional anterior es el previsto en el artículo 1.º de la Ley 33 de 1985, puede integrarse con cotizaciones efectuadas en el sector privado como trabajador independiente.

(…)

*Ha dicho la Sala que el legislador goza de una amplia libertad de configuración normativa para proteger las expectativas legítimas de los ciudadanos, al punto que puede decidir qué dimensiones del régimen anterior desea conservar y cuáles someter al gobierno de la nueva ley (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33343). Tal es el caso de los beneficiarios del régimen de transición, **a quienes el legislador mantuvo tres puntuales aspectos de la ley anterior -edad, tiempo de servicios o número de semanas y monto-, delegando todo lo demás a lo que al efecto dispusiera la Ley 100 de 1993, lo que incluye la forma de determinar el IBL.***

Con base en lo anterior, esta Sala ha señalado que el IBL de los beneficiarios del régimen de transición se integra como lo establece la Ley 100 de 1993. Así, ha dicho que, si al afiliado le hacían falta menos de 10 años para estructurar la pensión, su IBL se establece conforme el inciso 3.º del artículo 36 de la citada ley, y si le hacía falta un tiempo igual o superior a los 10 años para causar la pensión, el IBL se determina conforme al artículo 21 de la misma ley (CSJ SL, 17 oct. 2008, rad. 33343, reiterada en CSJ SL, 24 feb. 2009, rad. 31711, CSJ SL15602-2014, CSJ SL6476-2015, CSJ SL12998-2015, CSJ SL8563-2016, CSJ SL9808-2016, CSJ SL2510-2017, CSJ SL4093-2017, CSJ SL13184-2017 y CSJ SL2954-2021).

Ahora, ya sea de la forma en que lo establece el artículo 36 o 21 de la Ley 100 de 1993, lo cierto es que ambos preceptos permiten determinar el IBL con todas las cotizaciones realizadas por el afiliado, sea en el sector público o privado. En efecto, las mencionadas disposiciones no establecen distinciones al respecto, por el contrario, habilitan la suma de todas las cotizaciones, lo cual responde a la finalidad del sistema de superar la segmentación que existía en la forma de liquidar las prestaciones:

(…)

Desde este punto de vista, el recurrente tiene razón al afirmar que el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el cual le resulta aplicable por faltarle más de 10 años para adquirir el derecho pensional, no establece distinciones o exclusiones fundadas en el origen público o privado de las cotizaciones. Todas las cotizaciones son válidas a efectos de liquidar las prestaciones que otorga el sistema.

Por otra parte, no tiene lógica que, para otros beneficiarios del régimen anterior, por ejemplo, aquellos cuyo régimen anterior sea la Ley 71 de 1988, el IBL se integre conforme a la Ley 100 de 1993, esto es, incluyendo tiempos públicos y privados, pero para los titulares de la pensión de jubilación de la

Ley 33 de 1985, se introduzcan matizaciones o distinciones no consentidas por la norma. La ley es general e igual para todos y no caben exclusiones no autorizadas expresamente por el precepto normativo.

Asimismo, le asiste razón al recurrente al criticar al Tribunal por haber sustentado su fallo en un precedente que resolvió un problema jurídico distinto. En efecto, en la sentencia CSJ SL16081-2015, reiterada en la decisión CSJ SL4838-2018 y CSJ SL1014-2020, la Sala se interrogó si era posible en el marco de la pensión de jubilación de la Ley 33 de 1985, aplicable a un beneficiario del régimen de transición, adicionar tiempos de servicios prestados en el sector privado, a lo cual la Corte dio una respuesta negativa:

(...)

*Como se puede advertir, **el problema jurídico recayó sobre la variable «tiempo de servicios»**, el cual como ya se dijo, debe determinarse conforme al régimen anterior. Por ello, es acorde con el régimen anterior de la Ley 33 de 1985, considerar que el tiempo de servicios debe ser oficial, ya que así lo señala su artículo 1.º al establecer que la prestación se causa por tiempos servidos por 20 años en calidad de «empleado oficial», categoría que hoy equivale a la de servidor público. **En otras palabras, el «tiempo de servicios» previsto en la Ley 33 de 1985 es calificado**, en atención a que su origen debe corresponder a labores desempeñadas en calidad de servidor público y no a tiempos servidos en calidad de trabajador particular.*

Pero eso es bien distinto a lo relacionado con la variable «IBL», que está gobernada totalmente por las disposiciones de la Ley 100 de 1993, razón por la cual el precedente que empleó el Tribunal no es apropiado para resolver el punto en controversia.

(...)"

De conformidad con el precedente citado se tiene que tratándose del IBL de los beneficiarios del régimen de transición, cuyo régimen pensional anterior es el previsto en el artículo 1º de la Ley 33 de 1985, nuestro órgano de cierre ya tiene decantado que este puede integrarse con cotizaciones efectuadas en el sector privado; con mayor razón si tales cotizaciones se efectuaron, como en el presente asunto, por la equivocada posición de Colpensiones de negar el disfrute de la pensión hasta tanto se acreditara el retiro del servicio del actor.

La situación fáctica en el presente caso, es distinta a la planteada en la SL3484-2022, en la que un pensionado por ley 33 de 1985, pretende a partir de la jurisprudencia sobre

sumatoria de tiempos públicos y privados, **se le cambie su régimen legal pensional al contenido en el acuerdo 049 de 1990** y con base en ello se le reliquide la pensión cambiando la tasa de reemplazo al 90% prevista en este último acuerdo.

En consecuencia, como está demostrado por los diferentes actos administrativos expedidos por Colpensiones, que el demandante cotizo hasta el año de 2019 y que Colpensiones de manera equivocada exigió el retiro del trabajador para el disfrute de la pensión, no pueden desconocerse las cotizaciones realizadas por el demandante hasta el mes de agosto de 2019, fecha en que efectuó la última cotización y se presentó la novedad de retiro.

Bajo las anteriores premisas, se procedió a solicitar apoyo al grupo de liquidadores de la Rama Judicial para efectuar las operaciones aritméticas y establecer el valor de la pensión, determinando lo siguiente:

Cálculo Toda la vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1975	190	0,250	100,00	400,000	\$ 1.770,00	\$ 708.000,00	\$ 4.484.000,00
1976	353	0,290	100,00	344,828	\$ 1.998,10	\$ 689.000,68	\$ 8.107.241,38
1977	365	0,360	100,00	277,778	\$ 3.300,00	\$ 916.666,67	\$ 11.152.777,78
1978	365	0,470	100,00	212,766	\$ 4.759,89	\$ 1.012.742,64	\$ 12.321.702,13
1979	365	0,560	100,00	178,571	\$ 7.470,00	\$ 1.333.928,57	\$ 16.229.464,29
1980	366	0,720	100,00	138,889	\$ 9.150,49	\$ 1.270.901,64	\$ 15.505.000,00
1981	363	0,900	100,00	111,111	\$ 12.990,50	\$ 1.443.388,43	\$ 17.465.000,00
1982	365	1,140	100,00	87,719	\$ 17.790,00	\$ 1.560.526,32	\$ 18.986.403,51
1983	365	1,410	100,00	70,922	\$ 21.420,00	\$ 1.519.148,94	\$ 18.482.978,72
1984	366	1,650	100,00	60,606	\$ 24.508,11	\$ 1.485.340,29	\$ 18.121.151,52
1985	365	1,950	100,00	51,282	\$ 30.150,00	\$ 1.546.153,85	\$ 18.811.538,46
1986	365	2,380	100,00	42,017	\$ 30.150,00	\$ 1.266.806,72	\$ 15.412.815,13
1987	365	2,880	100,00	34,722	\$ 45.907,48	\$ 1.594.009,70	\$ 19.393.784,72
1988	366	3,580	100,00	27,933	\$ 58.324,92	\$ 1.629.187,65	\$ 19.976.089,39
1989	365	4,580	100,00	21,834	\$ 79.822,93	\$ 1.742.858,77	\$ 21.204.781,66
1990	365	5,780	100,00	17,301	\$ 160.510,11	\$ 2.776.991,52	\$ 33.786.730,10
1991	365	7,650	100,00	13,072	\$ 376.052,15	\$ 4.915.714,39	\$ 59.807.858,39
1992	344	9,700	100,00	10,309	\$ 401.581,62	\$ 4.140.016,72	\$ 47.472.191,75
1993	365	12,140	100,00	8,237	\$ 676.934,22	\$ 5.576.064,41	\$ 67.842.116,97
1994	365	14,890	100,00	6,716	\$ 642.808,12	\$ 4.317.045,79	\$ 52.524.057,06
1995	360	18,250	100,00	5,479	\$ 880.333,33	\$ 4.823.744,29	\$ 57.884.931,51
1996	360	21,800	100,00	4,587	\$ 1.162.750,00	\$ 5.333.715,60	\$ 64.004.587,16
1997	360	26,520	100,00	3,771	\$ 1.972.361,33	\$ 7.437.259,93	\$ 89.247.119,16
1998	360	31,210	100,00	3,204	\$ 2.280.917,08	\$ 7.308.289,28	\$ 87.699.471,32
1999	360	36,420	100,00	2,746	\$ 2.494.916,67	\$ 6.850.402,71	\$ 82.204.832,51
2000	360	39,790	100,00	2,513	\$ 3.267.916,67	\$ 8.212.909,44	\$ 98.554.913,29
2001	360	43,270	100,00	2,311	\$ 2.996.083,33	\$ 6.924.158,39	\$ 83.089.900,62
2002	360	46,580	100,00	2,147	\$ 3.239.000,00	\$ 6.953.628,17	\$ 83.443.538,00
2003	360	49,830	100,00	2,007	\$ 3.538.250,00	\$ 7.100.642,18	\$ 85.207.706,20
2004	360	53,070	100,00	1,884	\$ 3.819.500,00	\$ 7.197.098,17	\$ 86.365.178,07
2005	360	55,990	100,00	1,786	\$ 4.283.583,33	\$ 7.650.622,13	\$ 91.807.465,62
2006	360	58,700	100,00	1,704	\$ 4.577.750,00	\$ 7.798.551,96	\$ 93.582.623,51
2007	360	61,330	100,00	1,631	\$ 4.842.583,33	\$ 7.895.945,43	\$ 94.751.345,18
2008	360	64,820	100,00	1,543	\$ 4.951.333,33	\$ 7.638.588,91	\$ 91.663.066,95
2009	360	69,800	100,00	1,433	\$ 5.385.916,67	\$ 7.716.212,99	\$ 92.594.555,87
2010	360	71,200	100,00	1,404	\$ 5.670.916,67	\$ 7.964.770,60	\$ 95.577.247,19
2011	360	73,450	100,00	1,361	\$ 5.921.500,00	\$ 8.061.946,90	\$ 96.743.362,83
2012	360	76,190	100,00	1,313	\$ 6.216.666,67	\$ 8.159.426,00	\$ 97.913.111,96
2013	360	78,050	100,00	1,281	\$ 6.550.083,33	\$ 8.392.163,14	\$ 100.705.957,72
2014	300	79,560	100,00	1,257	\$ 5.945.900,00	\$ 7.473.479,14	\$ 74.734.791,35
2015	240	82,470	100,00	1,213	\$ 7.857.875,00	\$ 9.528.161,76	\$ 76.225.294,05
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 7.531.333,33	\$ 8.553.473,41	\$ 102.641.680,86
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 8.050.301,50	\$ 8.646.011,71	\$ 103.752.140,48
2018	360	96,920	100,00	1,032	\$ 8.481.524,33	\$ 8.751.056,89	\$ 105.012.682,62
2019	240	100,000	100,00	1,000	\$ 8.113.718,13	\$ 8.113.718,13	\$ 64.909.745,00
Total días	15793				Total devengado actualizado a: 2019		\$ 2.697.304.932
Total semanas	2256,14				Ingreso Base Liquidación		\$ 5.123.735,07
Total Años	39,93				Porcentaje aplicado		75%
					Primera mesada		\$ 3.842.801,30
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2019		\$ 828.116,00

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2009	300	69,800	100,00	1,433	\$ 5.683.500,00	\$ 8.142.550,14	\$ 81.425.501,43
2010	360	71,200	100,00	1,404	\$ 5.670.916,67	\$ 7.964.770,60	\$ 95.577.247,19
2011	360	73,450	100,00	1,361	\$ 5.921.500,00	\$ 8.061.946,90	\$ 96.743.362,83
2012	360	76,190	100,00	1,313	\$ 6.216.666,67	\$ 8.159.426,00	\$ 97.913.111,96
2013	360	78,050	100,00	1,281	\$ 6.550.083,33	\$ 8.392.163,14	\$ 100.705.957,72
2014	300	79,560	100,00	1,257	\$ 5.945.900,00	\$ 7.473.479,14	\$ 74.734.791,35
2015	240	82,470	100,00	1,213	\$ 7.857.875,00	\$ 9.528.161,76	\$ 76.225.294,05
2016	360	88,050	100,00	1,136	\$ 7.531.333,33	\$ 8.553.473,41	\$ 102.641.680,86
2017	360	93,110	100,00	1,074	\$ 8.050.301,50	\$ 8.646.011,71	\$ 103.752.140,48
2018	360	96,920	100,00	1,032	\$ 8.481.524,33	\$ 8.751.056,89	\$ 105.012.682,62
2019	240	100,000	100,00	1,000	\$ 8.113.718,13	\$ 8.113.718,13	\$ 64.909.745,00
Total días	3600				Total devengado actualizado a: 2019		\$ 999.641.515
Total semanas	514,29				Ingreso Base Liquidación		\$ 8.330.345,96
Total Años	10,00				Porcentaje aplicado		75%
					Primera mesada		\$ 6.247.759,47
					Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2019		\$ 828.116,00

Conforme a lo antes señalado, se tiene que la primera mesada pensional liquidada al 1° de septiembre de 2019 ascendería a \$6.247.759,47, de suerte que por concepto de las mesadas causadas desde esta misma fecha y hasta septiembre de 2023, se debió reconocer la suma de **\$362.547.182,36** conforme se aprecia a continuación:

Tabla Mesadas causadas					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
01/09/19	31/12/19	3,18%	\$ 6.247.759,47	5,00	\$ 31.238.797,4
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 6.485.174,00	13,00	\$ 84.307.262,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 6.589.585,00	13,00	\$ 85.664.605,0
01/01/22	21/12/22	5,62%	\$ 6.959.920,00	13,00	\$ 90.478.960,0
01/01/23	30/09/23	13,12%	\$ 7.873.062,00	9,00	\$ 70.857.558,0
Total					\$ 362.547.182,36

En este punto, no puede desconocerse que Colpensiones con la expedición de las resoluciones SUB 160573 del 27 de julio de 2020 y DPE 10657 del 5 de agosto de 2020, adujo que reconocería retroactivo pensional por valor de **\$133.482.618** (entre el 1/12/2014 – 31/08/2019) y dado que una vez ingresado a nómina se cancelaría la prestación, resulta necesario establecer el valor de lo que en teoría ya se ha cancelado por Colpensiones.

Tabla mesadas pagadas por Colpensiones					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Mesada otorgada	N°. Mesadas	Subtotal
01/09/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.701.089,00	5,00	\$ 13.505.445,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.803.730,38	13,00	\$ 36.448.495,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 2.848.870,44	13,00	\$ 37.035.315,7
01/01/22	28/02/22	5,62%	\$ 3.008.976,96	13,00	\$ 39.116.700,5
01/01/23	30/09/23	13,12%	\$ 3.403.754,74	9,00	\$ 30.633.792,6
Total					\$ 156.739.748,81

En ese orden de ideas, se tiene que hasta el mes de septiembre de 2023, existiría una diferencia pensional en favor del demandante por valor de **\$72.324.815,55**, en esa medida y solo partiendo de la base que al señor Jorge Nelson Guzman, en efecto se le hubiese pagado el valor del retroactivo señalado en la Resolución DPE 10657 del 5 de agosto de 2020 y una vez ingresado a nomina se le hubiese continuado pagando la pensión, resulta factible considerar la diferencia

pensional aquí determinada y aplicar la excepción de compensación formulada por Colpensiones sujeta condicionalmente al cumplimiento de los supuestos antes enunciados.

Sobre la excepción mencionada conviene recordar que la misma se encuentra contemplada en los artículos 1714, 1715 y 1716 del Código Civil, como un modo de extinguir las obligaciones de quienes son deudores entre sí, cuyas deudas sean en dinero, o de cosas fungibles, o indeterminadas, de igual género y calidad, liquidas y actualmente exigibles, de suerte que la misma resultaría aplicable al asunto solo si en efecto Colpensiones ha efectuado los pagos ya mencionados.

En cuanto a los intereses moratorios, conviene recordar que los mismos deben ser impuestos siempre que haya retardo en el pago de las mesadas pensionales, independientemente de la buena o mala fe del deudor y de las circunstancias particulares que hayan rodeado la discusión del derecho pensional en las instancias administrativas, pues lo que buscan es reparar un perjuicio ante la falta de pago total o parcial de la mesada pensional, no obstante, existen circunstancias especiales que exoneran de su imposición, que se han ido delimitando en sentencias como la SL4332-2022, en donde se precisó que estos no procedían, en los siguientes eventos:

“(…)

i) cuando se trata de prestaciones pensionales consolidadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993; ii) cuando existe incertidumbre respecto de los beneficiarios o titulares del derecho pensional; iii)

cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; iv) cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; vi) cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y, vii) cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa.”

