



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JEISON JAVIER GARCÍA VELASCO** contra **GRUPO NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S.**

EXP. 11001 31 05 027 2017 00420 01.

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante que se declarara la existencia del contrato de trabajo contra el GRUPO NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S. y que se le condenara a reintegrarlo sin solución de continuidad; a la afiliación y pago de los aportes a la seguridad social, y a pagarle los valores prestacionales debidamente indexados y las costas. De manera subsidiaria, y en caso de que se considerare que su despido produjo efectos, este carece de justa causa por encontrarse protegido por su estado de debilidad manifiesta, y se declare, además, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido; que el despido se produjo sin autorización del Inspector del Trabajo y por tanto sin justa causa, y que se la condena al pago de la liquidación de prestaciones sociales; la indemnización moratoria por el no pago de sus prestaciones; la indemnización por despido y a la adicional de 180 días de sal según la Ley 361 de 1991 y a las costas.

Para el efecto, manifestó que estuvo vinculado a la demandada mediante un contrato verbal de trabajo como ayudante de construcción; que se vinculó el 15 de junio de 2013; que su salario devengado fue \$450.000 mensuales; que no fue afiliado al sistema general de seguridad social; que el 17 de noviembre de 2014, sufrió un accidente de trabajo, siendo atendido por un médico, que le diagnosticó discopatía lumbar por caída de nueve metros; que la demandada asumió parcialmente los costos del accidente; que el 31 de diciembre se le notificó la terminación de su contrato de trabajo; que mediante sentencia de tutela del 11 de abril de 2017, proferida por el Juzgado Tercero Penal Municipal para adolescentes con Control de Funciones de Garantías, se ordenó a la demandada su reintegro, lo cual no ha cumplido; que se le adeudan los conceptos

prestacionales y parafiscales desde el 15 de junio de 2014, hasta la fecha, y que tampoco le ha pagado los salarios adeudados entre la terminación del contrato y la fecha actual, como tampoco los aportes a la Seguridad Social.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 29 de noviembre de 2017, ordenándose su notificación y traslado a la demandada. (f.º 36).

GRUPO NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S., se opuso a las pretensiones del demandante, por cuanto con el demandante no existió relación laboral alguna. Propuso las excepciones de buena fe, mala fe del demandante, abuso de confianza, indebida obtención de pruebas, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido e imposibilidad de interpretar a favor del demandante (f.º 48 - 63)

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete del Circuito de Bogotá, en sentencia de 4 de marzo de 2020, negó las pretensiones de la demanda, absolvió a la demandada y declaró probadas las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido.

El juzgado estableció como problema jurídico a resolver, el de la existencia del contrato de trabajo entre las partes. Trajo a colación los artículos 22, 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo, y respecto de la presunción de este último, afirmó que el trabajador debía demostrar la prestación personal del servicio, y correspondía al demandado desvirtuar la presunción de subordinación.

Aseveró que la sociedad GRUPO NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S., con NIT n.º 901014569-8, fue creada el 3 de octubre de 2017, según el certificado de existencia y representación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que aparece en los folios n.º 17 y 18. Asimismo, que la sociedad NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S., registra el NIT n.º 900568601-1 afilió al demandante a la seguridad social en el mes de noviembre de 2014 y lo tuvo hasta el 20 de septiembre de 2016 y que la misma sociedad lo afilió a la A.R.L. COLPATRIA. Que el representante legal de la aquí demandada dijo que el demandante no trabajó, sino que el hermano lo afilió, de lo cual se enteró un mes después y decidió mantenerlo como un favor.

Examinó el testimonio de Carlos Vega, quien dice que trabajó con el demandante y que este era ayudante de construcción, siendo el dueño Néstor Parra y el hermano Ilbar Parra el encargado. Después analizó los testimonios de Jaime Alberto Olivares Pérez y José Alfonso Hernández Pérez, quienes laboraron para Construcciones Nespar, quienes dijeron que el demandante no fue trabajador de la empresa, sino que iba para que Ilbar Parra la diera algún dinero o le prestara una herramienta. Desechó el testimonio de Luis Miguel Gamba, porque no conoce al demandante ni nada le consta.

Concluyó, que no estaba demostrada la prestación personal del servicio del demandante al GRUPO NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S., la que solo vino a constituirse el 3 de octubre de 2017, por lo que antes de esta fecha era imposible que le hubiera prestado servicios. Sobre el testigo Carlos Vega, dijo que no podía establecerse con certeza que el demandante fuera trabajador del GRUPO NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S., pues se refirió al señor Ilbar Parra que era el que le pagaba el salario sin que se demostrara que hubiera trabajado para la citada empresa y sin que tampoco precisara que las obras en las cuales el demandante presuntamente prestó servicios,

fueran obras que adelantara la sociedad GRUPO NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S., sino que se refirió indistintamente a los señores Nelson o Ilbar Parra como los presuntos empleadores.

En cuanto a la afiliación del actor a la seguridad social, anotó que la que lo afilió fue una persona jurídica diferente, que no fue vinculada al proceso a pesar de encontrarse en liquidación y no se demostró que tuviera alguna relación jurídica con GRUPO NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S. Dijo, que fue el mismo demandante el que afirmó en los hechos de la demanda que con posterioridad al accidente de trabajo no siguió laborando, pues en el hecho octavo se refirió a un presunto accidente de trabajo, fue atendido por varios médicos y que el 31 de diciembre de 2014, le fue notificada la terminación del contrato de trabajo.

Por tanto, el demandante no cumplió con la carga probatoria de demostrar que había prestado personalmente el servicio a la demandada, por lo que había que negarse las pretensiones de la demanda sin condena en costas para el actor, por estar sujeto a amparo de pobreza.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante presentó recurso de apelación contra la sentencia absolutoria, porque están demostrados todos los elementos del contrato de trabajo, especialmente la prestación personal del servicio. Que el testigo Carlos Vega dio cuenta de que el demandante laboró como ayudante de construcción a Nespar Construcciones, y que si bien no especifica si fue a esta empresa o el Grupo Nespar Construcciones, dejó claro que Nespar Construcciones estaba a cargo de Néstor Parra y que el maestro de obras encargado era el señor Ilbar Parra.

Que en el interrogatorio que rindió Néstor Parra como representante legal de la demandada dejó en claro que también era el dueño de la empresa y como tal era él quien tomaba todas las determinaciones de la misma. Y que si bien es cierto que la empresa demandada surgió al mundo jurídico a partir de 2016, también lo es que cuando el demandante sufrió el accidente de trabajo en el 2014, existió una unidad de empresa con Construcciones Nespar S.A.S. en los términos del artículo 194 del C.S.T., como lo prueba el folio 71 donde está el acta de disolución de la Cámara de Comercio de Bogotá, de que Néstor Parra tenía predominio económico en las acciones de Construcciones Nespar S.A.S., quien fue la sociedad que afilió al demandante a la Seguridad Social, lo que indica que bajo juramento al firmar las planillas, reconoce que él era el empleador en las dos empresas.

Que el mismo Néstor Parra expresa que liquidó la otra empresa por instrucciones de su contador, y que la nueva empresa tenía el mismo objeto social y continuó con los mismos trabajadores. Destacó que en las planillas de pago de aportes donde figura el demandante, también aparece como trabajador de las empresas el señor Ilbar Parra, quien actuaba como representante del empleador.

Pide que se le de aplicación a la primacía constitucional para declarar la existencia del contrato de trabajo, pues fue la misma persona que constituyó varias empresas, pero en la realidad fue el mismo vínculo laboral sin interrupción el que tuvo el demandante.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como

problema jurídico, verificar si entre las partes de este proceso hubo un contrato de trabajo como lo relata el demandante.

Para el efecto, se advierte que es incuestionable que la sociedad GRUPO NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S., que fue la que aquí se demandó, nació a la vida jurídica el 3 de octubre de 2016, conforme se desprende del certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio de Bogotá (f.º 17-18), por lo que en verdad no resulta cierto que el demandante le prestó servicios personales en el tiempo afirmado en la demanda.

Es claro que a la sociedad a la que pudo haberle prestado servicios el actor fue NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S., matriculada el 8 de noviembre de 2012, y que se encuentra en estado de liquidación, según el certificado de Cámara de Comercio de Bogotá (f.º 67-68) y que fue la que lo afilió a la Seguridad Social.

Sin embargo, debe recordarse que la sociedad por acciones simplificada (S.A.S) puede ser unipersonal o puede estar constituida por varios accionistas, pero su patrimonio es distinto de la persona o de las personas que la conforman, y la responsabilidad del socio o socios está limitada hasta el monto de los aportes, según los lineamientos establecidos por la Ley 1528 de 2008 y el Decreto 2020 de 2009.

Ahora, toda la argumentación de la parte demandante apelante está construida sobre la figura de la unidad de empresa establecida en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo. No obstante, esa alegación constituye una modificación sustancial inadmisibles en este momento de los hechos de la demanda, en los que no mencionó siquiera esa figura como uno de los soportes del contrato de trabajo que se pregonó en la demanda.

El juez debe fallar de acuerdo con los hechos del proceso afirmados tanto en la demanda como en su contestación, sin que pueda salirse del marco procesal señalado por las partes, salvo la situación prevista en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que le permite al juez laboral de primera o de única instancia fallar extra o ultra petita, pero siempre que los hechos hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente acreditados, lo que demuestra que también en esta posibilidad excepcional el derecho a la defensa está realmente garantizado, lo que no ocurre cuando en el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado se introducen nuevos hechos que afectan seriamente el derecho de defensa y de contradicción.

En ese orden, se repite, no hay ninguna prueba que acredite que el demandante hubiera prestado servicios personales a la sociedad demandada GRUPO NESPAR CONSTRUCCIONES S.A.S., por lo no puede operar en su favor la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada, sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

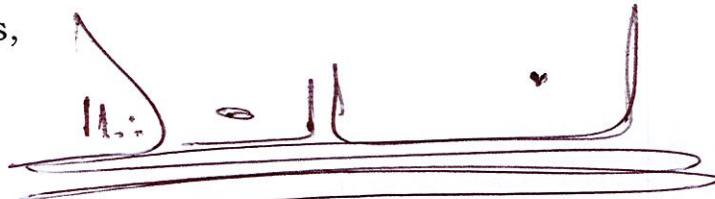
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de marzo de 2020, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

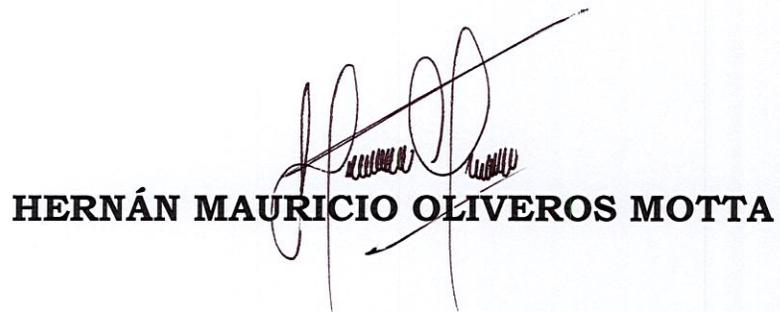
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

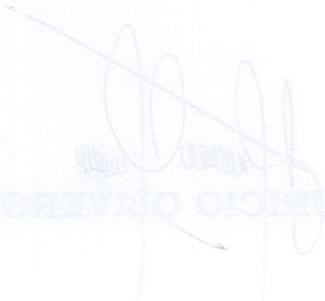
El presente es un extracto de los autos, en los que se declara la nulidad de la sentencia de primera instancia, en virtud de que el juez no cumplió con las formalidades legales.

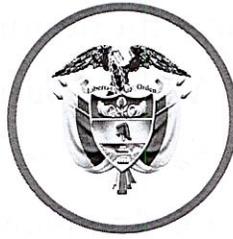
NOTIFICACIÓN Y CUMPLASE

Los Magistrados,


DAVID A. J. CORREA STEIER


ANGELLA LUCIA MUELILO VARÓN


HERNÁN MAURICIO QUIROZ MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **LUCELLY GARCÍA RICO** en contra de **COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A.** y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 023 2019 00070 01.

Bogotá D.C., diez (10) de diciembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL10256-2020 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare nulo y/o ineficaz el traslado que hizo del R.P.M. al R.A.I.S., y la movilización entre fondos que efectuó. Por tanto, solicitó que se ordene a Protección S.A.

reportar la novedad al Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensiones (S.I.A.F.P.), para quedar válidamente asignada a Colpensiones como única entidad encargada de administrar sus recursos; y que traslade a Colpensiones todos los saldos tales como bonos pensionales, sumas adicionales, aportes a pensión, capital acumulado, monto de los aportes, cotizaciones correspondientes al riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte, junto con sus rendimientos, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; solicitó igualmente, que se ordene a Colpensiones, que una vez reciba tales dineros, la afilie.

Para el efecto, manifestó que nació el 26 de enero de 1963; se afilió al R.P.M. desde 11 de enero de 1982 hasta el 30 de septiembre de 1999; se vinculó a Protección desde octubre de 1999 a la fecha, y tiene más de 1728 semanas cotizadas; que el formato de vinculación de fecha de 30 de septiembre de 1999, restringió su voluntad de afiliación debido a que no se le explicaron las consecuencias del traslado de régimen; que el formato de solicitud de vinculación a Porvenir S.A. no contiene información sobre lo que conlleva abandonar el R.P.M., y las posibles consecuencias futuras, y que ninguna de las A.F.P. a las que estuvo vinculada le brindó una información sobre el cambio de régimen pensional, ni sobre las ventajas y desventajas previstas en la Ley 100 de 1993, respecto de las diferencias que existían entre el I.S.S. y el fondo privado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 26 de febrero de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

Colpensiones, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y para tal efecto, propuso como excepciones la de validez de afiliación al R.A.I.S., cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, y compensación.

Porvenir S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda, e invocó las excepciones de mérito de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante, el formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo.

Protección S.A., se opuso al proponer las excepciones de inexistencia del perjuicio causado, declaración de manera libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a A.F.P. Santander, hoy Protección S.A., buena fe, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y prescripción.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia del 25 de febrero de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de la actora al R.A.I.S. administrado por Porvenir S.A. y Protección S.A., a quienes condenó a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos desde el primero de noviembre de 1999 hasta la fecha, con todos los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del

Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia; declaró que la demandante para efectos pensionales, se encuentra afiliada al R.P.M. administrado por Colpensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, y condenó en costas a Porvenir S.A.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

Colpensiones, expresó que la simple manifestación de inconformidad de que el valor que se recibirá como mesada pensional en el R.P.M. es superior al del R.A.I.S., no constituye prueba de que cuando la actora realizó el traslado, lo hizo movida por un engaño o una equivocada información. Indicó, que la demandante en su interrogatorio, manifestó que nunca buscó asesoría, que no tenía interés alguno respecto de su pensión, y que el motivo principal es que se encuentra inconforme con su mesada pensional. Finalmente, señaló que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo, pues no había una expectativa legítima para la demandante, como quiera que a la hora del traslado contaba con menos de 750 semanas cotizadas, y le faltaban más de 20 años para acceder a su pensión.

Porvenir S.A., pretendió su absolución frente a las costas y gastos de administración, dado que dio cumplimiento al deber de información en el momento de afiliación de la actora, pero que no estaban obligados a suministrar ningún soporte, e indicó que los gastos de administración son generados por el servicio que la administradora da a los afiliados para generar rendimientos en cada una de las cuentas de ahorro individual, y que en el R.P.M. también se hace un descuento por este concepto, por lo que se estaría

privilegiando a una de las partes en un negocio jurídico, el cual como la demandante lo manifestó fue de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo que generaría un enriquecimiento sin causa, desequilibrio y una desigualdad entre las partes.

Protección S.A., solicitó ser excluida de la devolución de los gastos de administración y sumas adicionales, con fundamento en el artículo 1746 del Código Civil, por cuanto que no se puede desconocer que el bien administrado produjo frutos y unas mejoras que obtuvo la afiliada traducidos en rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de la A.F.P., de ahí la comisión de administración, la cual se debe conservar si efectivamente hizo rentar el patrimonio del afiliado; de manera que, si devuelve dichas sumas, ello constituye un enriquecimiento sin causa en favor de la demandante.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional del aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente; en los términos establecidos en la sentencia STL10256 de 2020 de la Sala de Casación Laboral, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por esta Corporación, y se ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que la Sala de Casación Laboral del Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador

constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

«(...) [L]a ineficacia del traslado de régimen pensional no solo procede en relación de los beneficiarios del régimen de transición; ello en razón a que la Corte no ha condicionado en su jurisprudencia a que el afiliado demuestre ser beneficiario del régimen de transición a fin de que sus pretensiones sean despachadas de forma favorable, como quiera que ello carecería de justificación constitucional, pues sería tanto como otorgar tal derecho a un grupo de afiliados en desmedro de otros.

(...) [L]as administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado, sin que ninguna de ellas se afirme o se insinúe que solo se aplique a los beneficiarios del régimen de transición.

(...) [E]l deber de información no se agotaba con solo el diligenciamiento de un formulario, (...).

(...) [L]a suscripción del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas similares, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado (...).

(...) [E]s a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado. (...).

(...) [L]a reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales (...)»

Además, la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación, hicieron referencia a las sentencias CSJ SL, 09 sep. 2008 rad. 31989, SL, 9 sep. 2008 rad. 31314, SL, 22 nov. 2011 rad. 33083, SL12136-2014, SL19447-2017, la SL1688, SL1689, SL4426, SL1452 de 2019, y STL3199-2020.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 26 de enero de 1963 (f.º 22); **ii)** que a 1.º de abril de 1994 tenía un total de 476 semanas cotizadas en el R.P.M. (f.º 23); **iii)** que el 30 de septiembre de 1999, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (f.º 95), y posteriormente a Protección S.A., el 14 de julio de 2003 (f.º 142); y **iv)** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión apelada y consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A. y Protección S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional.

En consecuencia, se confirma la sentencia de primera instancia. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

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

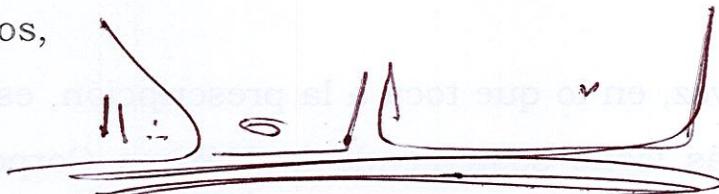
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de febrero de
2020, por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de
conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JUAN MANUEL LATORRE MURILLO** en contra de **LA NACIÓN – MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** y de la **FIDUCIARIA COLOMBIANA DE COMERCIO EXTERIOR S.A. – FIDUCOLDEX**, en calidad de vocera y administradora del **FIDEICOMISO CRÉDITOS LITIGIOSOS IFI**.