Hipótesis dentro de las que se enmarca la situación aquí acaecida, razón por la cual no resulta procedente la causación de intereses moratorios y en su lugar se ordenara la indexación de las sumas adeudadas la cual se efectuara de acuerdo con la formula fijada por la Sala de Casación Laboral de nuestra Corte Suprema de Justicia.

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de febrero de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR que el señor Jorge Nelson Guzmán Parra, tiene derecho a la reliquidación de la pensión de vejez, en cuantía inicial de **\$6.247.759,47**, a partir del 1° de

septiembre de 2019, en 13 mesadas anuales y al reconocimiento de los incrementos anuales correspondientes.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a pagar al demandante señor Jorge Nelson Guzmán Parra, por concepto de mesadas causadas entre el 1° de septiembre de 2019 y el 30 de septiembre de 2023, la suma de **\$362.547.182,36**.

CUARTO: DECLARAR la compensación propuesta por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones hasta por **\$290.222.366,81**, siempre que se cumpla la condición expuesta en la parte motiva.

SEXTO: Las sumas que resulten a favor del demandante señor Jorge Nelson Guzmán Parra, deberán pagarse en forma indexada.

SEPTIMO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de las demás pretensiones formuladas en su contra por el señor Jorge Nelson Guzmán Parra.

OCTAVO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

ACLARO VOTO


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyase en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARIA HILDA
ALVARADO CONTRA AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P.**

RADICADO: 11001 3105 036 2018 00758 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil
veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado de la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de julio de 2021, en la que se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., no obstante, absolvió a la demandada de las demás pretensiones

formuladas. El objeto del recurso es la revocatoria de la decisión y en su lugar se acceda a lo pretendido.

En esta instancia se allegaron alegatos por la demandada en la que reitero los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto que se declarara que laboró para la demandada durante el periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2012 y el 11 de febrero de 2018, desempeñándose como operaria de barrido y devengando la suma de \$878.192, siendo despedida de manera arbitraria desconociendo su estabilidad laboral reforzada por condiciones médicas, razones por las que su despido debía declararse nulo, en consecuencia, solicitó que se condenara a la demandada a reintegrarla a un cargo igual o de mejor categoría al pago de salarios, prestaciones sociales, sobresueldos, bonificaciones, auxilios, quinquenios y aportes al SGSS, desde el despido hasta su reintegro, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que en el transcurso de la prestación del servicio fue diagnosticada con maguito rotador y discopatía L4 y L5; que el 11 de febrero de 2018, la demandada de manera unilateral y sin autorización del Ministerio del Trabajo fue

despedida y que presentó acción de tutela la cual tramitada en el Juzgado 69 Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Bogotá, en la que se amparó de manera transitoria el reintegro al cargo que ocupaba al momento del despido, la cual fue confirmada el 17 de agosto de 2018, por el Juzgado 32 Penal del Circuito con Función de Conocimiento

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La empresa Aguas de Bogotá S.A. E.S.P., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y negó otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que el reintegro solo procedía en los eventos en que el trabajador hubiese sido despedido por decisión unilateral del empleador, situación que no se configuraba en este asunto, toda vez que el contrato finalizó por la causa legal consagrada en el literal d del artículo 61 del C.S.T., esto es, por la expiración de la obra para la cual había sido contratado, la cual estaba supeditada a la vigencia del convenio interadministrativo 809, tal y como se había pactado en la cláusula 2 del contrato laboral por obra o labor determinada.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: improcedencia del reintegro laboral, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, compensación e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de julio de 2021, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la señora MARÍA HILDA ALVARADO y la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. existió un contrato de trabajo del 18 de diciembre de 2012 al 11 de febrero de 2018, que inició a término fijo inferior a un año y finalizó por duración de obra o labor.

SEGUNDO: ABSOLVER al AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. de todas las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones denominadas improcedencia del reintegro laboral e inexistencia del derecho reclamado.

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante. Liquidense con la suma de \$400.000 a título de agencias en derecho.

QUINTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo accionante.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que atendiendo lo expuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como, lo dispuesto entre otras en las sentencias SL2905-2018, SL711-2021 y SU049-2017, para conocer el grado o nivel de disminución en la PCL, existía el principio de libertad probatoria y formación del convencimiento, en donde lo importante era que se pudiera inferir el estado de salud y se hubiese valido de elementos que constataran la necesidad de la protección.

Así mencionó que a pesar que la actora presentó durante la vigencia de la vinculación ciertos quebrantos de salud y se le otorgaron incapacidades, no se tenía certeza respecto a la limitación que le producían tales patologías, cómo se afectaba la salud de la trabajadora y como se afectaba el desarrollo de la labor para la cual fue contratada (operaría de barrido), pues

ellos no se encuentra demostrado en acreditado en el proceso, tampoco existían una calificación de la PCL, ni se allegaron pruebas que demostraran que al momento de la terminación del vínculo existía alguna situación médica de importancia que fuera notoria o evidente, por lo que no resultaba viable acceder al reintegro solicitado ni a las demás pretensiones reclamadas.

Adicionalmente, indicó que si en gracia de discusión se aceptara que la actora estuviera cobijada por fuero de salud, no podía pasarse por alto que el último contrato suscrito entre las partes fue de obra o labor que tenía por objeto ejecutar el contrato interadministrativo celebrado entre la demandada y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P., por lo que ese contrato de trabajo estaba condicionado a la existencia de dicho contrato interadministrativo, como se pudo de presente en la carta de terminación del contrato, por lo que no se podía hablar entonces de una terminación sin justa causa, sino de una causal objetiva de terminación de la relación laboral.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que si bien el despacho hacía toda una línea jurisprudencial sobre la discapacidad y dentro de esa línea se

contempla que no era necesario, en cierto sentido, establecer el porcentaje de pérdida discapacidad funcional, ello se sobreentendía con la documentación allegada, de donde se colegía que la actora venía presentando una serie de limitaciones por su enfermedad de manguito rotador, enfermedad degenerativa, al punto que estaba siendo objeto de calificación por la Junta Regional de Calificación y en cuanto a la contratación aludió que debía tenerse en cuenta que en este caso la vinculación comenzó con un contrato a término fijo y posteriormente la pasaron a un contrato por obra o labor, debiéndose considerar el principio de la estabilidad laboral o de la primacía de la realidad sobre la formas para una continuidad laboral.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar la ineficacia del despido de la demandante, por encontrarse en condición de debilidad manifiesta por fuero de salud y en caso positivo si resultaba procedente el reintegro y las demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe indicarse que no existe discusión en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 18 de diciembre de 2012 al 11 de febrero de 2018, que inició a término fijo inferior a un año y finalizó por duración de la obra o labor; ii) que la actora se

desempeñó como operaria de barrido; iii) que el contrato terminó por finalización de la obra o labor contratada esto era la finalización del Convenio interadministrativo 809 de 2012 y iv) que la actora fue reintegrada a sus labores en forma transitoria en virtud de los fallo de tutela expedidos por el Juzgado 59 Penal Municipal con Función de Control de Granitas y Treinta y Dos Penal del Circuito de Conocimiento.

Precisado lo anterior, resulta pertinente acudir a la norma que contempla la protección de no discriminación de personas en situación de discapacidad, como quiera que se ha establecido como la fuente normativa del fuero de salud, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que concede, para lo cual se acude al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispone:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”¹ (Subrayas y negrita fuera de texto).

La anterior norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C - 531 de 2000, en donde precisó que se declararía la exequibilidad del inciso segundo, en el entendido que el despido del trabajador o terminación del

contrato de trabajo por razón de la limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización, de suerte que si el empleador lo contraviene deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que nuestro órgano de cierre ha establecido parámetros para determinar cuándo se estaría en presencia de una persona beneficiaria de la norma antes citada, indicándose recientemente en la sentencia SL1152-2023, que debían confluir las siguientes situaciones: i) la existencia de una deficiencia a mediano o largo plazo; ii) la existencia de una barrera de tipo laboral que le impidiera ejercer en condiciones de igualdad su labor, iii) que dicha situación fuera conocida o notoria para el empleador.

Como se observa la protección busca evitar que se produzca la terminación la relación laboral en razón o con motivo en la discapacidad sufrida por el trabajador, debiéndose precisar en este punto que tal amparo se genera siempre y cuando no exista una causal objetiva de terminación del contrato como se ha mencionado en diversas oportunidades por la C.S.J., S.C.L., en sentencias como la SL2586-2020 y la SL711-2021.

En ese orden de ideas, se abordará en primera medida el estudio de la terminación del contrato acaecida en aras de establecer si en este caso se presentaba una causa objetiva

para la finalización del vínculo contractual, dado que ello desvirtúa el despido discriminatorio en tanto que se consideran legítimas para dar por concluida la relación de trabajo.