Litis consortes necesarios: **LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES**.

EXP. 11001 31 05 039 2016 00349 02.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados **ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**, **HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA** y **DAVID A. J. CORREA STEER**, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante,

contra la sentencia proferida el 17 de agosto de 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se declare que fue trabajador oficial del extinto I.F.I., entre el 29 de septiembre de 1989 y el 16 de noviembre de 1990, y que adquirió su derecho a que su bono pensional sea liquidado con base en \$923.397,13; en consecuencia, se declare que dicha entidad causó un daño y perjuicio económico que incide directamente en la cuantía de su pensión de vejez, por lo que Fiducoldex, debe ser condenada a pagarlos tasados *«como la diferencia entre el valor del bono pensional, calculado a fecha de corte -FC, liquidado con el salario real devengado (...) a 16 de noviembre de 1990 y el bono pensional liquidado, a fecha de corte - FC, conforme con el salario que efectivamente reportó el (...) IFI a dicha fecha, debidamente actualizada y capitalizada hasta la fecha de redención del bono pensional y actualizada hasta la fecha de pago efectivo de la obligación»*, más el valor de redención del bono pensional debidamente actualizado con el I.P.C., desde a fecha de redención hasta la fecha de pago efectivo; los intereses correspondientes a la tasa del D.T.F. pensional, sobre la suma establecida desde la fecha de corte del bono pensional hasta la fecha de su redención; los intereses de mora por falta de emisión completa del bono en los términos de los artículos 10.º inciso 5.º y 18 del Decreto 1299 de 1994 (f.º 89-91).

Como sustento fáctico relevante de sus pretensiones, manifestó que cotizó al I.S.S. desde el 26 de mayo de 1969; se vinculó mediante un contrato de trabajo a término indefinido entre el 29 de septiembre de 1989 y el 16 de noviembre de 1990 al extinto I.F.I., con un último salario de \$923.397,13; sin embargo, el I.F.I. reportó al I.S.S. \$590.010 como último salario; estuvo inactivo laboralmente desde

esa data hasta el 30 de junio de 1992; se trasladó al régimen de ahorro individual el 1.º de noviembre de 1996, por lo que adquirió su derecho al bono pensional tipo A modalidad 2, siendo esta la fecha de corte, la Oficina de Bonos Pensionales emitió el bono pensional a su favor, tomando como salario base, el reportado por el I.F.I., y no el salario real, lo cual le fue informado por la A.F.P. Porvenir S.A., quien tuvo en cuenta en su historia laboral el valor reportado por el I.F.I., es decir \$590.010.

Sostuvo, que el I.F.I. se liquidó con base en el Decreto 2590 de 2003, por lo que quien asumió las obligaciones pensionales a cargo de la misma, es el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo; el 22 de agosto y el 24 de diciembre de 2014, solicitó a dicha Cartera la expedición de las certificaciones laborales en formatos 1A y 2 para efectos de la liquidación del bono pensional, lo cual fue negado el 8 de septiembre de esa anualidad y el 19 de enero de 2015; el 21 de diciembre de 2015, solicitó al Ministerio pagar la diferencia del bono pensional, lo que también fue negado el 6 de enero y el 2 de febrero de 2016, mediante comunicaciones n.º GTH-2004 y GTH-3086 (f.º 91-94).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Previa subsanación, la demanda se admitió el 22 de julio de 2016, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 11); mediante autos proferidos dentro de audiencias celebradas el 29 de marzo y el 18 de octubre de 2017, se ordenó la vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de Porvenir SA y de Colpensiones (f.º 210, 227, 342, 347).

El Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, contestó con oposición y propuso como excepciones de mérito las de falta de

legitimación por pasiva, inexistencia de la obligación reclamada, cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe (f.º 115-121).

Fiducoldex S.A., se opuso a lo pretendido y en su defensa propuso las excepciones denominadas falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones que se pretender deducir a su cargo, no agotamiento de la reclamación administrativa, prescripción y buena fe (f.º 134-152).

Porvenir S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones y para tal efecto propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de obligación a su cargo, ausencia de responsabilidad de Porvenir S.A. en la emisión del bono pensional conforme al salario real devengado, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y compensación (f.º 235-248).

El Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se opuso a lo pretendido y excepciono la inexistencia de obligaciones a cargo del emisor del bono pagado por resolución n.º 5105 de 2008, falta de legitimación en la causa, buena fe y prescripción (f.º 292-321).

Colpensiones, contestó con oposición y en su defensa excepcionó prescripción, inexistencia del derecho reclamado, buena fe y cobro de lo no debido (f.º 361-363, 376-378).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 114).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 17 de octubre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado, en consecuencia, absolvió a las

demandadas de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante (f.º 405-407).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, sostuvo que se deben tener en cuenta todos los factores salariales aducidos en el artículo 45 del Decreto 1045 de 1978, así como las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas antes de la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968, por la que la suma a tener en cuenta es de \$923.397,13, máxime porque el artículo 76 del Decreto 3063 de 1989, impone la obligación a los empleadores de informar de informar al Instituto de seguros Sociales, tanto en la inscripción de sus trabajadores, como en las relaciones mensuales de novedad, de los salarios reales devengados por estos, aun cuando dicho salario sobrepase el límite superior de la máxima categoría señalada por el I.S.S.; consideró entonces, que tiene derecho a que el salario de referencia que sirve de base para la liquidación del bono pensional se calcule como lo establecía el literal a) del artículo 5.º del Decreto 1299 de 1994 y el Decreto 3366 de 2007, es decir, tomando el salario devengado a 30 de junio de 1992, con los factores ya mencionados.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si resulta viable tener en cuenta la suma de \$923.397,13, para efectos de liquidar el bono pensional del demandante.

Sea lo primero advertir, que para quien en la fase inicial del sistema integral de pensiones estuvo aportando al régimen de prima

media con prestación definida –como es el caso del actor, si se tiene en cuenta el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por Colpensiones, el aviso de entrada del trabajador y la certificación laboral expedida por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (f.º 23, 34, 364, 199)-, no existe razón alguna para que sea respecto a otro régimen, que se determinen las consecuencias de las faltas al deber de cotización de un empleador. Igualmente, se aclara que los bonos pensionales tipo A – que es respecto del cual en el libelo introductor se solicita su reliquidación o pago de la diferencia dejada de reportar-, representan el valor necesario para cubrir una pensión bajo las reglas de financiación previstas en el régimen de ahorro individual; mientras que el cálculo actuarial es representativo del valor estimado para las pensiones que se financian con el sistema de prima media, que administraba el extinto I.S.S., hoy Colpensiones; luego, si el empleador, aparentemente incumplió respecto de este último sistema, es bajo esas reglas que se debe hallar la reparación, esto es, con las estimaciones actuariales frente al sistema de prima media con prestación definida.

En esa medida, considera la Sala que la solicitud efectuada por la parte actora, relacionada con liquidar la presunta deuda respecto a un sistema pensional de ahorro individual (“emitir el verdadero valor del bono Tipo A modalidad 2”), simplemente porque actualmente el demandante se encuentra afiliado al R.A.I.S. que administra Porvenir S.A. (desde el 18 de octubre de 1996 - f.º 29, 249-256), es improcedente, como quiera que ese sistema era inexistente para el momento de la aparente falta (cotizaciones deficitarias a 30 de junio de 1992, respecto del salario real devengado para esa época).

En todo caso, frente a la diferencia en el bono pensional la jurisprudencia laboral nacional ha sostenido que al empleador no le asiste responsabilidad alguna, porque al tenor de los Acuerdos del I.S.S. y demás normativas que regulaba las pensiones de vejez, entre ellas, lo relativo a los límites de las cotizaciones a los cuales se debían

someter las empresas inscritas en el extinto I.S.S., las mismas establecían un salario máximo asegurable, por encima del cual, la entidad de previsión social no podía recibir cotizaciones; por lo que si el afiliado a 30 de junio de 1992, realmente devengaba un salario superior a ese tope, el bono se debía liquidar de acuerdo con este último y no con el que se reportó o cotizó (CSJ SL, 31 mar. 2009 rad. 31855, SL10945 y SL16339 de 2014; CC C-734-2005, última que declaró inexecutable el artículo 5.º del Decreto 1299 de 1994 sobre el cual se basa la apelación).

De esta manera, aun cuando en la liquidación definitiva de prestaciones sociales efectuada en noviembre de 1990 en favor del demandante, se tuvo como base promedio para liquidar algunas acreencias el monto de \$923.397,13 (f.º 56-60, 77-81), lo cierto es que por una parte, el salario base con el cual debe liquidarse el bono pensional tipo A, es con el que se efectuaron las cotizaciones a la seguridad social y no con el salario devengado por el afiliado como parece entenderlo equivocadamente el apelante (CSJ SL1042 y SL2876 de 2019, STL3907-2020), y por otra parte, el Decreto 2610 de 1989, que aprobó el Acuerdo 048 de 1989, modificó y amplió la tabla de categorías y aportes del I.S.S., en la que se fijó el salario diario máximo asegurable en la suma de \$22.169, que equivalía a la suma mensual de \$665.070 y lo centró en la categoría 51, mientras que la categoría a la que correspondía el demandante era la 49 (\$590.010) por devengar como salario básico mensual \$581.400, como da cuenta la reseñada liquidación, la constancia de recursos humanos del Ministerio de Comercio, Industria y Comercio, y los comprobantes de nómina que reposan de f.º 35, 36, 179 a 186, 190, 191, 194 a 198, categoría sobre la cual debían hacerse las cotizaciones con base en lo establecido en el artículo 78 del Decreto 3063 de 1989, que adoptó el Reglamento General de Registro, Inscripción, Afiliación y Adscripción a los Seguros Sociales Obligatorios del extinto Instituto de Seguros Sociales.