Descendiendo en el análisis, debe anotarse que en el contrato de trabajo por obra o labor suscrito entre las partes, se contemplaba una cláusula en la que se indicaba que el término de duración del contrato estaba condicionado a la existencia del convenio interadministrativo No. 809 de 2012 celebrado entre Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá S.A. E.S.P., evidenciándose además que el trabajador recibió una comunicación en la que se le informó que en razón a la terminación del convenio interadministrativo 809 de 2012, era imposible la continuidad de la relación laboral y por tanto al finalizar la jornada laboral día 11 de febrero de 2018 se daba por terminado en forma legal el contrato.

Por su parte, el convenio interadministrativo suscrito entre Aguas de Bogotá S.A. E.S.P. y la Empresa de Acueducto y Alcantarillado S.A. E.S.P, el 4 de diciembre de 2012, establece lo siguiente:

CONTRATO INTERADMINISTRATIVO No. 1-07-10200-0809-2012 DE 2012 SUSCRITO ENTRE LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. Y AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP.

Entre los suscritos, **DIEGO FERNANDO BRAVO BORDA**, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía número 79.145.084 de Bogotá, quien actúa en calidad de representante legal de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.**, quien en adelante se denominará **LA EMPRESA**, por una parte, y **MARIO ÁLVAREZ ULLOA**, mayor de edad e identificado con la cédula de ciudadanía número 19.342.752 de Bogotá, quien actúa en su calidad de representante legal de **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.**, sociedad constituida por escritura pública número 0001931 de la Notaría 35 del Circuito Notarial de Bogotá D.C., otorgada el día dos (02) de Julio de dos mil tres (2003), debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Bogotá, el día veintinueve (29) de Septiembre de dos mil tres (2003), de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, el cual se anexa a este contrato y quien para los efectos de este contrato se denominará **AGUAS DE BOGOTÁ**, hemos celebrado el Contrato Interadministrativo de Operación previas las siguientes

CONSIDERACIONES:

(...)

37. Que la suscripción del presente contrato pretende que AGUAS DE BOGOTÁ E.S.P. se encargue únicamente de la realización de actividades operativas de la prestación del servicio público de aseo y actividades complementarias, como quiera que la dirección comercial, técnica, administrativa y financiera estará en cabeza de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P.

(...)

CLÁUSULAS

PRIMERA. – OBJETO: El objeto del contrato es realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C. bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP.

PARAGRAFO PRIMERO.- LA EMPRESA, en cumplimiento del Contrato Interadministrativo No. 017 de 2012 suscrito con la UAESP, se encargará de la dirección comercial, técnica, administrativa y financiera necesaria para la prestación del servicio de aseo y actividades complementaria en la ciudad de Bogotá D.C.

PARÁGRAFO SEGUNDO. – Las actividades operativas a cargo de AGUAS DE BOGOTÁ se encuentran enmarcadas por las actividades descritas en el Reglamento Técnico y Operativo, Resolución 151 de 2012, expedida por la Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos.

(...)

CUARTA. – DURACIÓN Y PLAZO DE EJECUCION: el presente contrato tendrá un plazo de ejecución de **CUATRO (04) MESES Y CATORCE (14) DÍAS**, contados a partir del dieciocho (18) de diciembre de dos mil doce (2012) hasta el treinta (30) de abril de dos mil trece (2013), de acuerdo al acta de inicio suscrita por las partes. No obstante lo anterior, este contrato estará vigente desde la fecha de perfeccionamiento hasta su liquidación.

(...)”

De igual forma, conviene mencionar que el anterior contrato fue objeto de más de 20 modificaciones, dentro de las que se prorrogó la duración del contrato en múltiples ocasiones, estableciéndose en el otrosí No. 21 la prórroga del plazo de duración y una adición en su valor de la siguiente forma:

“(...)”

CLÁUSULAS: PRIMERA: OBJETO.- Prorrogar el plazo de ejecución del Contrato citado en **VEINTIOCHO (28) DÍAS CALENDARIO**, esto es hasta el 12 de Febrero de 2018 y adicionar su valor en la suma de **DIECISÉIS MIL NOVECIENTOS SETENTA Y TRES MILLONES TRESCIENTOS DIECISIETE MIL PESOS (\$16.973.317.000) M/CTE**, para un valor total del contrato de **SEISCIENTOS TREINTA Y CINCO MIL SEIS MILLONES OCHENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$635.006.083.440) M/CTE**.

(...)”.

Visto lo anterior, surge la inquietud si en este caso era posible efectuar una vinculación laboral bajo la modalidad de contrato por obra o labor entre la actora y Aguas Bogotá S.A. E.S.P., sobre el particular lo primero que debe anotarse es que de acuerdo con lo contemplado en el artículo 45 del CST, tratándose de los contratos de trabajo por obra o labor, se exige una formalidad correspondiente a que la obra o labor sea determinada, ello quiere decir, que tenga unas características bien definidas que permitan establecer cuándo se entiende finalizada la obra o labor.

Así mismo, conviene recordar que la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL4936-2021, señaló que la naturaleza de la labor es solo uno de los criterios que permiten establecer este tipo de contratación “duración de la obra o labor” sin que fuera exclusivo o excluyente y sin que las funciones a desempeñar tuvieran la virtualidad de restarle validez al acuerdo, puntualizando que en el evento en que el contrato se hubiese pactado por tiempo determinado con un plazo o fecha de finalización cierta y no condicionada, esto es, sin la determinación de un plazo posible o probable, se estaría en frente de otro contrato -término fijo- de lo contrario se estaría frente a un contrato por duración de la obra o labor.

En esta misma providencia se indicó que en el caso allí analizado, el contrato de trabajo se convino por la duración de la labor contratada, estando supeditado o ligado a la ejecución

de las obligaciones contraídas en el contrato de prestación de servicios suscrito por el empleador y el tercero, precisando que aunque la labor se estimó hasta cierta fecha, tal mención no lo convertía en un contrato de trabajo a término fijo, con fecha de terminación cierta, ni anulaba la condición prevista en el acuerdo, ya que su duración era determinable al estar sujeta a la permanencia de la obra o la labor contratada, es decir, posibilitando la sujeción o condicionamiento a la ejecución de las obligaciones del contrato de prestación de servicios.

Como se observa, bajo el anterior criterio, el contrato por obra o labor suscrito por la actora con la demandada, podía estar sujeto o condicionado a la ejecución de las obligaciones adquiridas en el convenio interadministrativo, por lo que su finalización con ocasión de la terminación del Convenio interadministrativo claramente constituye una causa objetiva y por ende en una situación legítima para terminar el contrato sin necesidad de tramitar autorización ante el Ministerio del Trabajo, en tanto que el motivo no está relacionado con una limitación del trabajador.

Bajo las anteriores consideraciones se confirmara la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

**Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la
República y por autoridad de la Ley,**

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el
Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,
por las razones expuestas en la parte motiva de esta
providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del
demandante.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NIDIA ESPERANZA LOZANO LOZANO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 036 2021 00513 01

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

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Colfondos S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de junio de 2023.

En esta instancia los apoderados de Colfondos S.A y la parte demandante presentaron alegatos, en los que reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La accionante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colmena hoy Protección S.A, así como también el traslado horizontal que efectuó a Colfondos S.A y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos

los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes de pensión, capital acumulado, gastos de administración y sumas previsionales.

Sustentó sus pretensiones, en que ingreso a laboral en entidades del sector privado de forma continua y discontinua desde el 1 de junio de 1989 hasta la fecha; que cotizó al Régimen de Prima con Prestación Definida administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, un total de 26 semanas; que se trasladó a Colmena S.A hoy Protección S.A y posteriormente a Colfondos S.A., sin que dichos fondos privados le hubieran suministrado la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, los artículos 1,46,48 de la Constitución Política, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 692 de 1994, el artículo 1508 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicados números 68852 de abril de 2019, 37989 y 31314 de septiembre de 2008, 33083 de noviembre de 2011, 12136 de 2014, 19441 de 2017, 4964 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria. Propuso entre otras las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio sostenibilidad financiera, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de la demandante al RAIS, se presentó en virtud de su derecho a libremente

escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

PROTECCION S.A, dio contestación a la demanda de la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el acto jurídico de traslado se encuentra valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras 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, reconocimientos de restitución mutua, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de junio de 2023, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado efectuado por NIDIA ESPERANZA LOZANO LOZANO del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del día 1o. de noviembre de 1995, a través de COLMENA hoy la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

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

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

Lo anterior, con la precisión de que dicha medida cubre tanto el periodo de permanencia con la AFP COLMENA e ING, como en el que directamente estuvo vinculada con la AFP PROTECCIÓN S.A.