Es que, para efectos de la liquidación del bono pensional de las personas que se trasladaron del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, el salario de referencia no es el devengado por el trabajador para el 30 de junio de 1992 sino el máximo asegurable permitido por los acuerdos del ISS según la categoría salarial de cotización correspondiente (CSJ SL, 27 oct. 2009 rad. 36438, SL15601-2016, SL8586-2017, SL1977-2019), sin que pueda acudirse al Decreto 3366 de 2007, que reglamentó el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, porque no consulta ni atiende al espíritu pretendido por el legislador de 1993, en materia de seguridad social integral, en la medida que no es un asunto que pueda ser definido por un simple decreto reglamentario, como lo ha señalado en varias providencias nuestro Máximo Órgano de Cierre.

De ahí que estuviera correcta la liquidación provisional del bono pensional tipo A, que se hiciera por \$590.010, como salario base reportado por el extinto I.S.S. (f.º 30, 31, 47,54, 55, 277, 278, 334-339), máxime cuando el artículo 3.º de la Ley 33 de 1985, modificado por la Ley 62 del mismo año, estableció que la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración de los empleados oficiales del orden nacional, como lo fue el demandante, estará constituida por los siguientes factores: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio, motivo por el cual, el empleador no podía realizar aportes sobre factores no consagrados en la normativa aplicable al caso del demandante, ni la administradora recibir esas cotizaciones.

Con base en lo anterior, considerada la Sala acertada la decisión absolutoria de la *a quo*, lo que conlleva a confirmar la decisión apelada. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

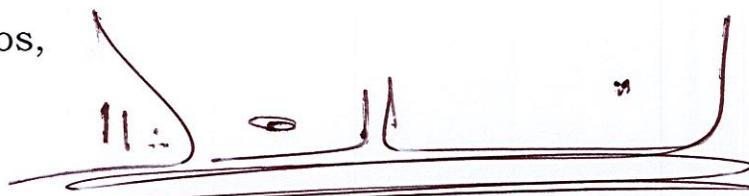
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

... de la República de Colombia
... por lo que se declara la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

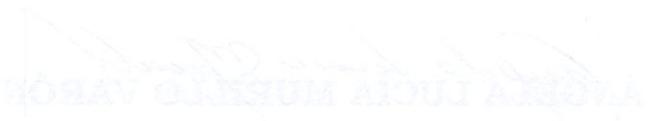
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no casación.

NOTÍFICOSE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA ESTER



LUCÍA MUÑOZ VARÓN



FABIAN MARTÍNEZ



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ALVARO FORERO**
en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –**
COLPENSIONES.

EXP. 11001 31 05 017 2019 00072 01

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, y dictar la siguiente,

SENTENCIA**I. ANTECEDENTES**

Pretendió el demandante, que se declarara que es beneficiario de la pensión de invalidez desde el 30 de septiembre de 2014, debido a que cumple con los requisitos legales y con los presupuestos de la sentencia SU-442 de 2016. Consecuencialmente, que se condenara a COLPENSIONES al pago de las mesadas causadas desde el 30 de septiembre de 2014, y en las que en lo sucesivo se generan mientras persistan las causas que le dieron origen; al pago de los intereses moratorios de las mesadas atrasadas desde su causación hasta la fecha en que se verifique el pago, en la forma dispuesta en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; al pago de los intereses moratorios de las mesadas atrasadas desde la publicación de la sentencia SU-446 de 2016; a lo que resultare probado ultra y extra petita, y a las costas del proceso.

Para el efecto, manifestó que tiene cotizado al sistema pensional un total de 944,71 semanas, las cuales fueron cotizadas entre el 17 de octubre de 1977 y el 1.º de julio de 2015; que antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 521 semanas cotizadas; que el 12 de diciembre de 2014 se le notificó el dictamen de pérdida de capacidad laboral, el cual arrojó un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 58.35%, con fecha de estructuración de 30 de septiembre de 2014; que la enfermedad que padece es una enfermedad degenerativa que comenzó en el año 2005; que el Acuerdo 049 de 1990, estableció que para alcanzar la pensión de invalidez bastaba con tener un porcentaje de pérdida de capacidad laboral superior al 50% y 300 semanas en cualquier tiempo o bien, dentro de los 6 años anteriores a la fecha de estructuración; que en varias sentencias, la Corte Suprema de Justicia estableció la posibilidad de aplicar el régimen anterior a la Ley 100 de 1993; que la Corte

Constitucional en sentencia SU-442 de 2016, indicó que a las solicitudes de pensión de invalidez le era aplicable el principio de la condición más beneficiosa; que el 3 de abril de 2018, le fue notificada la Resolución n.º SUB73250 de 16 de marzo de 2018, y que en este acto se le negó la solicitud pensional con fundamento en que pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia indican que la condición más beneficiosa solo se predica de la norma inmediatamente interior; que en dicha respuesta no se hizo referencia a la sentencia SU-442 de 2016; que el 16 de abril, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación; que el 11 de mayo de 2018, el recurso de apelación fue resuelto mediante la Resolución n.º SUB125669 de 9 de mayo de 2018, en la que COLPENSIONES se abstuvo de pronunciarse sobre la aplicabilidad de la SU-442 de 2016, y que el 23 de mayo de 2018, fue notificado del recurso de apelación que se resolvió mediante Resolución n.º DIR9346 de 16 de mayo de 2018, en la que confirmó en todas sus partes la decisión.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 13 de marzo de 2019, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 38).

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de del actor, con fundamento en que ya hubo un pronunciamiento judicial al respecto en donde se debatieron los mismos hechos y pretensiones referidos en el escrito de demanda, y se determinó que el actor no tenía derecho al reconocimiento a una pensión de invalidez; que no acreditó 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, y que por tanto no había lugar al reconocimiento de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Propuso la excepción de

prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, y buena fe (f.º 44 – 49).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en sentencia de 27 de febrero de 2020, declaró probadas las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación propuestas por la demandada; la absolvió de las pretensiones incoadas en su contra por el actor, y lo condenó en costas.

Consideró, que los problemas jurídicos a resolver consistían en determinar si el demandante cumplía las previsiones legales para acceder al reconocimiento de una pensión de invalidez; determinar la procedencia del principio constitucional de la condición más beneficiosa, y establecer la tesis que debía acogerse para dirimir la presente controversia, debido a que tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han emitido decisiones distintas respecto del presente asunto.

Esgrimió, que el demandante efectivamente cumple el requisito dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, de ser declarado invalido, por cuanto en el dictamen emitido por COLPENSIONES se determinó que tiene una pérdida de capacidad laboral del 58.35%. No obstante, señaló que no acreditaba el requisito de haber cotizado 50 semanas, dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente interiores a la fecha de estructuración, toda vez que esta data del 30 de septiembre de 2014, y de su historia laboral se podía advertir que entre el 30 de septiembre de 2011 y el 30 de septiembre de 2014, no cotizó las semanas requeridas.

Sobre el principio de la condición más beneficiosa, que pretendía

el actor fuera aplicable a su caso, manifestó que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-9780 de 2014, señaló que para su aplicación es necesario que el afiliado cumpla con la densidad de semanas de la norma inmediatamente anterior, por cuanto no era admisible aducir como parámetro cualquier norma legal que hubiese regulado el asunto en algún momento pretérito.

Al respecto, aseveró que en el presente caso el actor no cumplió con las semanas requeridas, al tenor de lo dispuesto en el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003, y que, en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, se debía acudir a lo dispuesto en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, por ser la norma inmediatamente anterior a la que entró en vigencia en el 2003, y a la fecha de estructuración de invalidez. Empero, indicó que el demandante tampoco acreditaba los requisitos establecidos en la norma anterior.

Finalmente, aclaró que si bien en sentencia SU-442 de 2016, de la Corte Constitucional, se contempla que para efectos del principio de la condición más beneficiosa, es la aplicación de la disposición inmediatamente anterior a la vigente de la fecha en que se estructura la invalidez cuando se dan los requisitos constitucionales para ello, sin que ello excluya la posibilidad de aplicar otra más antigua, también se aclara que dicha posición no es unánime, por cuanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sostenido de forma predominante, respecto del principio de la condición más beneficiosa, que la norma aplicable es la inmediatamente anterior a la estructuración de la invalidez, posición esta que fue acogida por el *a quo* para proferir su decisión.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El demandante, interpuso recurso de apelación para que fuera revocada la sentencia de primera instancia en su totalidad. Esgrimió, que aunque era respetable que el juez optara por el criterio adoptado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y no de la Corte Constitucional, se encontraba inconforme con la decisión por cuanto no se aplicó el artículo 21 del Código Sustantivo del Trabajo de la norma mas favorable.

Adujo, que como la interpretación del principio de la condición mas beneficiosa desarrollada por la Corte Constitucional nace de la Constitución, debía prevalecer sobre la interpretación de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dado que el órgano de cierre constitucional es el superior jerárquico del juez laboral.

Indicó, que la interpretación dada al caso del demandante no es la que se le debía dar, puesto que este cotizó semanas bajo una expectativa y después se cambiaron los presupuestos normativos, y que dicho cambio genera inseguridad jurídica.

Señaló, que parte de la sentencia se basó en el principio de sostenibilidad financiera, el cual surgió en el 2005 con la reforma a la Constitución, y que sobre este principio se estableció claramente que es la ley la que debe garantizar su cumplimiento y no los jueces debido a que estos les corresponde dar cumplimiento a unos principios constitucionales y legales.

V. CONSIDERACIONES

Cumplidos los trámites de segunda instancia, y sin causales de nulidad que invaliden lo actuado, esta Colegiatura procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo. El problema jurídico que verificará esta sala, es si el demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, y si para tal efecto, se debe dar aplicación al principio de la condición más beneficiosa.

Para el *a quo* no fue objeto de discusión que **ii)** el demandante se encuentra afiliado a Colpensiones, como se desprende de su historia laboral (f.º 16 - 18); **ii)** que le fue determinado un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 58.35%, mediante dictamen emitido por Colpensiones, de fecha de 14 de noviembre de 2014 (f.º 11 - 15); **iii)** que la pérdida de capacidad laboral del actor se estructuró el 30 de septiembre de 2014 (f.º 11 - 15), por lo que tiene la calidad de persona inválida conforme a lo establecido en el artículo 38 de la Ley 797 de 2003, **iv)** y que no registra semanas cotizadas en los tres años anteriores a esa fecha.

Pensión de invalidez - principio de la condición más beneficiosa.

Observa la sala, que la norma aplicable para establecer el cumplimiento de los requisitos de reconocimiento de pensión de invalidez es la vigente al momento en que se estructuró la pérdida de capacidad laboral del actor, criterio este que fue reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL - 3660 de 2020 y SL - 4261 de 2020. Por lo que en el presente caso debe aplicarse lo establecido en el artículo 1.º de la Ley 860 de 2003,

como quiera que era la norma vigente para el 30 de septiembre de 2014, fecha en la que se estructuró la invalidez del actor.

Así las cosas, no se equivocó el *a quo* al concluir que el afiliado no causó el derecho a la pensión de invalidez, dado que no cotizó 50 semanas dentro de los 3 años inmediatamente anteriores a la fecha en que se estructuró la invalidez, por cuanto dejó de realizar aportes al sistema de pensiones el 24 de febrero de 2010, como se desprende del reporte de semanas cotizadas emitido por Colpensiones (f.º 18).

Ahora bien, respecto del principio de la condición más beneficiosa, debe decirse que nuestro órgano de cierre ha establecido que su procedencia se predica de la aplicación del régimen inmediatamente anterior al vigente al momento de la estructuración de la invalidez (CSJ SL4482 - 2020; SL4338 - 2020; SL - 4339 de 2020; SL3403 - 2020 y SL3660 de 2020). No obstante, dicha corporación también ha establecido una serie de requisitos para su procedencia, cuando de la pensión de invalidez se trata respecto del tránsito legislativo entre la Ley 100 de 1993 y la Ley 860 de 2003. Así las cosas, en sentencia SL - 2358 de 2017, se especificaron dichos requisitos:

(...)

“3.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

- a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 26 de diciembre de 2003.
- c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.
- d) Que al momento de la invalidez estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes de la invalidez.

3.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo

a) Que al 26 de diciembre de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.

b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2002.

c) Que la invalidez se produzca entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006.

d) Que al momento de la invalidez no estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede a su invalidez.

4. Combinación permisible de las situaciones anteriores

A todas estas, también hay que tener presente, para otorgar la pensión de invalidez bajo la égida de la condición más beneficiosa, la combinación de las hipótesis en precedencia, así:

4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó no estaba cotizando

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo.

Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior a dicho estado, es beneficiario de la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, al afiliado no lo cobija tal postulado.

Aunque suene repetitivo, es menester insistir en que si al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, el afiliado se encontraba

cotizando al sistema y no le había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo, no goza de una situación jurídica concreta.

4.2 Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando se invalidó estaba cotizando

Acá, la situación jurídica concreta nace si el afiliado al momento del cambio legislativo, vale decir, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema pero había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002.

Ahora, si el aludido afiliado estaba cotizando al momento de la invalidez - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe suceder entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, y tenía 26 semanas de cotización en el cualquier tiempo, igualmente será beneficiario de la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa. La Sala juzga pertinente advertir que de no cumplirse este último supuesto, al afiliado no lo ampara dicho principio.

En el mismo sentido que en el caso delantero, y aún a riesgo de fatigar, debe acentuarse que si el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 26 de diciembre de 2003, no estaba cotizando al sistema y tampoco había aportado 26 o más semanas en el año inmediatamente anterior, esto es, entre el 26 de diciembre de 2003 y 26 de diciembre de 2002, no posee una situación jurídica concreta.”

De los requisitos citados con antelación, se desprende que para la aplicación del principio de la condición más beneficiosa es ineludible que la invalidez se haya estructurado entre el 26 de diciembre de 2003 y el 26 de diciembre de 2006, como quiera que en la citada sentencia se dispuso que solo era posible diferir los efectos de la Ley 860 de 2003 por 3 años.

Así las cosas, en el presente caso no es posible remitirse a la normatividad inmediatamente anterior, esto es, la Ley 100 de 1993, por cuanto la estructuración de invalidez del actor data del 30 de septiembre de 2014. De manera que, al no verificarse este supuesto

para la aplicación del postulado de la condición más beneficiosa habrá de **confirmarse** la sentencia apelada.

Sin costas en las instancias ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

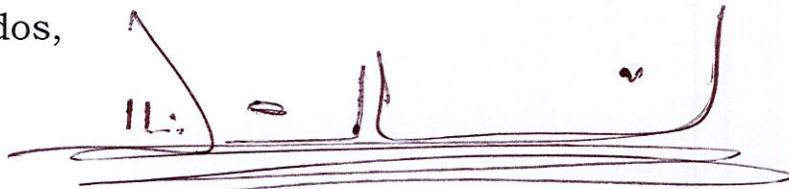
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de febrero de 2020, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

de la sentencia apelada.

Por lo tanto, en las instancias ante su no causación.

En consecuencia, de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de febrero de 2019, por el Juzgado Decisista Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MAYORÍA CORALIA STEER

SECRETARÍA GENERAL DEL TRIBUNAL


SECRETARÍA GENERAL DEL TRIBUNAL



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **ELSA ESNIDIA ALVARADO VILLA** en contra de **COLPENSIONES**, y **PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 003 2018 00464 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STP462/110434 - 2020 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la existencia del vicio del consentimiento que indujo a error en la afiliación por falta de cumplir con el deber de información por parte de Porvenir SA; en consecuencia, que se declare la nulidad o la invalidez de la afiliación a dicha entidad, y por tanto, para efectos pensionales, continúa

afiliada al régimen de prima media con prestación definida, administrado por Colpensiones, entidad a que Porvenir debe devolver todos los aportes.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 12 de agosto de 1960, se afilió al extinto ISS el 1º de junio de 1978, en donde cotizó 23 años y 5 meses hasta el 30 de noviembre de 2002; se afilió a Porvenir el 29 de octubre de 2002, con una previa charla efectuada por un asesor de la compañía, al grupo de trabajadores de la CTA Alianza Laboral, donde prestaba sus servicios para esa época, sin tener conocimiento alguno sobre regímenes pensionales; la entidad no le dio información financiera acerca de cómo se liquidaría su pensión, si sobre los requisitos que debía cumplir en uno u otro régimen para obtener dicha prestación, por ende, omitió dar información relevante y transparente que afectaba su futuro pensional, estando en el deber legar de hacerlo; el 12 de marzo de 2018 solicitó ante las demandadas la nulidad o invalidez de su afiliación, siendo negada la petición por parte de Porvenir; el 29 de junio de 2018 solicitó ante Porvenir, un simulacro pensional que arrojó una mesada pensional de \$781.242 en el RAIS, mientras que según una firma especializada en la materia, se estableció que de conformidad con la Ley 797 de 2003, al cumplir la edad, recibiría un monto aproximado de \$1.533.598 (5-6 vto).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 30 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas.

COLPENSIONES, se opuso a las pretensiones de la demanda, y formuló como excepciones la de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe.

PORVENIR S.A., también se opuso a las pretensiones del actor, e invocó las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá DC, en sentencia del 3 de abril de 2019, declaró la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS administrado por Porvenir SA, con efectividad a partir del 1º de diciembre de 2002, para entender vinculada a la demandante; en consecuencia, condenó a Porvenir trasladar a Colpensiones, todos los valores que recibió tales como cotizaciones, bonos pensionales, y en caso de existir, rendimientos financieros; a su vez ordenó a Colpensiones a aceptar dicho traslado, activar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad y actualizar la historia laboral, una vez ingresen esos valores; declaró no probada la excepción de prescripción; e impuso costas a cargo de Porvenir.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la aquí demandante estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, en los términos establecidos en la sentencia STP462/110434 - 2020 de la Sala de Casación Penal de la

Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019, por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

«i)(...) [E]l simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias

iii) [L]a información brindada por la A.F.P. debe instruir acerca de la totalidad de condiciones, riesgos y consecuencias de los regímenes pensionales, para que pueda entenderse cumplido el deber de debida información.

iii) [C]orresponde a la A.F.P. demostrar dentro del proceso laboral que sí cumplió con la carga antes mencionada, por ser quien está en posición de hacerlo.