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

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

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

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

Como fundamento de su decisión, argumentó que en múltiples pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia ha declarado la viabilidad de la nulidad del traslado cuando las Administradoras de Fondos de Pensiones faltan a su deber de información de manera completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad, criterio que fue modificado por la sentencia SL 1421 de 2019, en el cual se precisó que la consecuencia jurídica no sería la nulidad sino la ineficacia del traslado de régimen postura jurisprudencial que se mantiene incólume a la fecha y que se encuentra vertida en las sentencias SL 1452 de 2019; SL 4360 de 2019; SL-373 de 2020; providencias que constituyen doctrina probable conforme lo establece el artículo 4 de la Ley 169 de 1896.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones., interpuso recurso de apelación, al considerar, que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo en el presente asunto, en virtud de que no existía una expectativa legítima, toda vez que en el momento del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, por lo que deberá someterse a los mandatos del sistema general de pensiones, resalto la sentencia con radicado 2016-0087 del Tribunal Superior de Pereira, la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en el RPM pueda resultar superior a la que ha de recibir en el RAIS, por sí sola no constituye prueba de que cuando realizó el traslado la actora lo haya hecho producto

de un engaño; señaló que los fondos privados solo tenían la obligación de brindar las condiciones por lo que no habría lugar a la declaratoria de ineficaz; por otro lado, solicitó se revoque la condena en costas, ya que representaría un detrimento patrimonial por decisiones donde Colpensiones no tenía injerencia.

El apoderado de Colfondos S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia de instancia, al considerar que respecto a la condena principal de retornar los gastos de administración al RPM de forma indexada no resulta procedente, en virtud de que se causan y se descuenta por disposición legal mas no por capricho de las AFP y por tal razón son exigibles, vigentes y exequibles, los cuales tienen una destinación específica como lo son la defensa de la entidad, el pago de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los cuales la actora ha estado amparada y las inversiones que generan los rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorros de los afiliados; en consecuencia señaló que tal condena generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, pues tales emolumentos no financian la pensión de vejez y están sujetos al fenómeno de la prescripción.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, se procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta

procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colmena hoy Protección S.A., el 19 de octubre de 1995.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

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

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos

por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.”

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

“Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al interrogante encaminado a determinar si fue equivocada la decisión cuando se decidió reconocer todos los rubros debidamente indexados, conviene recordar que nuestro órgano de cierre en sentencia SL1084-2023, así lo dispuso.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por Colpensiones en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 de Código General del Proceso procede dicho pago a la parte que resulta vencida en el proceso, en consecuencia, se habrá de confirmar la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de junio de 2023, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



IORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ANA ELENA PEREIRA POLO CONTRA SILVA CARREÑO & ASOCIADOS S.A.S.

RADICADO: 11001 3105 037 2020 00189 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 27 de agosto de 2021, en donde se absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de la demandada en los que reiteró los argumentos expuesto en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La actora formuló demanda con el objeto que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo durante el periodo comprendido entre el 1° de mayo del año 2007 hasta el 30 de junio del año 2019, que para tal fecha se encontraba cobijada por fuero de salud, no obstante, no se tramitó el permiso ante el Ministerio De Trabajo para dar por terminado su contrato laboral por lo que la terminación efectuada no producía efectos, en consecuencia, se condenara a la demandada a reintegrarla a sus labores en forma inmediata junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes al SGSS desde la fecha de terminación del contrato hasta su reintegro, así mismo, reclama el pago de la indemnización de 180 días de salario de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que la relación laboral se amparaba en contratos a término definido que se liquidaban cada determinado tiempo; que con la última liquidación en junio del año 2019, le fue cancelada una indemnización por despido injustificado; que desde el año 2011, fue calificada por la junta regional de calificación de invalidez de Bogotá con una PCL del 8.05%; que dicha discapacidad ha tenido seguimiento y

tratamiento desde ese momento y hasta la fecha por parte de la EPS y la ARP respectivas en procura de menguar el daño ocasionado con determinados movimientos que agravarían su condición médica; que siempre fue claro para las directivas y funcionarios de la demandada la existencia del dictamen en mención y los protocolos de sus especiales circunstancias laborales y que a pesar de ello jamás se solicitó autorización ante el Ministerio del Trabajo para dar por terminado su contrato de trabajo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La empresa Silva Carreño & Asociados S.A.S, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos y negó otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que suscribieron varios contratos de trabajo con la señora Ana Elena Pereira Polo, de acuerdo con la necesidad del servicio, sin que tuviera condición de especial protección en ninguno de la vigencia de los mismos, pues solo se tuvo conocimiento de una pérdida de la capacidad laboral de la hoy demandante el 6 de septiembre de 2013, en monto equivalente al 8.05% tal y como consta en el material probatorio, acontecimiento que de acuerdo con la normatividad laboral vigente y la Jurisprudencia de las Altas Cortes no se traducía automáticamente en un fuero de salud, además que el último contrato de trabajo finalizó por mutuo acuerdo entre las partes, con la suscripción de la correspondiente transacción, sin que fuera una decisión unilateral.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: mala fe del demandante, enriquecimiento ilícito, enriquecimiento sin justa causa, cobro de lo no debido, buena fe del demandado, indebida acumulación de pretensiones, temeridad e ineptitud de la demanda, tránsito cosa juzgada y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de agosto de 2021, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la empresa demandada SILVA CARREÑO & ASOCIADOS SAS, de todas y cada una de las pretensiones invocadas en su contra por la demandante señora ANA ELENA PEREIRA POLO, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: COSTAS en presente proceso a cargo de la parte demandante vencida en el proceso para este efecto fijese como agencias en derecho una suma equivalente a 100.000 pesos.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumentó que atendiendo los pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, para resolver el asunto tendría en cuenta que independientemente a que no pudiera acreditarse la PCL, lo relevante era establecer si del material probatorio se evidenciaba el conocimiento del estado de salud del empleador y si el mismo afectaba el cumplimiento de sus funciones en forma regular, no obstante, también tendría en cuenta si en el asunto se presentaba una causal objetiva para la terminación del contrato, pues de ser así no habría lugar a establecer la aplicación y/o efectos de la Ley 361 de 1997.

Así, señaló que del acervo probatorio podía colegir que la enfermedad padecida por la actora al menos para el periodo en que se emitieron las recomendaciones y se realizó el dictamen de PCL, esto era, aproximadamente para el año 2015 en adelante, le impedía a la demandante el desarrollo normal de sus funciones, siendo de tal dimensión que se recomendó el acompañamiento de una persona para el desarrollo de ciertas actividades inherentes al cargo, lo que a su juicio la convertía en un sujeto de especial protección constitucional, encontrando también acreditado que durante la relación laboral la empresa acató las recomendaciones.

Acto seguido, procedió a analizar la motivación del despido a efectos de verificar si este se produjo por una causa objetiva, determinación que desvirtuaría el despido discriminatorio, encontrando que los testimonios recibidos e incluso el interrogatorio de parte rendido por la actora, podía colegirse que la empresa tuvo una fuerte crisis financiera y prescindió del servicio de la mayoría de sus trabajadores, sin evidenciar en actuar caprichoso del empleador y mucho menos discriminatorio.

IV. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar la ineficacia del despido de la demandante, por encontrarse en condición de debilidad manifiesta por fuero de salud y en caso

positivo si resultaba procedente el reintegro y las demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe indicarse que no existe discusión en los siguientes puntos: i) que entre las partes existieron varios contratos de trabajo a término fijo, siendo el último el suscrito el 1° de enero de 2013 (a término fijo de 3 meses), en donde la primera prórroga tuvo lugar durante el periodo comprendido entre el 01/04/2013 – 30/06/2013; la segunda prórroga durante el periodo comprendido entre el 01/07/2013 – 30/09/2013; la tercera prórroga entre el 01/10/2013 – 31/12/2013 y prorrogándose a partir de ahí por el término de 1 año, es decir, que la última prórroga transcurrió entre el 01/01/2019 – 31/12/2019; ii) que la actora se desempeñó en el cargo de servicios generales y iii) que devengaba el SMMLV, conforme se extracta de las documentales allegadas al proceso y no haberse manifestado inconformidad alguna sobre el particular.

Precisado lo anterior, resulta pertinente acudir a la norma que contempla la protección de no discriminación de personas en situación de discapacidad, como quiera que se ha establecido como la fuente normativa del fuero de salud, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que concede, para lo cual se acude al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispone:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. *En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna*

persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”¹ (Subrayas y negrita fuera de texto).

La anterior norma fue objeto de análisis por la Corte Constitucional en sentencia C - 531 de 2000, en donde precisó que se declararía la exequibilidad del inciso segundo, en el entendido que el despido del trabajador o terminación del contrato de trabajo por razón de la limitación, sin la autorización de la oficina de Trabajo, no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización, de suerte que si el empleador lo contraviene deberá asumir además de la ineficacia jurídica de la actuación, el pago de la respectiva indemnización.

De igual forma, debe tenerse en cuenta que nuestro órgano de cierre ha establecido parámetros para determinar cuándo se estaría en presencia de una persona beneficiaria de la norma antes citada, indicándose recientemente en la sentencia SL1152-2023, que debían confluir las siguientes situaciones: i) la existencia de una deficiencia a mediano o largo plazo; ii) la existencia de una barrera de tipo laboral que le impidiera ejercer en condiciones de igualdad su labor, iii) que dicha situación fuera conocida o notoria para el empleador.

Como se observa la protección busca evitar que se produzca la terminación la relación laboral en razón o con motivo en la discapacidad sufrida por el trabajador, debiéndose precisar en este punto que tal amparo se genera siempre y cuando no exista una causal objetiva de terminación del contrato como se ha mencionado en diversas oportunidades por la C.S.J., S.C.L., en sentencias como la SL1360-2018 y la SL711-2021.

En ese orden de ideas, se abordará en primera medida el estudio de la terminación del contrato, en aras de establecer si en este caso se presentaba una causa objetiva para la finalización del vínculo contractual, dado que ello desvirtúa el despido discriminatorio en tanto que se consideran legítimas para dar por concluida la relación de trabajo.

Como documental relevante, obra la siguiente comunicación de terminación del contrato laboral:



Revisada la misma, se aprecia que cuando esta fue emitida (4 de junio de 2019) no se estaba dentro de la oportunidad para dar el pre aviso que contempla el artículo 46 del C.S.T., siendo que el contrato se encontraba prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2019 y tampoco se aduce una justa causa de terminación.

Ahora y si bien, se observa que con posterioridad, el 18 de junio de 2019, se suscribió documento denominado “*ACTA DE TERMINACIÓN Y TRANSACCIÓN CONTRATO LABORAL ENTRE ANA ELENA PEREIRA POLO Y SILVA CARREÑO Y ASOCIADOS S.A.S.*”, lo cierto es que la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre tiene sentado que en la carta de terminación del contrato se debe indicar la justa causa invocada y los supuestos facticos que la sustentan pues con posterioridad no se pueden alegar válidamente otros, de suerte que con la suscripción del documento antes mencionado se vulnera tal postulado; en todo caso y en gracia de discusión no podría pasarse por alto que en el acuerdo aludido no se puntualizó que el referido contrato terminaba por mutuo acuerdo entre las partes, razones por las cuales no puede establecerse una causa objetiva de terminación del contrato.

Teniendo claro lo anterior, se procede a analizar si en este caso nos encontramos frente a un despido discriminatorio. Analizadas las pruebas allegadas se observa que se aportó historia clínica en la que se registran consultas y tratamiento por dolencias en miembros superiores (hombros, codos, manos) entre el año 2011 y abril de 2019, recomendaciones

médicas (15/05/2013), acatamiento de recomendaciones médicas por empleador (expedidas en febrero y mayo de 2015), dictamen de origen emitido por la JRCI de Bogotá, en donde se determinó que la afección era de origen común (30/03/2012) y dictamen de PCL expedido por Mapfre en el que se determinó que la actora contaba con una PCL del 8,05% (03/09/2013).

También se aportó comunicación expedida por la empresa demandada en la que se le solicita a la demandante acudir a la EPS para valoración por fisioterapeuta y continuar con recomendaciones y controles del médico de la EPS y ARL (01/06/2016); comunicación de la empresa demandada en la que se le solicita a la demandante acudir a la EPS para valoración por medicina general siendo que en los últimos exámenes periódicos se solicitó valoración por ortopedia y realizar terapias físicas en la zona osteomuscular afectada (05/02/2018).

Como se observa las pruebas antes mencionadas dan cuenta que en su momento (años 2015 – 2016), a la actora se le expedieron recomendaciones médicas que fueron objeto de seguimiento por la demandada, sin que el estado de salud de la demandante para el momento de terminación del contrato la empleadora tuviera conocimiento de afectación alguna en la salud de la trabajadora, así como tampoco se acreditó que alguna de las afecciones padecidas alterara su desempeño laboral.

Por las anteriores razones, esta Sala confirmara la decisión del a quo, en tanto que no está probada una condición especial de salud para la fecha de terminación del contrato y mucho menos que ello implicara una limitación o restricción para el cumplimiento de las funciones regulares que venía desarrollando.

En cuanto a la imposición de costas, conviene recordar que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, se imponen a la parte que resulte vencida en el proceso; en consecuencia tal condena resultaba procedente y se confirmarían las impuestas.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia expedida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR STELLA
AMPARO GARCIA MEDINA CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES
Y CESANTIAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 038 2020 00494 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil
veintitrés (2023).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de
apelación presentado por el apoderado de la parte actora
contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho
Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de mayo de 2022,
en donde se absolvió de todas las pretensiones formuladas por
la demandante.

El recurso tiene por objeto que se revoque la decisión y en su lugar declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS.

En esta instancia se allegaron alegatos por los apoderados de las partes en los cuales reiteraron los argumentos expuestos en el trámite de instancia.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se declarara la nulidad e ineficacia del traslado realizado al RAIS con Porvenir S.A., así como, se aceptara su afiliación y retorno en el RPM por Colpensiones, en consecuencia, se condenara a Porvenir S.A., a devolver a Colpensiones, todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de Ahorro individual, por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier otra suma adicional de la aseguradora, junto con los rendimientos, a las costas del proceso y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso en que se afilió al sistema de seguridad social en salud a en el régimen de prima media con prestación definida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, como empleado público de la Secretaria de Salud de Casanare; que cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte bajo las exigencias de Cajanal; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encontraba laborando como empleada publica, lo que significaba que era beneficiaria del

régimen de transición señalado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; que con la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, BBVA HORIZONTE realizó el traslado del RPM al RAIS, de forma deliberada y sin contar con su libre consentimiento; que no diligencio, ni suscribió el formulario de afiliación que diera lugar a la autorización expresa para trasladarse de régimen pensional; que el fondo privado no le informo que al ser beneficiaria del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, tenía derecho pensionarse bajo la norma pensional anterior que le permitía unas condiciones más favorables y que los asesores del fondo privado no le suministraron la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó algunos hechos, refirió que no eran ciertos otros y que le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que el traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad se realizó por solicitud del demandante, con plena voluntad, quien por decisión propia solicitó el traslado al suscribir el formulario de solicitud de afiliación cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797 de 2003 que modificó el literal “e” del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, adicionalmente, indicó que la actora también tenía deberes, como lo era, el de informarse respecto del contrato que en su momento estaba suscribiendo de forma voluntaria, otorgándole herramientas para hacerlo a través del

art. 3 del Decreto 1161 de 1994, que le brindaba la posibilidad de retracto dentro de los cinco (5) días siguientes a la suscripción del formulario de afiliación, derecho que la demandante no ejerció, por el contrario permaneció más de 26 años afiliada. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción.

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, negó algunos hechos y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento fáctico y legal de la oposición radicó en que la afiliación realizada por la parte demandante con Horizonte S.A en el año 1995, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños después de haber sido amplia y oportunamente informada, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, adicionalmente, indicó que siempre le garantizó el derecho de retracto y en todo caso, el vicio del consentimiento derivaba en una nulidad relativa susceptible de saneamiento mediante ratificación, además aludió que tampoco procede la ineficacia a que se refiere el artículo 271 de la ley 100 de 1993 y que sin perjuicio de lo anterior, aplicaba la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de mayo de 2022, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por STELLA AMPARO GARCIA MEDINA. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las propuestas

TERCERO: Lo serán a cargo de la parte demandante. En firme la presente providencia, por secretaria practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de cada una de las accionadas

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Como fundamento de la decisión, el juzgado argumento que conforme a lo expuesto en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, la demandante no se encontraba dentro de alguno de estos presupuestos para que de alguna manera se rechazara o siquiera se desincentivará su afiliación, siendo que incluso el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que regulaba el régimen de transición establecía que estaban habilitados para pertenecer al RAIS los beneficiarios del régimen de transición, además que solo hasta la expedición de la Ley 797 de 2003, se restringió el traslado cuando a la persona le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad mínima fijada en la ley para acceder a una pensión de vejez.

A continuación, analizó las previsiones establecidas en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, indicando que en tal disposición el legislador confundió en alguna medida los efectos propios de la ineficacia con los de las nulidades y ató

la ineficacia como mecanismo de subsanación al acaecimiento de los vicios del consentimiento, por lo que no podía desasociarse en ese contexto del análisis de la configuración de los vicios del consentimiento error, fuerza y dolo, acto seguido, procedió a analizar los mismos, sin que se encontraba probado alguno de estos pues incluso señaló que una de las testigos refirió que en la reunión realizada para exponer el nuevo régimen pensional se hizo alusión al derecho de las personas beneficiarias del régimen de transición y a la inconveniencia eventual de la afiliación de este tipo de población al RAIS.