(...) [P]ara lo que interesa al caso bajo estudio, se reitera, el deber de información ineludiblemente implica que también se comuniquen al interesado las desventajas, riesgos y consecuencias que comprende el acto jurídico de cambio de régimen, antes de que éste se efectúe, y no únicamente los aspectos positivos de uno de ellos. Circunstancia que debe ser probada por la A.F.P. En ese orden, la sola enunciación de las características favorables del R.A.I.S., por parte de un asesor de PORVENIR a Elsa Esnidia Alvarado Villa, no resulta suficiente para dar demostrada la carga de la A.F.P., pues se omitió parte del contexto que debía conocer la interesada antes de tomar la decisión de cambio».

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta que se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 12 de

agosto de 1960 (f.º 14); **ii)** cotizó al extinto ISS desde el 1º de julio de 1978 hasta el 30 de noviembre de 2002, 1084.57 semanas (f.º 20 y CD f.º 47); **iii)** que el 29 de octubre de 2002 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Porvenir SA, con fecha de efectividad desde 1º de diciembre de 2002 (f.º 21, 74-76, 101 vto), entidad a la que actualmente se encuentra vinculada y ha cotizado 785 semanas, según lo informado por esta a f.º 16 a 19, y 77 a 94; y **iv)** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Por lo demás, la decisión apelada y consultada se ajusta a derecho en cuanto ordenó a Colpensiones aceptar la afiliación y los valores que deben retornar del régimen de ahorro individual administrado por Porvenir S.A., por ser precisamente la consecuencia lógica de la nulidad del traslado de pensional.

En consecuencia, se confirma la sentencia de primera instancia. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

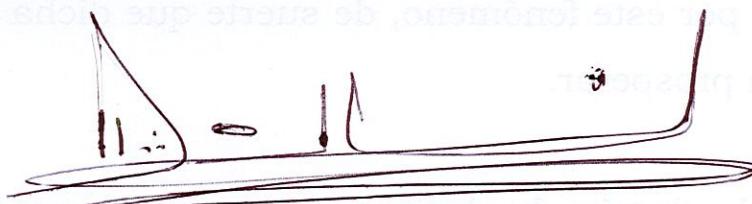
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de abril de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de conformidad con lo dicho en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

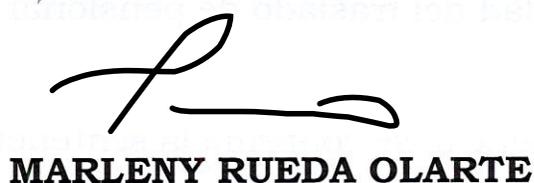
Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



MARLENY RUEDA OLARTE



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **JUDITH RODRÍGUEZ GÓMEZ** en contra de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 018 2018 00280 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL9110-2020 y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de la afiliación a Porvenir S.A., lo que conlleva el regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, en consecuencia, se declare que para todos los efectos pensionales continua afiliada a

Colpensiones, y se condene a Porvenir S.A., a devolverá Colpensiones, todos los valores que recibió con motivo de dicha afiliación, tales como bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, junto con los rendimientos (f.º 5).

Sustentó sus pretensiones, en que nació el 25 de diciembre de 1962; se afilió al régimen de prima media con prestación definida el 28 de octubre de 1983; en el año 2000 se encontraba laborando en la Pontificia Universidad Javeriana, en donde Porvenir S.A., le ofreció trasladarse de fondo de pensiones y le diligenció el formulario, sin la debida explicación o asesoría relacionada con el cambio de régimen, sus ventajas o desventajas e implicaciones a futuro; firmó la solicitud de vinculación, pero no fue informada acerca de las modalidades de pensión que iba a recibir en Porvenir, quien no le proyectó un bono pensional, ni le informó acerca de la reforma introducida por la Ley 797 de 2003, tampoco acerca de las afectaciones en el ingreso base de cotización y en el capital acumulado, por lo que considera que Porvenir, no cumplió con el deber legal de información (f.º 3-5).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 18 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 42).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público (f.º 48-65).

Porvenir S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado la demandante, el formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo (f.º 81-89).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 47, vto).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 18.º Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 30 de septiembre de 2019, declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación, en consecuencia, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, a quien condenó en costas, tras considerar que al aplicar la jurisprudencia al caso en concreto, se verificó que no se acreditó que los fondos demandados hubieran engañado a la demandante cuando dio su consentimiento para trasladarse de régimen pensional, aunado a que se demostró que a lo largo de su vida profesional que fue muy activa, buscaba un mejor escenario para construir su pensión, al realizar los traslados dentro del mismo régimen de ahorro individual con solidaridad, de lo que dedujo que tenía pleno conocimiento de ese régimen pensional, aunado a que nunca fue beneficiaria del régimen de transición (f.º 125-130).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, apeló con el argumento de que se debe tener en cuenta que Porvenir S.A., no cumplió con su deber legal de información, tal y como se ha sostenido en la jurisprudencia, pues el paso del tiempo no ratifica ni compensa esa falta de información capaz de convencer a la persona de que tome una decisión con conocimiento de que está determinada a cambiarse de régimen, sin importar si es beneficiaria o no del régimen de transición.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente por parte de las aseguradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, en los términos establecidos en la sentencia STL9110-2020 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 31 de agosto de 2020, por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se deben acoger los siguientes razonamientos:

«(...) [L]as administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado. (...).

(...) [L]as afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, 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, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento libre de vicios, pero no informado. (...).

(...) [E]l deber de información a cargo de las AFP, en los términos en los que le era exigible para la época del traslado de la actora -18 de septiembre del 2000- no necesariamente se cumple con proyecciones pensionales a futuro o con la manifestación de las ventajas del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Lo que exigían las normas vigentes a esa fecha era dar a conocer «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» (numeral 1.º, artículo 97 Decreto 663 de 1993) – vigente para la citada fecha-, premisa que implica una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones; pero también la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, en un lenguaje claro, simple y comprensible.

(...) [L]a reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales. (...).»

Además, la Sala de Casación Laboral de la Alta Corporación, hicieron referencia a las sentencias CSJ SL, 09 sep. 2008 rad. 31989, SL, 9 sep. 2008 rad. 31314, SL, 22 nov. 2011 rad. 33083, SL12136-2014, SL4964 y SL4989 de 2018, SL19447-2017, SL1688, SL1689, SL4426, y SL1452 de 2019.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 25 de diciembre de 1962 (f.º 19); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 28 de octubre de 1983 y el 31 de octubre de 2000, 883.29 semanas (f.º 33-36); **iii)** que el 18 de septiembre de 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Porvenir S.A., con fecha de efectividad desde 1.º de noviembre de 2000 (f.º 37, 105, 109),

donde actualmente se encuentra con un total de 1769 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa de f.º 20 a 32 y 91 a 104, más la certificación de f.º 90; y, **iv)** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la nulidad del traslado de régimen pensional de la demandante Judith Rodríguez Gómez, al Régimen de Ahorro Individual, administrado por Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, este fondo deberá devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses de la demandante, sin incluir los gastos de administración.

Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada para en su lugar, **DECLARAR** la nulidad del traslado Judith Rodríguez Gómez, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

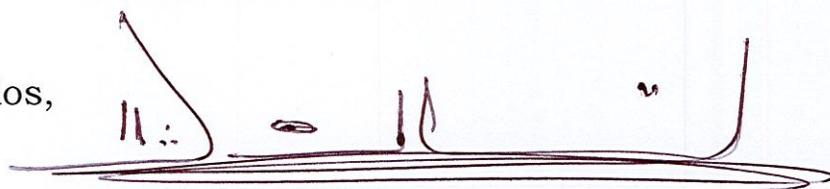
SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses, con la posibilidad de descontar los gastos de administración en que se incurrió, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar los valores que reciba de Porvenir S.A., y admita el traslado de régimen pensional de la demandante, en virtud de la nulidad que se determinó en el numeral primero.

CUARTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

RESOLUCIÓN

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada para en su lugar declarar la nulidad del traslado judicial Rodríguez Gómez, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Prima Individual con Solidaridad, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la adquisición de la demanda, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses, con la posibilidad de descontar los gastos de administración en que se incurrió, conforme lo expuesto en la parte motivativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar los valores que le corresponde a Porvenir S.A. y adaptar el traslado de régimen pensional de la demanda, en virtud de la nulidad que se determinó en el artículo primero.

ESTE JUZGADO EN SU SALA DE PRIMERA INSTANCIA

EL JUEZ JUAN CARLOS GONZÁLEZ

PARTE DE LA SECRETARÍA DE FEES

EL JUEZ JUAN CARLOS GONZÁLEZ

EL JUEZ JUAN CARLOS GONZÁLEZ



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **CARLOS EDUARDO ROMERO RODRÍGUEZ** en contra de **DETERGENTES LTDA.**

EXP. 11001 31 05 032 2017 00709 02.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha arriba señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá DC, integrada por los Magistrados ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN, HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, respecto de la sentencia proferida el 22 de octubre de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió el demandante, que se condene a la demandada en forma principal a reintegrarlo de inmediato en un cargo semejante o de mayor jerarquía al que desempeñó al momento de su despido y acorde con los quebrantos de salud que padece, junto con el pago de los salarios dejados de percibir desde el 2 de mayo de 2017, y la indexación. De manera subsidiaria, solicita el reajuste de la indemnización por despido sin justa causa, en forma indexada, de manera que cubra la totalidad del tiempo que le hacía falta para dar por terminado su contrato de trabajo, es decir, desde el 3 de mayo de 2017 hasta el 16 de febrero de 2018 (f.º 39, 40).

Sustentó sus pretensiones, en que el 16 de febrero de 1994, suscribió un contrato de trabajo a término fijo de 4 meses con la demandada, el cual se prorrogó por 3 períodos iguales hasta el 16 de febrero de 1995, fecha a partir de la cual se continuó renovando cada año en forma sucesiva; se desempeñó como auxiliar de báscula, cargo en el que debía hacer golpes repetitivos para sellar documentos de entrega y salida de materia prima y mercancía, lo que le ocasionó daños en los discos de su columna vertebral y la tendinitis, y para tal efecto hace referencia a hechos ocurridos el 3 de mayo, el 1.º y el 3 de junio de 2017; su contrato de trabajo se terminó sin justa causa ni previo aviso y sin autorización del Ministerio de Trabajo, el 2 de mayo de 2017, cuando la empleadora se dio cuenta de sus quebrantos de salud; devengó un último salario de \$1.309.219; su último contrato debió terminar el 15 de febrero de 2018, sin embargo, la demandada le pago como indemnización \$2.248.653, equivalente a 40 días de salario aproximadamente (f.º 37-39).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Luego de haber sido dirimido el conflicto de competencia suscitado entre los Juzgados 12 Municipal de Pequeñas Causas y 32 del Circuito, ambos Laborales de Bogotá (f.º 45-53), y previa subsanación, la demanda fue admitida por el último despacho mencionado, el 24 de mayo de 2018, ordenándose la notificación y traslado a la demandada (f.º 54), quien contestó con oposición y propuso como excepciones de mérito las de pago de los derechos reclamados, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (f.º 71-75).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 22 de octubre de 2019, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, en consecuencia, absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo del demandante (f.º 102-104).

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por cuestiones de método, la Sala verificará inicialmente, si para el 2 de mayo de 2017, el demandante estaba cobijado por el fuero de estabilidad laboral reforzada que pide en forma principal, para luego establecer, si la indemnización por despido otorgada por la demandada, fue liquidada en forma correcta.

En lo que tiene que ver con la estabilidad laboral reforzada por el estado de salud, la Ley 361 de 1997 en su artículo 26, previó que ninguna persona en situación de discapacidad podría ser despedida

o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo; y que en caso de que ello llegase a ocurrir sin el cumplimiento previo de dicho requisito, el trabajador tendría derecho a una indemnización equivalente a 180 días de salario. Disposición que fue declarada exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C-531-2000, bajo el entendido de que, en concordancia con los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (artículos 2º y 13 de la Constitución Política), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (artículos 47 y 54 *ídem*), también «carecerá de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación», entendiéndose por tal, su estado o situación de discapacidad.

Tal protección, se dirige a salvaguardar la estabilidad del trabajador frente a comportamientos discriminatorios que lo excluyan del empleo por razón de su deficiencia física, sensorial o mental; no obstante, las decisiones motivadas en un principio de razón objetiva son legítimas para dar por terminada la relación de trabajo, por lo que, si se invoca una justa causa legal para la terminación, ello descarta en principio que la disolución del vínculo laboral tenga como fundamento la discapacidad del trabajador, y en ese caso, no resulta obligatorio acudir al inspector del trabajo, por cuanto se debilita la presunción discriminatoria, por una razón objetiva (CSJ SL1360-2018).

En este asunto, no está en discusión que el último contrato laboral prorrogado entre las partes, terminó en forma unilateral por parte de la demandada el 2 de mayo de 2017, ya que así se afirmó en la demanda y en la contestación, y se verifica tanto con la carta de terminación del contrato, como con la liquidación y la certificación visibles de f.º 20-22, 76-80; empero, no se acreditó de manera idónea

que para dicha época, el trabajador se encontrara gozando de una incapacidad, lo que dicho sea de paso, fue admitido por él en su interrogatorio de parte, ni que por sus condiciones de salud fuera titular del fuero de estabilidad invocado.

Lo anterior, por cuanto en la historia clínica que se aportó de f.º 23 a 25 obran los resultados emitidos por IDIME respecto de unas resonancias magnéticas practicadas el 1.º y el 3 de junio 2017, respectivamente, relacionadas con una discopatía lumbar múltiples y una tendinopatía distal del infraespino con bursitis subcoracoidea, y una remisión a ortopedia y traumatología por parte de la Nueva E.P.S., que data del 12 de junio 2017, efectuada con base en las mencionadas resonancias magnéticas.

Y en el interrogatorio de parte, el demandante admitió haber estado laborando normalmente para el 2 de mayo de 2017, sin que para esa data contara con una incapacidad médica o una calificación de su presunta pérdida de capacidad laboral, ni recomendación médica alguna; además las únicas atenciones médicas que el demandante aportó, fueron realizadas con posterioridad al finiquito del vínculo laboral, por lo que no se observa ninguna afección física, sensorial o psíquica, por lo menos moderada, que le dificultara o impidiera de manera sustancial, desempeñar sus funciones en condiciones regulares.

Por lo demás, aquí no se debatió el origen de los padecimientos encontrados en junio de 2017, o si la ex empleadora tiene responsabilidad alguna en las enfermedades que padece o ha padecido a lo largo de su vida Carlos Romero; situación totalmente distinta a lo que se estudia en los casos en donde se reclama la protección de estabilidad laboral reforzada por condiciones de salud, como se vio anteriormente.

Lo anterior, al margen del resultado del examen médico de retiro efectuado el 3 de mayo de 2017, sin observación alguna, distinta a que la *omalgia izquierda de larga evolución*, el demandante la ha manejado con terapia física con *elevación sin restricción*, y que el *trastorno refractivo fue corregido adecuadamente*, recomendándole al ex trabajador hacer el control a través de su E.P.S. (f.º 27, 28).

Así las cosas, no se desprende de los documentos reseñados, que la demandada, hubiera tenido conocimiento alguno de las presuntas dolencias del demandante antes de tomar la decisión de terminar el contrato de trabajo, sino que tal aspecto, fue evidenciado solamente con el concepto médico de salud ocupacional expedido, es decir, después del 2 de mayo de 2017; sin que se hubiera obtenido confesión alguna en tal sentido, en el interrogatorio de parte que absolvió el representante legal.

No hay evidencia de que el ex trabajador estuviera en trámite de calificación para cuando finiquitó su vínculo laboral; por lo que pese a que la misma demandada admitió en la contestación a los hechos de la demanda que el despido se dio sin justa causa, con el respectivo pago de la indemnización regulada en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, que se constata en la liquidación visible a f.º 21 y 80, siendo aceptado el pago por el ex trabajador, no se verifica en el presente caso, que dicha ruptura haya sido discriminatoria, y mucho menos, con ocasión al estado de salud que le podría haber aquejado al demandante para esa época. Sin que sea necesario solicitar en estos casos, autorización del Ministerio de Trabajo para proceder de tal forma, por no tratarse de una causa subjetiva de terminación o discriminatoria.

Es claro que la protección que procura la ley, no se dirige a cobijar a todos aquellos trabajadores que se encuentren en algún

tratamiento médico, por cuanto la misma busca particularmente garantizar la estabilidad en el empleo de quienes son objeto de actos discriminatorios que llevan a la terminación del vínculo laboral, motivados en las afectaciones de salud, que le impidan o dificulten de manera sustancial el desempeño de sus labores en condiciones regulares, o que sean generadoras de invalidez, discapacidad o disminución física o sensorial, lo que evidentemente aquí no ocurrió en vigencia del nexo contractual.

Por lo anterior, se confirmará en este aspecto la sentencia consultada, porque el demandante a 2 de mayo de 2017, no tenía el estatus de aforado por estabilidad ocupacional reforzada, y tampoco se logró acreditar que el finiquito laboral se haya fundado en un acto de discriminación.

Ahora, en lo que tiene que ver con la liquidación que la demandada pagó por concepto de indemnización por despido sin justa causa equivalente a \$2.248.653 a razón de 43 días (f.º 21 y 80), debe indicar la Sala que el contrato de trabajo inferior a un año suscrito por las partes el 16 de febrero de 1994, se pactó por un término fijo de 4 meses con vigencia expresa hasta el 15 de junio de esa misma anualidad (f.º 17-19, 76, 78), el cual, al tenor de lo dispuesto el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, como no medió preaviso de ninguna de las partes para su terminación, tuvo 3 prórrogas sucesivas por igual término, a saber:

La primera prórroga, del 16 de junio al 15 de octubre de 1994; la segunda prórroga, del 16 de octubre de 1994 al 15 de febrero de 1995; y la tercera, del 16 de febrero de 1995 al 15 de junio de 1995; de ahí en adelante las renovaciones debían hacerse por el término de un año, es decir, del 16 de junio de 1995 al 15 de junio del año siguiente, y así sucesivamente, año a año.