Finalmente, indicó que no desconocía la existencia de múltiples pronunciamientos de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde se ha insistido en que ante el incumplimiento del deber de información que existe y ha existido a cargo de las administradoras de fondos de pensiones privadas, la consecuencia era la declaratoria de ineficacia de la afiliación respectiva, señalando que en todo caso y dentro de ese contexto necesariamente debía surgir un vicio de consentimiento en la toma de la decisión, aspecto que reiteró no se acreditaba en el asunto bajo análisis, ya que incluso así se estableciera que no fue suficientemente informada de las consecuencias de su decisión la actora no contaba con 20 años cotizaciones en el sistema público para que dentro del marco del régimen de transición le pudieran ser reconocidas, en tanto que 1040 semanas no equivalían a 20 años de servicios.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que no compartía los argumentos de la decisión por cuanto consideraba que si se incurrió en un vicio del consentimiento respecto de los aspectos generales de la afiliación de la actora, en tanto que el despacho aludió que la actora impartió su consentimiento, sin embargo, lo cierto era que la misma había sido enfática en que firmó el formulario mas no lo diligenció, además señaló que en la reunión general efectuada solo se informaron condiciones beneficiosas para las personas que allí asistieron y no se suministró información de forma detallada o individual a la que estaba obligada la AFP conforme lo establecía la jurisprudencia de la C.S.J.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020,

con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por Colpensiones, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establecen el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

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

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en***

transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se

convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación realizado por la actora a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el 1° de agosto de 1995.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, este no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministró al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto y ello tampoco fue factible establecerlo de lo expuesto en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, ni de los testimonios recibidos por parte de las señoras Martha Cecilia Olarte Triana, Leticia Rincón Molina y Nancy Hernández Torres.

Así pues, aunque de lo indicado por la señora Rincón Molina, se desprende que ésta estuvo en la misma reunión a la que asistió la demandante en donde se suministró la información sobre las ventajas de afiliarse al fondo privado, hizo alusión a

que en tal reunión se mencionó que para los beneficiarios del régimen de transición pensional no les sería particularmente conveniente de alguna manera vincularse al RAIS, ello no alcanzaría a abarcar la información que se exige suministrar en estos casos, tan solo constituiría uno de los varios puntos a abordar.

En ese orden de ideas, no es posible colegir que la pasiva suministró a la demandante toda la información sobre las implicaciones del cambio del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, por lo que habrá de revocarse la decisión de primera instancia para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la actora a Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A., el 1° de agosto de 1995.

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes en que el Fondo Privado demandado debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil.

En este punto, resulta oportuno mencionar que si bien la demandante estuvo afiliada en forma primigenia a Cajanal, quien debe recibir la afiliación de la actora es Colpensiones, pues en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la sentencia SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su

supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

De conformidad con el precedente citado y el marco normativo allí aludido, se tiene que ante la liquidación y supresión de Cajanal, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por los afiliados a los fondos privados en este tipo de asuntos.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, rendimientos, primas de seguros, sumas adicionales, entre otros, debe tenerse en cuenta que igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben devolver al sistema todos los valores que hubieren recibido con motivo de la afiliación, así lo indicó entre otras en las sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, SL1688-2019, al indicar en lo pertinente:

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus

frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la sentencia SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el término trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

De conformidad con el precedente citado, se tiene que la prescripción resulta inaplicable en asuntos en los que se pretenda la nulidad de traslado de régimen en tanto que sus consecuencias son de tipo declarativo pues atienden al deber de examinar la expectativa del afiliado a recuperar el RPM, además por su nexo de causalidad con un derecho

irrenunciable e imprescriptible y por el carácter declarativo de la pretensión principal, en ese orden y como los conceptos cuya devolución se ordena están destinados precisamente a la construcción del derecho pensional del actor tampoco se ven afectados por esta figura.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la pérdida o conservación del régimen de transición, conviene recordar que ello solo será posible analizarlo cuando se tenga la totalidad de información y recursos del demandante en el régimen de prima media, como quiera que es indispensable que los aportes del afiliado se encuentren debidamente reflejados en su historia laboral para poder analizarse aspectos como el solicitado con datos concretos y de manera precisa y sin lugar equívocos.

Costas en esta instancia a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 17 de mayo de 2022, para en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la demandante STELLA AMPARO GARCÍA MEDINA, realizada a la SOCIEDAD

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a partir del 1 de agosto de 1995. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, gastos de administración sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos, gastos de administración y actualizar su historia laboral.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA LUCIA TRUJILLO FERNANDEZ CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 039 2019 00811 01

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de octubre de dos mil veintitrés (2023).

AUTO

Atendiendo a lo manifestado por el memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la firma UNIÓN TEMPORAL W&WLC U.T., como apoderada general de la demandada Colpensiones en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones contra la sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., y a revisar la misma en grado jurisdiccional de consulta. En la sentencia de primera instancia se condenó al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a la actora en 13 mesadas anuales junto con el pago de intereses moratorios.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto que se ordenara el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes desde el 23 de abril de 2019, junto con el retroactivo pensional generado hasta la fecha de inclusión en nómina y los intereses moratorios causados, al pago de las sumas adeudadas debidamente actualizadas, a las costas y agencias en derecho y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

Sustentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que contrajo matrimonio católico con el señor Hipólito Rojas Santisteban el 28 de febrero de 1981; que de dicha unión procrearon 3 hijos; que entre la pareja se generó una cesación de efectos civiles del matrimonio católico mediante sentencia del 10 de julio de 2003, proferida por el

Juzgado 17 de familia del Circulo de Bogotá; que a pesar de la cesación de efectos civiles nunca dejaron de brindarse ayuda y apoyo mutuo, colaboración de gastos del hogar, acompañamiento a citas médicas, reuniones, entre otros, manteniendo con ello el lazo efectivo vigente; que el 21 de mayo de 2015, se llevó a cabo liquidación de la sociedad conyugal; que dada la cercanía que se mantuvo luego de la cesación de efectos civiles ambos decidieron contraer nuevo matrimonio civil el día 4 de junio del 2015; que al señor Hipólito Rojas, mediante resolución No. GNR 186870 del 23 de junio de 2015, se le reconoció pensión de invalidez a partir del 1° de julio de 2015, en cuantía inicial de \$644.350; que mediante Resolución No. GNR 1419623 del 30 de diciembre de 2015, se reliquidó la pensión de invalidez, a partir del 28 de abril de 2015, en cuantía de \$828.116 y que mediante Resolución No. SUB 157680 del 19 de junio de 2019, Colpensiones decidió negar el reconocimiento solicitado con fundamento en que no se lograba acreditar el tiempo mínimo de convivencia, decisión que fue conformada en Resolución No. SUB 214062.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó oponiéndose a las pretensiones de la demanda, aceptó algunos hechos, negó otros y refirió que no le constaban los restantes. El fundamento factico y legal de la oposición radico en que la actora no acreditaba los requisitos establecidos en el art. 13 de la ley 797 del 2003, esto era, la convivencia de la demandante con el causante dentro de los 5 años anteriores a su muerte, atendiendo lo

dispuesto en el artículo 13 de la ley 797 de 2003, pues de acuerdo a la información verificada, cotejo de la poca documentación, entrevistas y trabajo de campo, no se podía confirmar que el señor Hipólito Rojas Santisteban y la señora Martha Lucia Trujillo Fernández, convivieron por el periodo manifestado por la solicitante desde el 28 de febrero 1980 hasta 10 de julio 2003, fecha de separación y divorcio, retomando convivencia en el año 2008 (sin precisar día o mes), casados nuevamente 4 junio 2015 hasta 22 de abril 2019, fecha de fallecimiento del causante.

Propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de septiembre de 2021, el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que a la señora MARTHA LUCIA TRUJILLO FERNANDEZ le asiste el derecho a que la demandada COLPENSIONES le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes del causante HIPOLITO ROJAS SANTISTEBAN.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a la demandante MARTHA LUCIA TRUJILLO FERNANDEZ,

a partir del 22 de abril de 2019, en cuantía inicial de 1 SMMLV y por 13 mesadas al año, suma que deberá ser reajustada conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante MARTHA LUCIA TRUJILLO FERNANDEZ la suma de veintiséis millones trescientos ochenta y un mil ciento veinticinco pesos (\$26.381.125) por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 22 de abril de 2019 al 31 de agosto de 2021, cifra de la cual la entidad descontara lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a pagar a la demandante MARTHA LUCIA TRUJILLO FERNANDEZ, intereses moratorios sobre las sumas adeudadas a partir del 8 de julio de 2019 y hasta cuando se verifique el pago de las mismas.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO: CONDENAR en costas a la parte demandada COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de (01) SMMLV.

SEPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones, de conformidad con el inc. 3 artículo 69 del CPT y SS.”