De manera que, para cuando el contrato de trabajo fue terminado sin justa causa por parte del empleador el 2 de mayo de 2017, se encontraba en curso una prórroga que iba del 16 de junio de 2016 al 15 de junio de 2017, por lo que en efecto, hacían falta 43 días para que se terminara el contrato de trabajo a término fijo, de ahí que la liquidación de la indemnización por despido sin justa causa que pagó la demandada y aceptó recibir el dinero el demandante, se encuentra ajustada a lo dispuesto en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo, en la medida en que tuvo en cuenta como base salarial el salario básico mensual de \$1.309.219, más el variable de \$259.609, esto es, \$1.568.827, sin que para ello se deba incluir el subsidio de transporte, porque tal rubro no constituye salario (CSJ SL, 15 jul. 2006 rad. 26556).

En consecuencia, en estos términos se surte el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante. Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia absolutoria consultada proferida el 22 de octubre de 2019, por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
32-2017-709-02



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

32-2017-709-02

IMPORTE Y CUMPLIMIENTO

de las acciones

[Handwritten signature]

DAVID A. J. CORREA STEIN

[Handwritten signature]
ANGELA LUCIA NUNEZ VARELA

22-2017-00225

[Handwritten signature]

HERNAN MAURICIO OLIVEROS MORA

31-2017-909-05



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

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARÍA LUISA ÁLVAREZ REDONDO** en contra de **COLPENSIONES, COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.**

EXP. 11001 31 05 026 2018 00268 01.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de la orden impartida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia STL8694-2020, y de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunieron los Magistrados que integraban la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., con la finalidad de proferir la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la ineficacia del traslado realizado a Colfondos, por no haber proporcionado una información completa y comprensible a cerca del mismo, omitiendo

decirle los riesgos que debía asumir y las desventajas, incumpliendo con el deber de buen consejo, lo que sucedió igualmente con Porvenir y Protección; en consecuencia, se declare que se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida y se condene a Protección a devolver los aportes a Colpensiones, quien debe aceptarlos y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 4 de noviembre de 1987 (f.º 4, 5).

Para el efecto, manifestó que realizó aportes en el extinto Instituto de Seguros Sociales desde el 4 de noviembre de 1987, un total de 367 semanas; el 10 de febrero de 1995, se trasladó a Colfondos, sin haber obtenido información adecuada y completa acerca del cambio de régimen pensional, ni que recibiría una pensión menor que en Colpensiones, ni le elaboró una proyección pensional, pues solo le indicó que se podía pensionar a cualquier edad y que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar; cumplió 47 años de edad el 19 de noviembre de 2013, mientras estaba afiliada a Porvenir, y dicho fondo nunca le informó de la posibilidad de regresarse al régimen de primera media con prestación definida; actualmente se encuentra vinculada a Protección, en donde registra más de 1527.58; reclamó administrativamente el 22 de enero de 2018, pero las peticiones fueron negadas (f.º 6-8).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 9 de julio de 2018, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (f.º 121).

Colpensiones, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones las de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe (f.º 125-129).

Colfondos S.A., formuló como excepciones las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, y saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación (f.º 149-164).

Porvenir S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones y en su defensa propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haberse tramitado formulario de vinculación al fondo de pensiones, y debida asesoría del fondo (f.º 175-182).

Protección S.A., se opuso parcialmente a las pretensiones y propuso como excepciones de fondo o de mérito las denominadas: prescripción, cobro de lo no debido, ausencia de causa, inexistencia de la obligación y buena fe (f.º 197-212).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (f.º 123, 124).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 27 de agosto de 2019, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra e impuso costas a cargo de la demandante, tras considerar que al aplicar la jurisprudencia al caso en concreto, se verificó que no se acreditó que la demandante hubiera sufrido de engaño cuando dio su consentimiento en forma libre, espontánea y sin presiones para trasladarse de régimen pensional, aunado a que para dicha época no existía el deber legal de

información, sin embargo, se le brindó la necesaria y oportuna (f.º 263, 264).

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La demandante, apeló con el argumento de que las demandadas no acreditaron el deber legal de información correcta con ventajas y desventajas, que le permitiera evidenciar que las consecuencias que le causaba el traslado de régimen pensional, tampoco le dieron una proyección, ni que podría regresarse al régimen de primera media con prestación definida antes de que cumpliera 47 años de edad, solo que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, lo que considera un perjuicio económico bastante considerable.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala verificará como problema jurídico, si el traslado de régimen pensional de la demandante, estuvo viciado o no de nulidad, por falta de información suficiente, con el fin de establecer si es viable declarar la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad en los términos establecidos en la sentencia STL8694-2020 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante la cual se dejó sin efectos la sentencia proferida el 30 de julio de 2020, por esta Corporación, y ordenó dictar una nueva decisión de reemplazo, teniendo en cuenta las consideraciones del fallo de tutela.

En tal sentido, se encuentra que el Tribunal de Cierre de esta jurisdicción, actuando como sentenciador constitucional, esgrimió en sus consideraciones, que para dilucidar el asunto bajo examen se

deben acoger los siguientes razonamientos, con base en la sentencia SL1452-2019:

«(...) [L]a elección de cualquiera de los dos regímenes pensionales existentes, debe estar precedida de una decisión libre y voluntaria, de suerte que las Administradoras de Pensiones tienen el deber de brindar a sus afiliados una asesoría que les permita tener los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión tomada al momento del traslado, sin importar si la persona es o no beneficiaria del régimen de transición, si tiene o no un derecho consolidado, o si está próximo a pensionarse.

«(...) [E]n cuanto al primer punto, es decir, al deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, la Sala advirtió que «desde hace más de 10 años, la jurisprudencia del trabajo ha considerado que dada la doble calidad de las AFP de sociedades de servicios financieros y entidades de la seguridad social, el cumplimiento de este deber es mucho más riguroso que el que podía exigirse a otra entidad financiera, pues de su ejercicio dependen caros intereses sociales, como son la protección de la vejez, de la invalidez y de la muerte. De allí que estas entidades, en función de sus fines y compromisos sociales, deban ser un ejemplo de comportamiento y dar confianza a los ciudadanos de quienes reciben sus ahorros, actuar de buena fe, con transparencia y «formadas en la ética del servicio público» (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008)». (...)

«(...) [E]l simple consentimiento expresado en el formulario de afiliación, resulta insuficiente, pues existe la obligatoriedad de un consentimiento informado, en tanto que «la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos 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 (...) 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». (...). »

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 19 de noviembre de 1966 (f.º 21); **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 4 de noviembre de 1987 hasta el 31 de marzo de 1995, 367.06 semanas (f.º 117, 118); **iii)** que el 10 de febrero de 1995, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. Colfondos S.A., con fecha

de efectividad desde 1.º de marzo de 1995 (f.º 95, 165, 191, 225), y que luego de varias transferencias entre administradoras del R.A.I.S., actualmente se encuentra vinculada a Protección S. A., con un total de 1527.58 semanas cotizadas, según lo informado por dicha entidad en la historia laboral que reposa de f.º 99 a 107; y **iv)** que en los términos expuestos por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el asunto bajo examen, la administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad no demostró el cumplimiento del deber de información, por lo que hay lugar a declarar la nulidad del traslado de régimen reprochado en la demanda.

A su vez, en lo que toca a la prescripción, es de anotar que de tiempo atrás viene sosteniendo la Máxima Corporación que todos aquellos asuntos inherentes al derecho pensional no pueden verse afectados por este fenómeno, de suerte que dicha excepción no está llamada a prosperar.

En consecuencia, se revocará la sentencia de primer grado, para en su lugar, declarar la nulidad del traslado de régimen pensional de la demandante María Luisa Álvarez Redondo, al Régimen de Ahorro Individual administrado inicialmente por Colfondos S.A., y como consecuencia, la A.F.P. a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante, es decir Protección S.A. deberá devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, todas las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses de la demandante, sin incluir los gastos de administración.

Sin costas en el cumplimiento del fallo de tutela referido, ante su no causación.

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada para en su lugar, **DECLARAR** la nulidad del traslado de María Luisa Álvarez Redondo, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado el 10 de febrero de 1995, en virtud de las razones expuestas en la parte motiva de la decisión.

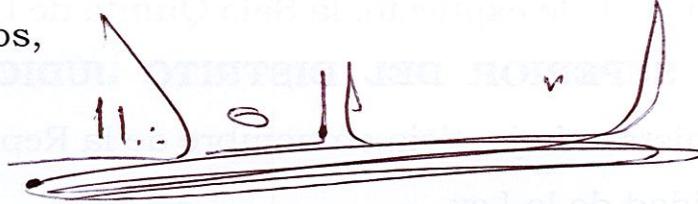
SEGUNDO: CONDENAR a Protección S.A., a trasladar a Colpensiones, aquellos valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, en su cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos, frutos e intereses, con la posibilidad de descontar los gastos de administración en que se incurrió, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a Colpensiones a aceptar los valores que reciba de Protección S.A., y admita el traslado de régimen pensional de la demandante, en virtud de la nulidad que se determinó en el numeral primero.

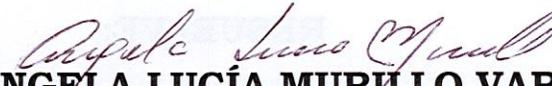
CUARTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,

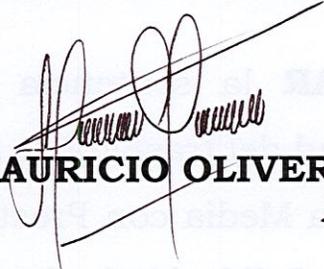


DAVID A. J. CORREA STEER



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

26-2018-268-01



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

26-2018-00268-01