Como fundamento de su decisión el juzgado argumento que de las manifestaciones realizadas por la demandante en su interrogatorio y lo señalado por los testigos se podía establecer una comunidad de vida superior a los 5 años que exigía la norma, de donde fluía con naturalidad que se trataba de una pareja establece con la intención de adelantar la vida en común y a través de los propósitos usuales de la familia, aludiendo que si bien en la investigación administrativa adelantada por Colpensiones las conclusiones arrojadas en la misma daban por no demostrada la convivencia, analizada esa información no se encontraba que las manifestaciones allí señaladas desvirtuaran la comunidad de vida, pues de las entrevistas realizadas no quedaba claro que los declarantes tuvieran cierto grado de cercanía con la pareja y además de la historia clínica aportada se colegía que el causante era una persona con un delicado estado de salud debido a una

enfermedad renal crónica en hemodiálisis, lo que seguramente implicaba un desplazamiento constante de su residencia a una entidad renal para realizarse dicho tratamiento.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de apelación contra la decisión, sustentando en la alzada y en sus demás argumentaciones, en síntesis, lo siguiente:

Que debía tenerse en cuenta que en este caso la demandante no demostró que hubiese convivido con el causante en los 5 años previos a su fallecimiento, conforme lo dispone el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, señalando que la misma actora reconoció vagamente que se habían separado, vuelto a convivir y se volvieron a casar en el año 2015, no obstante, el causante falleció en el año 2019, por lo que no habían transcurrido 5 años de convivencia, que si bien el testigo Andrés Rojas Trujillo, señaló que sus padres se habían separado en el año 2003 y los mismos volvieron a convivir para el año 2008, tal testimonio estaba viciado por el interés que el mismo tenía y finalmente, la señora Gloria Sarnosa indicó que visitaba ocasionalmente a la demandante y a su compañero, también indicó que durante la separación de la demandante la misma tuvo otra relación sin suministrar más información al respecto, razones por las cuales debía revocarse la decisión.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente efectuar el reconocimiento de la sustitución pensional pretendida por la actora.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) el señor Hipólito Rojas Santisteban, falleció el 22 de abril de 2019; ii) que la actora y el causante contrajeron matrimonio en dos ocasiones, el primero *-católico-* que estuvo vigente entre el 28 de febrero de 1981 hasta el 10 de julio de 2003, cuando obtuvieron cesación de efectos civiles y el segundo *-civil-* contraído el 4 de junio de 2015 y iii) que Colpensiones mediante resolución No. GNR 186870 del 23 de junio de 2015, le reconoció pensión de invalidez al causante a partir del 1° de julio de 2015, en cuantía inicial de \$644.350, la cual fue reliquidada mediante Resolución No. GNR 1419623 del 30 de diciembre de 2015, a partir del 28 de abril de 2015, en cuantía de \$828.116

Bajo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte del señor Hipólito Rojas Santisteban, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (22 de abril de 2019).

Así, se tiene que **el artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), contempla los requisitos generales para obtener la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional en los siguientes términos:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, (Subrayas y negrita fuera de texto)

2. 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 y se acrediten las siguientes condiciones:

(...)”.

A su turno el **artículo 47 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, a las siguientes personas:

“(....)

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo¹. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

¹ la Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, declaró condicionalmente exequible tal aparte, en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

c) Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes; y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

(...)”

De la anterior normativa se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un pensionado, se tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes cuando se acredite la convivencia con él o la causante por espacio de 5 años anteriores a la muerte y que la pensión sería vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tuviera más de 30 años al momento del fallecimiento, así como que en caso de convivencia simultánea o en los eventos en que se mantiene vigente la unión matrimonial pero existe una separación de hecho, se dividirá el monto de la pensión en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido (C.S.J., S.C.L, Sentencias Rad. No. 40055 de 2011, SL13368-2014 y SL1399-2018).

Bajo el anterior entendimiento, se procederá a analizar si en este caso se encuentra acreditada la convivencia por el tiempo exigido en la norma. Sobre el particular, lo primero que habría que resaltar es que en los propios supuestos fácticos aducidos en la demanda no se precisa la existencia de una convivencia entre los señores Martha Lucia Trujillo e Hipólito Rojas Santisteban después del divorcio o cesación de los efectos civiles del matrimonio católico (2003) y hasta cuando contrajeron nuevamente matrimonio (2015), siendo que lo que se señaló es que durante dicho lapso se mantuvo

el lazo efectivo vigente y dada la cercanía presentada decidieron contraer matrimonio civil en el año 2015.

Nótese que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante la misma aludió que se casó con el causante el 28 de febrero de 1980, que luego se separaron en el año 2003, que en el año 2008 volvieron a la relación y en el año 2015, se volvieron a casar; también mencionó que el causante padecía una enfermedad renal de unos 7 años; es decir que el demandante ya se encontraba enfermo para cuando contrajo matrimonio por segunda vez con la actora, aspecto que es coincidente con los registros realizados en la historia clínica allegada en donde se señala que el causante era un paciente con múltiples comorbilidades, enfermedad renal crónica en hemodiálisis e hipertensión arterial.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que el señor Libardo Andrés Rojas Trujillo, es hijo de la demandante y del causante, el cual podría estar parcializado dado el interés de su madre en el proceso y si bien su testimonio coincide con lo señalado por la señora Gloria Mercedes Sarnosa², en cuanto a los tiempos de convivencia entre la actora y el causante (casados hasta 2003, separados 2003 hasta 2008, conviviendo nuevamente desde 2008 en adelante hasta la muerte), actividad a la que se dedicaba el causante, barrios en los que se había dado la convivencia, descripción de la última casa en donde residía la pareja, enfermedad del causante y lugar exequias, no se informó con exactitud la frecuencia con la que la señora Gloria visitaba a la pareja,

² Quien manifestó haber sido compañera de trabajo de la demandante en inversiones ibero Caribe

pues lo que atino a señalar era que los visitaba ocasionalmente y en algunas fechas especiales sin ser capaz de mencionar por ejemplo a que otras personas se encontró cuando visitaba a la pareja, resultando extraño que recordara con tanta exactitud las fechas específicas en las que se dio la convivencia y la forma tan coincidente de los relatos de ambos testigos.

Adicionalmente, tales declaraciones contrarían la realidad ya que con el actuar de los señores Martha Lucía Trujillo Fernández e Hipólito Rojas Santisteban, los cuales liquidaron la sociedad conyugal el 21 de mayo de 2015³, señalando que no existía pasivo ni activo social por inventariar, renunciando a gananciales que pudieran derivarse de bienes radicados en cabeza de uno u otro, aceptando renunciar al derecho de solicitar judicialmente la elaboración de inventario alguno y/o demandar petición sobre otros bienes que pudieran tener la calidad de sociales; evidenciando con ello su intención de no compartir ningún tipo de patrimonio, a pesar de que de lo señalado en el testimonio por el señor Libardo Andrés Rojas Trujillo, se desprendiera que si habían bienes como lo era la casa en que residía la familia; actos que no son consecuentes con el ánimo e intención de comunidad de vida.

Adicionalmente, no puede pasarse por alto que al suscribir la escritura de liquidación de sociedad conyugal se dejó una anotación por la actora y el causante en donde estos

³Prevía obtención de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso católico mediante sentencia de fecha 10 de julio de 2003, proferida por el Juzgado 17 de Familia de Bogotá D.C. en la cual se declaró disuelta la sociedad conyugal,

reconocen que ambos **eran solteros sin unión marital de hecho**, que antes estaban casados y obtuvieron divorcio con sociedad conyugal pendiente de liquidar.

En esa medida, no se entiende cual era la razón de protocolizar tales manifestaciones y sin más contrajeran matrimonio en el mes subsiguiente, aspecto que rompe a juicio de esta sala con la comunidad de vida que se pretendía evidenciar de tiempo atrás a la fecha de las nuevas nupcias, de suerte que en este caso solo habría lugar a considerar una convivencia, en gracia de discusión, a partir del nuevo matrimonio en el año 2015, con lo cual en todo caso para la fecha de fallecimiento del señor Rojas Santisteban, no se acreditaban los 5 años.

Como se observa, la valoración en conjunto de las pruebas allegadas y practicadas no suministra los elementos de convicción suficientes para encontrar una convivencia en los términos previstos en la ley y por el contrario dejan una evidencia por decir lo menos extraña, de liquidar una sociedad en las condiciones indicadas, para luego formalizar una relación en con un segundo matrimonio, con pocos días de diferencia y con mucha proximidad al reconocimiento pensional (**en todo caso sin completar los cinco años de convivencia**); razones por las cuales se procederá a revocar la decisión de primera instancia para en su lugar absolver a Colpensiones de todas las pretensiones formuladas por la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia emitida el 22 de Septiembre de 2021, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante señora Martha Lucia Trujillo Fernández, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

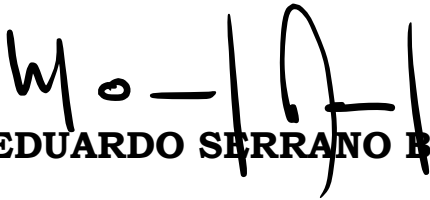
SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES HUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO