

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA BEATRIZ ESPITIA DE RINCÓN, LUIS ÁLVARO MARTÍNEZ CABRERA Y LUIS ALBERTO DURÁN RUEDA CONTRA FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARILES NACIONALES DE COLOMBIA, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y FIDUPREVISORA SA – PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN. Rad. 2013 00564 01 Juz 25.

En Bogotá D.C., a los veintinueve (29) días de enero de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

MARÍA BEATRIZ ESPITIA DE RINCÓN, LUIS ÁLVARO MARTINEZ CABRERA Y LUIS ALBERTO DURAN RUEDA demandaron al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARILES NACIONALES DE COLOMBIA, LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y a la FIDUPREVISORA SA – PATROMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 109 y 110.

- Contrato de trabajo.
- Pensión sanción.
- Mesadas adicionales.
- Indexación.
- Reajustes legales.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 111 a 113. María Beatriz Espitia de Rincón: Nació el 1 de julio de 1950, laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desde el 16 de septiembre de 1976 y el 15 de noviembre de 1991 (15 años, 60 días). Luis Álvaro Martínez Cabrera, nació el 25 de junio de 1954, laboró para la misma entidad desde el 16 de julio de 1974 hasta el 30 de octubre de 1991 (para un término de 17 años y 104 días) y Luis Alberto Duran Rueda, nació el 1 de marzo de 1954, trabajó para la Caja entre el 16 de octubre de 1976 al 24 de octubre de 1991 (para un total de 15 años y 9 días). Todos los demandantes cuentan con 60 años de edad, por lo que tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación conforme el art. 8 de la ley 171/61. Agotaron la reclamación administrativa ante el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, Ministerio de Hacienda y Crédito Público y el Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron en los siguientes términos:

El **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** contestó a folios 134 a 138.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo acepto la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la relación laboral, inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, **falta de legitimación en la causa por pasiva**, prescripción y genérica.

La **UGPP** contestó a folios 180 a 184.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos se atiene a los que resulten probados.
- Formuló como excepciones de mérito; legalidad de las actuaciones y buena fe, indebida interpretación de la normatividad, indebida pretensión de reconocimiento e indexación de la obligación demandada, cobro de lo no

debido, improcedencia de lo solicitado e inaplicabilidad del art. 8 de la ley 171/61, **prescripción** y genérica.

- Llamó en garantía a Colpensiones.

El **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN** contestó a folios 222 a 238.

- Llamó en garantía a la UGPP.
- No se opuso a la declaratoria del contrato de trabajo, pero sí a las condenas.
- Aceptó los hechos relacionados con las vinculaciones laborales, extremos, y la reclamación administrativa.
- Formuló como excepciones de mérito; ausencia de nexo causal, **falta de legitimación por pasiva**, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe y genérica.

COLPENSIONES contestó en los términos del escrito visible a folios 271 a 278.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo acepto las edades de los demandantes.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, **falta de legitimación en la causa por pasiva** y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar que entre los demandantes y la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero existió una relación de trabajo que terminó por acuerdo conciliatorio, María Beatriz Espita laboró desde el 16 de septiembre de 1976 y el 15 de noviembre de 1991. Luis Álvaro Martínez Cabrera entre el 16 de julio de 1974 y el 30 de octubre de 1991 y Luis Alberto Duran Rueda entre el 16 de octubre de 1976 y el 24 de octubre de 1991. Condenó a la UGPP a reconocer y pagar a los demandantes la pensión proporcional de jubilación (art. 8 ley 171/61) en las siguientes cuantías indexadas y en 14 mesadas: **María Beatriz Espita:** Para el año 2010 el valor era de \$992.247, año 2011 \$951.482, año 2012 \$986.972, año 2013 \$1.011.054, año 2014 \$1.030.668, año 2015 \$1.068.630, año

2016 \$1.140.720, año 2017 \$1.206.311, año 2018 \$1.255.649, año 2019 \$1.295.579. total retroactivo al 31 de agosto de 2019 \$139.233.385. **Luis Álvaro Martínez Cabrera:** Para el año 2014 \$1.287.448, año 2015 \$1.334.569, año 2016 \$1.424.919, año 2017 \$1.506.852, año 2018 \$1.568.482, año 2019 \$1.618.360, total retroactivo al 31 de agosto de 2019 \$106.552.332. **Luis Alberto Duran Rueda:** Para el año 2014 \$18.975.216, año 2015 \$22.947.988, año 2016 \$24.501.568, año 2017 \$25.910.402, año 2018 \$26.970.132, año 2019 \$17.889.291. Total retroactivo al 31 de agosto de 2019 \$137.194.595. Y absolvió a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Fiduprevisora SA – Patrimonio Autónomo de Remanentes de la Caja Agraria en Liquidación y Colpensiones de las pretensiones y por ende no se pronunció de las excepciones y condenó en costas a la UGPP.

Llegó a esa determinación al constatar con las actas de conciliación la vinculación, los extremos y el finiquito de los contratos; constató las edades de los actores para determinar el momento en que se les hacía exigible el derecho (60 años de edad), para MARÍA BEATRIZ ESPITIA tuvo en cuenta que el salario promedio para el año 1991 era de \$160.526, valor que indexado a septiembre de 2010 ascendía a la sumas de \$1.598.626 le aplicó una tasa de remplazo de 57.69% y obtuvo una primera mesada de \$992.247. A LUIS ÁLVARO MARTÍNEZ le determinó un salario promedio a 1991 de \$196.712 que indexado a septiembre de 2014 asciende a la suma de \$1.958.990 y le aplicó una tasa de remplazo del 65.72% para una primera mesada de \$1.287.448, y a LUIS ALBERTO DURAN RUEDA le determinó un salario promedio a 1991 de \$265.562 que indexado a septiembre 2014 asciende a \$2.761.558 y aplicó una tasa de remplazo del 57.26% para una primera mesada de \$1.581.268.

Recurso de Apelación

La demandada UGPP dijo que reitera los argumentos expuestos en la contestación de la demanda y los alegatos, considera en síntesis que los demandantes no cumplen con los requisitos para el reconocimiento de la pensión como quiera que aunque ostentan los 60 años de edad tal requisito se configuró en vigencia de la ley 100/93 la que derogó la pensión proporcional por retiro voluntario en su art. 133 y estableció la pensión sanción por despido unilateral y sin justa causa únicamente. También indicó que los demandantes no cumplen con la totalidad de

los requisitos establecidos en el art. 1 ley 33/85 para acceder a la pensión, toda vez que se requieren 20 años de servicio y ninguno de ellos los completa.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se confirme la decisión como quiera que a los demandantes les asiste el derecho pretendido al cumplir los requisitos establecidos en el Decreto 1848/69.

Parte demandada:

COLPENSIONES; pide se absuelva de lo condenado por no ser accionada ya que no existe ninguna justificación legal para ser llamada en garantía por la UGPP, por lo que considera que resulta procedente declararse probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva.

LA NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO; guardo silencio.

EL PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE LA CAJA AGRARIA EN LIQUIDACIÓN; guardó silencio en esta etapa procesal.

UGPP; no se pronunció durante esta etapa.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver en el **grado jurisdiccional de consulta**, los ítems resueltos desfavorablemente a la entidad demandada UGPP y que no fueron objeto de apelación.

Reclamación administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de las reclamaciones que reposan a folios 46 a 99, a través de las cuales se solicitó el reconocimiento y pago de la

pensión restringida de jubilación prevista en el art. 8 de la ley 171/61. Queda así acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

De la relación laboral y sus extremos

María Beatriz Espita conforme certificado que milita a folio 43, laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 16 de septiembre de 1976 al 15 de noviembre de 1991, su último cargo fue de Asesora grado 01 en la oficina de Pesca – Boyacá, para un total de **15 años** y dos meses y contó con una asignación básica mensual de \$90.075, contrato que terminó por mutuo acuerdo según acta de conciliación que reposa a folios 28 a 31.

Luis Álvaro Martínez Cabrera se vinculó con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero SA desde el 16 de julio de 1974 conforme el contrato de trabajo que milita a folio 27, laboró hasta el 30 de octubre de 1991 según acta de conciliación que obra a folios 32 a 34, su último cargo fue de contador auxiliar en la oficina de San Lorenzo - Nariño, el total de tiempo laborado fue de **17 años** y 104 días y contó con una asignación básica mensual de \$95.479 conforme constancia del folio 41.

Luis Alberto Duran Rueda según constancia vista a folio 42, estuvo vinculado con la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero desde el 16 de octubre de 1976 hasta el 25 de octubre de 1991, contrato que terminó por acuerdo entre las partes conforme acta de conciliación vista a folios 35 a 38, su último cargo fue de director ag2, trabajó un total de **15 años** y diez días y su última asignación básica ascendió a la suma de \$143.616.

De esta manera queda demostrada la relación laboral que existió entre las partes, los extremos del contrato y el salario devengado.

De la pensión sanción

Solicitan los demandantes el reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación con aplicación del art. 8 de la Ley 171/61 norma que objeta la UGPP porque considera que la prestación se debe analizar conforme el art. 133 de la Ley 100/93. En consecuencia para abordar el tema que se somete a estudio, La Sala

determina que el canon que gobierna el reconocimiento es la invocada por los promotores del proceso, por ser esta la que se encontraba vigente al momento de la causación del derecho, el cual se configuró con el tiempo de servicios (más de 15 años) y retiro voluntario (en el año 1991) lo que convirtió la prestación en una situación jurídica concreta antes de que entrara en vigencia la Ley 100/93. Definido lo anterior, se tiene que el Art. 8¹ de la Ley 171/61, dispone este derecho en cabeza del trabajador que se retire voluntariamente después de 15 años de servicio y cumpla los 60 años de edad, último requisito que resulta ser una mera condición para que se haga exigible el derecho pero no para causarlo, así lo ha sostenido de manera reiterativa la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en radicados No. 17625 de agosto de 2002 y 31818 17 de marzo de 2009, entre otras; en ese orden como todos los contratos de los demandantes terminaron en el año de 1991, de forma voluntaria mediante acuerdo conciliatorio después de haber prestado más de 15 años de servicio, se colige que los actores tienen derecho a que se reconozca y pague la pensión restringida de jubilación bajo los parámetros de la Ley 171/1961 desde el momento en que cada uno cumplió los 60 años de edad.

Liquidación de la pensión.

Para hallar el monto de pensión se debe tener en cuenta el promedio de lo que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, conformado por los factores salariales contemplados en el artículo 3^o de la ley 33 de 1985, reformado por el artículo 1^o de la Ley 62 de 1985, a saber: asignación básica, gastos de representación, primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o realizada en jornada nocturna o en día de

¹ Artículo 8^o. El trabajador que sin justa causa sea despedido del servicio de una empresa de capital no inferior a ochocientos mil pesos (\$800.000.00), después de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la presente ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Si el retiro se produjere por despido sin justa causa **después de quince (15) años de dichos servicios**, la pensión principiará a pagarse cuando el trabajador despedido cumpla los cincuenta (50) años de edad o desde la fecha de despido, si ya los hubiere cumplido. **Si después del mismo tiempo el trabajador se retira voluntariamente**, tendrá derecho a la pensión pero solo cuando cumpla sesenta (60) años de edad.

La cuantía de la pensión será directamente proporcional al tiempo de servicios respecto de la que le habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo, y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio.

descanso obligatorio. (SL SL123-2020). Por lo tanto el cálculo de la prestación se debe efectuar con los factores salariales mencionados con anterioridad.

Para **MARÍA BEATRIZ ESPITA** se toman los factores acreditados a folio 43, esto es el salario promedio devengado en el último año de servicios de \$113.495, que resulta de tomar el sueldo básico (\$90.075) y la prima de antigüedad (\$23.420), suma ésta que al indexarse (según la fórmula de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral sentencia SL 13/12/2007 Rad. 30602) conforme los IPC anteriores a cada anualidad con la siguiente fórmula:

$$\frac{\$113.495 \times \text{IPC FINAL (IPC diciembre de 2009 - 102,00181)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre de 1990 - 10.96102)}}$$

Se obtiene un ingreso base de liquidación indexado de \$1.056.169, valor al que se le aplica una tasa de remplazo del 56.87%, porcentaje que se obtiene conforme el tiempo de servicios (5.460 días) para una mesada pensional al 01 de julio de 2010 (c.c. fl 7) de \$600.643, valor que resulta inferior al determinada por el A quo (\$922.247) y el cual se va a modificar en aplicación del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada UGPP.

Para calcular la prestación de **LUIS ÁLVARO MARTÍNEZ CABRERA**, se toma el factor fijo descrito en la liquidación del folio 346, comprendido por el último salario y los gastos de representación, para un salario promedio en el último año de servicios de \$121.736, suma que al indexarse (según la fórmula de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral sentencia SL 13/12/2007 Rad. 30602) conforme los IPC anteriores a cada anualidad con la siguiente fórmula:

$$\frac{\$121.736 \times \text{IPC FINAL (IPC diciembre de 2013 - 113,98254)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre de 1990 - 10.96102)}}$$

Se obtiene un ingreso base de liquidación indexado: \$1.265.920, suma a la cual se le aplica el 64.84% que es el porcentaje que le corresponde por el tiempo de servicios (6.225 días), y arroja como primera mesada pensional al 25 de junio de 2014 (c.c. fl 25) \$820.822, valor que también es inferior al establecido por el juez (\$1.287.448) y que se modifica en aplicación del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada UGPP.

LUIS ALBERTO DURAN RUEDA, se toma el factor fijo descrito en la liquidación del folio 358 comprendido por el último salario y los gastos de representación, para un salario promedio en el último año de servicios de \$182.874, suma que al indexarse (según la fórmula de la Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral sentencia SL 13/12/2007 Rad. 30602) conforme los IPC anteriores a cada anualidad con la siguiente fórmula:

$$\frac{\$179.520 \times \text{IPC FINAL (IPC diciembre de 2013 - 113,98254)}}{\text{IPC INICIAL (IPC diciembre de 1990 - 10.96102)}}$$

Se obtiene un ingreso base de liquidación indexado: \$1.866.810, suma ésta a la cual se le aplica el 56.35% que es el porcentaje que le corresponde por el tiempo de servicios (5.410 días), y arroja como primera mesada pensional al 01 de marzo de 2014 (c.c. fl 26) \$1.051.947, valor que también es inferior al establecido por el juez (\$1.581.268) por lo que se modifica en aplicación del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada UGPP.

Mesada adicional de junio

Si bien la mesada catorce fue eliminada respecto de las personas que causen el derecho a la pensión a partir de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, en tratándose de la pensión restringida de jubilación en análisis, establecida en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, como para su causación solo es exigible el tiempo de servicios y el despido injusto, ya que la edad apenas un mero requisito para la exigibilidad de la respectiva prestación (*CSJSL del 11 mayo. 2010, rad. 34070, CSJSL 5704- 2015 del 6 de mayo de 2015, rad. 55774 y CSJSL 9361- 2015 del 8 de julio de 2015, rad. 57218*), conforme a ello, es claro que los demandantes tienen derecho a la mesada catorce, ya que las prestaciones se originaron en noviembre de 1991, esto es, antes de la expedición del acto legislativo 01 de 2005, por lo que resulta procedente su pago. (SL4075-2020).

Prescripción

Para **María Beatriz Espita** el derecho a reclamar la prestación surgió el 1 de julio de 2010 (cc fl 7) reclamó el mismo el 21 de mayo de 2013 (fl 46) y demandó el

13 de agosto de ese mismo año (fl 125), en consecuencia el término trienal previsto en los art. 488 del CST y 151 del CPTSS no alcanzó a transcurrir, lo mismo ocurre con **Luis Álvaro Martínez Cabrera** quien cumplió los 60 años de edad el 25 de junio de 2014 (fl 25) y **Luis Alberto Duran Rueda** el 01 de marzo de 2014 (fl 26), los dos presentaron reclamación el 21 de mayo (fls 52 a 57) y el 21 de junio de 2013 (fls 58 a 63) y demandaron el 13 de agosto de ese año, con lo que se advierte que en el asunto tal excepción no se configuró.

Es de precisar que la UGPP debe cancelar el retroactivo de forma indexada ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, y tiene que reajustar anualmente las pensiones a partir de las cuantías determinadas en esta sentencia conforme lo dispone la ley.

Bajo los anteriores razonamientos, habrá de **modificarse** la sentencia en lo que respecta a las cuantías determinadas por el A quo.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente UGPP. Fíjese a favor de cada uno de los demandantes la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia apelada, proferida por el Juez 25 Laboral del Circuito del 29 de agosto de 2019, frente a la cuantía inicial reconocida a cada demandante en los siguientes términos: María Beatriz Espita, primera mesada pensional a partir del 01 de julio de 2010 en cuantía de \$600.643. Luis Álvaro Martínez Cabrera primera mesada pensional a partir del 25 de junio de 2014 en cuantía de \$820.822. Luis Alberto Duran Rueda primera mesada pensional a partir del 01 de marzo de 2014 en cuantía de \$1.051.947,

prestaciones que se deben reajustar anualmente según la variación porcentual del Índice de Precios al Consumidor certificado por el DANE y cuyo retroactivo se tiene que efectuar de forma indexada, ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

SEGUNDO: En lo demás se confirma la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente UGPP. Fíjese a favor de cada uno de los demandantes la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

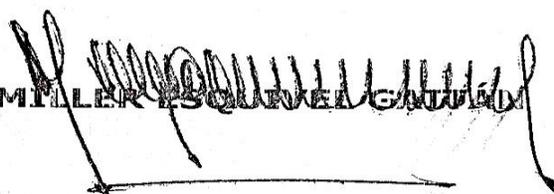
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS ALEJANDRO ALFONSO ARÉVALO contra IGLESIA PENTECOSTAL DIOS ES AMOR EN COLOMBIA. RAD. 2016 00358 01 JUZ 27.

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señalada por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

LUIS ALEJANDRO ALFONSO ARÉVALO demandó a la IGLESIA PENTECOSTAL DIOS ES AMOR EN COLOMBIA, para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 103 a 105.

- Contrato de trabajo
- Cesantías
- Vacaciones
- Prima de Servicios
- Indemnización por despido injusto
- Salarios
- Indemnización moratoria
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 95 a 100. Se vinculó con la demandada desde el año 1998 cuando era miembro de la Iglesia y se le solicitó apoyó en el Barrio 20 de Julio, al mes se le indicó que iba a recibir un sueldo (\$350.000), entre las funciones asignadas estaba ir a apoyar en la radio de la Iglesia, fue transferido a varias ciudades del país (Popayán, Bogotá, Manizales, Girardot, Soacha, Chía,

Arauca, Tumaco, Cali y Yopal) su trabajo consistió en hacer visitas, evangelizar, hacer reuniones con niños, jóvenes, señoras e instalación de un programa radial. En los años 2002 y 2003 su contrato fue suspendido hasta noviembre de 2003 cuando se le ofreció trabajar en la Iglesia de Soacha, época para la que si bien contaba con un trabajo como mecánico, renunció a este porque se le ofreció una remuneración por parte de la demandada. En el 2006 estuvo evangelizando en Chile y en diferentes ciudades de Argentina, en esa época su esposa enfermó y él no recibió ningún apoyo por parte de la Iglesia pero si de otros miembros de la comunidad. El 25 de junio de 2011 fungió como pastor de todas las iglesias de Panamá y su salario era de \$2.000 dólares, luego volvió a Colombia hasta el año 2015 cuando se le informó que sería trasladado a México, cambio al que accedió porque se le prometieron buenas condiciones, el último salario fue \$23.400 pesos mexicanos, allá debía abrir la iglesia todo el día todos los días, allí estuvo hasta marzo de 2016 cuando lo hicieron devolver a Colombia porque ya no le podían seguir pagando un salario. Tuvo que firmar un documento donde absolvió a la demandada de cualquier responsabilidad laboral o civil, actuación que esta viciada porque sin ella no podía retornar al país. De su última vinculación de adeuda la suma de \$7.408 dólares. Mediante derecho de petición reclamó sus acreencias labores a las que no accedió la Iglesia por considerar que nunca hubo una relación de trabajo.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en la forma y términos del escrito visible a fls 115 a 126.

- Se opuso a las pretensiones.
- Solo aceptó que el demandante ejerció actividad pastoral.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del contrato laboral cuya declaración se demanda, falta de legitimación en la causa por activa y pasiva y ausencia de la presunción del art. 24 del CST.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia en la que condenó a la demandada al pago de los aportes al sistema de seguridad social – pensiones, a la administradora en la que se encuentre

afiliado el actor, por el lapso comprendido entre el 12 de octubre de 2005 y el 31 de diciembre de 2013 con un salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad, negó las demás pretensiones y declaró probadas las excepciones de inexistencia del contrato laboral y ausencia de presunción del art. 24 del CST. Llegó a esa determinación al colegir que si bien el actor se vinculó con la demandada desde 1998 hasta 2016, como religioso, luego locutor y posteriormente pastor, todas esas actividades se desarrollaron para predicar la palabra de Dios en sedes nacionales e internacionales, por lo que en aplicación de lo expuesto por la CSJ en SL 9197 de 2017, en la que enseña que las organizaciones de tendencia son una excepción al contrato de trabajo, ya que la prestación de servicios es de carácter religioso y espiritual, y sin que se hubiese demostrado funciones diferentes al ámbito religioso a efectos de estudiar los requisitos de un contrato de trabajo, la juez encontró probadas las excepciones propuestas por la demandada. No obstante como la jurisprudencia y el Dto. 3615 de 2005 han determinado la obligación de afiliarse y efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral en aras de garantizar el ejercicio de los derechos fundamentales, la juez ordenó el pago de aportes al fondo de pensiones donde se encuentre el demandante, los cuales se debían pagar entre el 12 de octubre de 2005 (fecha en que entró a regir el Dto. 3615 de 2005) y el 31 de diciembre de 2013, para lo cual debía tomarse un ingreso base según el salario mínimo de cada anualidad y no condenó a los aportes de los años 2014 a 2016 porque el demandante los efectuó por sí mismo.

Recurso de apelación

Parte demandante: Considera que se debe condenar al pago de aportes a pensión por el tiempo en que los efectuó el demandante porque esa no era su obligación. Insiste en la existencia de la relación de trabajo conforme el art. 24 del CST, en el caso no se cumplen todos los presupuestos de la sentencia de la Corte, no se demostró que la vinculación tuviera como fin esencial la expansión de la creencia religiosa, no hay arraigo cultural ni reconocimiento social de la doctrina que predica la Iglesia. No se demostró que se predicó la subordinación respecto a la creencia, ideología y no frente a un sujeto, porque se estableció la existencia de un estatuto y la obligaciones de estarse a ellos circunstancia de la que si se infiere una subordinación a la persona jurídica demandada, aduce que no hay un contrato libre, el actor no podía autodeterminarse ni era independiente en relación a lo que debía predicar, tampoco existió en factor de gratuidad porque si el actor se oponía a las

directrices de la demandada se podía quedar sin su sustento razón por la cual debía aceptar los traslados. El demandante abandonó su labor de mecánico para adherirse a las condiciones que le imponía demandada.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Presentó sus alegatos fuera del término y presentó excusas por ello.

Parte demandada: Solicita se confirme la decisión ya que las funciones realizadas por el actor obedecen a una actividad religiosa tal como lo ha reiterado la SL CSJ al señalar que: “...*en las iglesias no puede hablarse jurídicamente de un contrato de trabajo*”..., lo que significa que dicha acción es una labor pastoral y no subordinada.

CONSIDERACIONES

Procede La Sala a establecer si hay lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo bajo el principio de primacía de la realidad sobre las formas entre ALFONSO ARÉVALO y la IGLESIA PENTECOSTAL DIOS ES AMOR EN COLOMBIA y determinar si la demandada debe pagar los aportes a pensión por los años 2014 a 2016.

Existencia de la Relación Laboral.

Para abordar el análisis de la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, resulta oportuno recordar que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha decantado que, tratándose de ordenaciones religiosas, las reglas previstas en los artículos 23 y 24 del CST no son de estricta aplicación, ya que en desarrollo de actividades misionales, los religiosos operan en función de sus ideologías. Por eso se debe delimitar si en ese vínculo se desarrollaron actividades al margen de la religiosidad. En términos de la Corte; “*fuera de las de asistencia religiosa o de culto y otras inherentes a sus compromisos*” (SL9197-2017) pues de ser así, la jurisprudencia de la Corte los tiene como “*empleadores ideológicos*” lo que da paso al reconocimiento de otros derechos como el de la seguridad social, que hace parte de las garantías fundamentales de todo ser humano.

En el proceso se recaudaron las siguientes pruebas:

El interrogatorio de parte rendido por el representante legal de la iglesia pentecostal Dios es Amor en Colombia, dijo que conoció al demandante desde agosto 2015 cuando llegó de México y se lo presentaron como predicador de la Iglesia. Cuando él (representante legal) llegó en marzo de 2015 notó la falta de pago a seguridad social, algunos de los colaboradores eran pensionados, beneficiarios de las esposas o realizaban sus propios aportes. Un obrero en la iglesia es un miembro de ella que da unos pasos de fe, el obrero es la persona que voluntariamente decide servir en la iglesia en temas espirituales y un miembro es un congregado activo. Explicó que los pastores son aquellas personas que predicán la palabra de Dios y tienen a cargo una sede que le asigna la iglesia. La contabilidad está conformada por las donaciones, ofrendas y diezmos que dan los feligreses, de ahí se toman los gastos de la iglesia, y el emolumento eclesiástico es una ayuda que no es fija ya que depende de los ingresos mensuales de la iglesia y que en ocasiones puede ocurrir que no alcancé ni siquiera para sus gastos personales. Los viáticos los paga la Iglesia, las funciones del actor no las conoce, pero en general las funciones de un pastor son predicar la palabra de Dios en los cultos, orar por los enfermos y visitar a los miembros de la iglesia para orar por ellos, (esas son las actividades espirituales) a los pastores se les da una guía espiritual, el horario de los pastores es aproximadamente 3 horas los días de culto.

El testigo Carlos Andrés González Durán, (también pastor de la iglesia) conoció al demandante cuando ya era pastor, ellos se encontraban todos los meses mientras estaban en el país, él (demandante) estuvo en diferentes ciudades y países, el actor recibía ordenes por parte de otros pastores como lo era trasladarse a otras ciudades o países, si no lo hacían en la iglesia los amenazaba con suspenderles los pagos, todo el tiempo hubo subordinación, eran 3 servicios diarios, su trabajo fue todo el tiempo para la iglesia, todos los recursos salían de la misma congregación, todos los movimientos económicos debían ser autorizados por la dirección nacional, a final de año se pagaba una prima si alcanzaba el presupuesto. El demandante trabajó hasta el 2015 porque se le indicó que ya no había nada que hacer en México, el recaudo del dinero era a través del diezmo y las ofrendas. Cuando asumen la responsabilidad del pastor les hacen firmar un documento donde renuncian a sus derechos y son manipulados para ello, la predica se hace gratis, pero trabajar y administrar es otra cosa diferente. El actor fue suspendido en una oportunidad por violar los estatutos morales.

El testigo Andrey Castañeda (también es pastor en la iglesia y conoce al demandante hace 20 años) el actor prestó sus servicios en diferentes ciudades en Colombia y fuera del país, el actor cumplió ordenes de otros pastores, las ordenes estaban relacionadas con la administración de la iglesia, como atender a las personas, debían estar disponibles para la actividad pastoral, contaban con unos emolumentos para la administración de la iglesia y una cuota que se debía reportar, determinados esos gastos se sacaban los gastos personales. El pastor siempre debe seguir los reglamentos, no le dieron ninguna razón para terminar la vinculación, a veces contaban con un aguinaldo, las órdenes de traslado debían ser cumplidas. La vinculación del actor se terminó por comunicación telefónica. Cuando distinguió al actor él ejercía su labor de mecánico, cuando ellos iniciaron la actividad religiosa lo hicieron porque sintieron el deseo de servir. Cuando iniciaron como pastores los hicieron firmar unos compromisos donde renuncian a sus derechos, el actor fue suspendido por un tiempo. El horario era tiempo completo de día se ejercía la actividad de pastar y en las noches se brindaba apoyo en la emisora.

El demandante en su interrogatorio de parte dijo que llegó como pastor a la iglesia pentecostal Dios es amor en Colombia por amor a Dios, y si bien la relación era de tipo religioso, con el pasar de los días esa relación se convirtió en un contrato de trabajo ante las estrictas órdenes de los pastores superiores que se regían bajo unos estatutos en la iglesia, también recibía un salario que podía perder al no acatar las órdenes impartidas, manifestó que dentro de las funciones que tenía la iglesia tuvo que hacer las veces de locutor en la radio donde se hablaba de la Biblia, en ocasiones debía reparar los daños de la iglesia (dejar de ser pastor para ser albañil) y realizar diversas actividades como pastor. Su sueldo dependía de los ingresos que obtuviera la iglesia. Desde el año 2002 en adelante les hacían firmar un documento para dirigir una sede de la congregación. Empezó su actividad ministerial desde el año 1999 hasta el año 2001, en el 2003 retomó actividades en diferentes ciudades del país. Realizó aportes al sistema de seguridad social en pensiones como independiente para los años 2014 a 2016 porque debía realizarse un tratamiento médico.

El testigo Víctor Hugo Hernández Ayala, (conoció al demandante en la iglesia hace 16 años, también fue pastor y trabajo en la emisora de la demandada). El actor ejerció la actividad ministerial en diferentes ciudades del país y en el exterior, ellos

recibían las instrucciones del pastor nacional, se reunían para la toma de decisiones relacionadas con la administración de la iglesia. Estaban condicionados a un reglamento interno que allí tenía.

El testigo Isnardo Bonilla Chaparro (también es pastor en la iglesia hace más de 18 años), sabía que el demandante predicaba la palabra del Señor, ellos nunca recibieron órdenes, se les capacitaba, no contaban con un salario, todo se dirige desde la fe. La responsabilidad del pastor es enseñar la palabra de Dios, ellos no tienen horario, un culto dura de una a tres horas, pero no los obligan a estarse todo el día allá, ellos firman un compromiso espiritual para obrar desde la fe. La vinculación del actor fue religiosa y espiritual. La iglesia cuenta con sus propios estatutos y reciben un emolumento con el que se ayudan económicamente.

El testigo Ángel Cuesta Lozano, (es pastor en la iglesia hace 19 años), conoce al demandante desde el año 2001 porque predica el evangelio, ellos trabajan bajo la directiva de la Iglesia, el testigo le entregó al actor la dirección de la sede donde se encontraba en Panamá, ellos cuentan con una ayuda eclesiástica que depende de los ingresos de la Iglesia. No cuentan con contrato de trabajo, no los obligan a hacer actividad alguna, el servicio se presta de forma voluntaria. Los horarios de culto en Panamá eran los lunes, miércoles, jueves y viernes, de 9am a 12m, de 2 a 3pm y de 7 a 9pm. Todos firman un compromiso espiritual orientado a seguir las directivas, nunca vio al actor en actividades radiales, sabe que esos programas eran por turnos.

La testigo Ana Celis (ayudante de tesorería), conoce al actor porque fungió como pastor predicando la palabra de Dios, siempre lo vio haciendo lo mismo. El actor tenía unos horarios de culto, órdenes como tal no se impartían, el cuidado de la edificación estaba a cargo del actor, los mismos colaboradores ayudan con el mantenimiento de las instalaciones, a los pastores se les da una ayuda económica (emolumento eclesiástico). Sabe que el demandante trabajó en un taller de mecánica. Los gastos de traslado son sufragados por la Iglesia, no todos los días había culto, nunca lo vio en la radio como tal. Ellos tienen con la iglesia un compromiso espiritual donde profesan su fe a Dios.

El testigo Simón Castañeda (miembro de la obra y predicador de la palabra de Dios desde el año 1997), conoce al actor porque él también se desempeñó como

pastor. Ellos no recibían ordenes, la actividad de pastor la hacen voluntariamente, no sabe si el demandante tenía horario, él (el testigo) manejaba su tiempo, escuchó que el demandante estuvo en Argentina, no tiene conocimiento si éste tenía salario. Los cultos no eran todos los días, el servicio en la radio tenía unos turnos. Ellos firman un documento donde consta que no son empleados de la iglesia y que su actividad es un servicio de fe que se brinda a la obra de Dios. En la Iglesia hay unos estatutos que se deben cumplir. Al pastor se le da un emolumento. Cuando no pueden asistir a la predica otro pastor los puede remplazar.

También se cuenta con acta de pago de monumento eclesiástico (fls 26 a 28), carta de invitación para el evangelista ALFONSO ARÉVALO dirigida a migración México (FL 33), recibo de pago por \$26.400 pesos mexicanos por concepto de prebenda (marzo y alquiler), recibos de sustento pastoral a folios 40 a 58 y 65 a 73, informes financieros (fls 59 y 61), comunicado de traslado de Panamá a Colombia (fl 63) en el que indica que el actor no cobro el aguinaldo, copia de consignaciones efectuadas a la EPS sanitas (fl 80 a 87), declaración de actividad ministerial del actor (fls 128 y 129), compromiso de orden espiritual y religioso (fls 130 y vuelto), estatutos de la iglesia (fl 131 a 135). De conformidad con lo anterior se colige que en efecto el inicio del vínculo que unió a las partes comprendía fines netamente religiosos, y por eso en principio solo los derechos a la seguridad social del actor deberían estar garantizados, pues así lo explicó la Corte Suprema de Justicia en SL 9197-2017¹, garantía que nace con el Decreto 3615 de 2005, el cual se ocupó de la afiliación de los miembros de las comunidades y congregaciones religiosas al Sistema de Seguridad Social Integral, norma que rige a partir de su publicación (octubre 12 de 2005) el cual le resulta aplicable al demandante, pues es responsabilidad del ente ministerial efectuar todos los aportes que comprenden la vinculación, sin embargo

¹ Esta explicación tiene repercusiones valiosas en las organizaciones de tendencia, que como se ha destacado, son una excepción al ámbito laboral, pues aunque admite que fuera de ellas quede la regulación del CST, no las exime de la obligación que tienen de asumir la protección a la seguridad social de quienes las integran, pues la autonomía que se les otorga, en este caso específico a las confesiones, derivada de la libertad religiosa inserta en la Constitución Política, no es de carácter absoluto, pues se reconoce un límite propio, que emana del contenido de los derechos fundamentales y del principio de laicidad del Estado, tal como se expresó, entre otras, en decisión de la Corte Constitucional CC 350/1994:

En síntesis, la Constitución de 1991 establece el carácter pluralista del Estado social de derecho colombiano, del cual el pluralismo religioso es uno de los componentes más importantes. Igualmente, la Carta excluye cualquier forma de confesionalismo y consagra la plena libertad religiosa y el tratamiento igualitario de todas las confesiones religiosas, puesto que la invocación a la protección de Dios, que se hace en el preámbulo, tiene un carácter general y no referido a una iglesia en particular. Esto implica entonces que en el ordenamiento constitucional colombiano, hay una separación entre el Estado y las iglesias porque el Estado es laico; en efecto, esa estricta neutralidad del Estado en materia religiosa es la única forma de que los poderes públicos aseguren el pluralismo y la coexistencia igualitaria y la autonomía de las distintas confesiones religiosas.

como el actor en el asunto **realizó los aportes al sistema según su dicho en el interrogatorio de parte**, lo procedente en el caso no es que la demandada se sustraiga del pago comprendido entre el 01 de enero de 2014 y el 31 de marzo de 2016, dado que lo que resulta procedente es que la pasiva compense al actor esos dineros que él canceló por aportes pensionales y en este sentido se ha de modificar la sentencia.

Del material probatorio La Sala colige que la juez no se equivocó al no declarar la existencia del contrato de trabajo demandando ya que no se acreditó que la actividad del actor fuese diferente a la de predica del evangelio, por ello no hay lugar a dar aplicación a la presunción prevista en el art. 24 del CST ni al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, pues la formación del convencimiento obedeció a un examen estricto y conjunto del recaudo racional de las pruebas. De otra parte se advierte que el demandante no cumplió como su deber (art. 167 del CGP) de demostrar que ejerció actividades ajenas a las funciones ministeriales para así poder analizar bajo los parámetros de la CSJ el tan aludido vínculo laboral.

COSTAS

Las de primera instancia se confirman, de conformidad con lo previsto en el art 365 del CGP, sin costas en esta instancia ante la prosperidad parcial del recurso.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. – **MODIFICA EL ORDINAL PRIMERO** de la sentencia apelada, proferida el 30 de mayo de 2019 por el Juez Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar compensar los aportes pensionales que efectuó el demandante por los extremos comprendidos entre el 01 de enero de 2014 hasta el 31 de marzo de 2016, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. – En lo demás se confirma la sentencia.

TERCERO. – COSTAS: Las de primera instancia se confirman, de conformidad con lo previsto en el art 365 del CGP. Sin costas en esta instancia ante la prosperidad parcial del recurso.

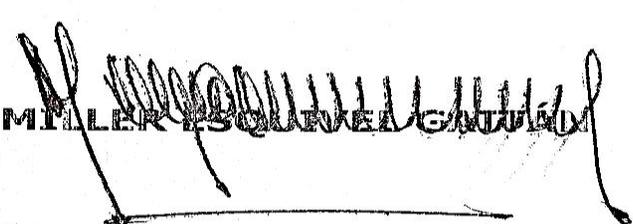
Notifíquese y cúmplase



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NOHORA FABIOLA LOAIZA RUA, CARLOS ALBERTO HUERTAS CARDENAS Y ROSEMBERG GUERRERO LOZADA contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN. Rad. 2016 – 00476 01. Juz. 11.

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

NOHORA FABIOLA LOAIZA RUA, CARLOS ALBERTO HUERTAS CÁRDENAS Y ROSEMBERG GUERRERO LOZADA demandaron a la FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTIN para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 10 a 13.

LOAIZA RUA contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de febrero de 1997 y el 20 de diciembre de 2014.

- Despido injusto.
- Prestaciones sociales.
- Aportes a salud y pensión.
- Sanción por no consignación de las cesantías.
- Indemnización moratoria.
- Dotación.
- Indexación.
- Subsidio familiar.

- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

HUERTAS CÁRDENAS contrato de trabajo verbal a término indefinido entre 01 de septiembre de 2000 y el 31 de agosto de 2015.

- Prestaciones sociales.
- Aportes a salud y pensión.
- Diferencia en el pago del trabajo suplementario.
- Sanción por no consignación de las cesantías.
- Dotación.
- Indexación.
- Subsidio familiar.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

GUERRERO LOZADA contrato de trabajo verbal a término indefinido entre el 16 de octubre de 1995 y el 03 de diciembre de 2012.

- Prestaciones sociales.
- Aportes a salud y pensión.
- Diferencia en el pago del trabajo suplementario.
- Sanción por no consignación de las cesantías.
- Indemnización moratoria.
- Dotación.
- Indexación.
- Subsidio familiar.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos se describen a fls. 6 a 10. **LOAIZA RUA**, se vinculó con la Universidad el 21 de febrero de 1997 para desempeñarse como auxiliar de aseo, prestó sus servicios en diferentes sedes y clínicas de la Fundación, su último salario fue de \$616.000 junto con una bonificación de \$89.640. El horario era de 8 horas rotativas de lunes a sábado, el 20 de diciembre de 2014, no se le permitió el ingreso a las instalaciones de la demandada ni se le volvió a cancelar emolumento alguno. Se adeuda las prestaciones sociales comprendidas entre el 01 de enero de 2008 y el 20 de diciembre de 2014. Existen varios ciclos en salud y pensión en mora, al momento

de la desvinculación no se le pagó la indemnización por despido injusto ni se le suministró la dotación.

HUERTAS CÁRDENAS, se vinculó mediante contrato de trabajo a término fijo el 01 de septiembre de 2000 hasta el 31 de agosto de 2015, el cargo desempeñado fue de vigilante, el último salario ascendió a la suma de \$1.290.746, laboró jornadas de 24 horas en turnos rotativos de domingo a domingo, se le adeuda la totalidad del trabajo suplementario, las prestaciones sociales comprendidas entre el 01 de enero de 2013 al 31 de agosto de 2015, los aportes en salud y pensión. Solamente se le suministró una dotación.

GUERRERO LOZADA, el 16 de octubre de 1995 se vinculó con la demandada en el cargo de jefe de escolta, el último salario ascendió a \$1.800.000 más bonificación. Sus turnos también fueron de 24 horas rotativos, tampoco se le reconoció el trabajo suplementario. El 03 de diciembre de 2012 le fue terminado el contrato de forma unilateral y sin justa causa. Se adeudan las prestaciones sociales causadas entre el 01 de enero y el 03 de diciembre de 2012. Los pagos a salud y pensión no fueron completos, al momento de la desvinculación no se le reconoció la indemnización por despido injusto ni dotaciones.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Once Laboral del Circuito de esta ciudad, la Fundación San Martín fue notificada por conducta concluyente (fl 102) y se le tuvo por no contestada la demanda en auto del 19 de mayo de 2017 (fls 103 a 104). En ese mismo proveído se dispuso la vinculación del MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL dada sus funciones de inspección y vigilancia de las instituciones de educación superior.

El **MINISTERIO DE EDUCACIÓN** contestó la demanda en los términos de los folios 109 a 114.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva del Ministerio, falta de competencia – ausencia de requisitos de procedibilidad – falta de agotamiento de la vía gubernativa, prescripción y genérica.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la existencia del contrato de trabajo con todos los demandantes y ordenó el pago de las prestaciones sociales así:

LOAIZA RUA, contrato de trabajo desde el 16 de abril de 1997 y el 31 de octubre de 2014, desempeñó el cargo de auxiliar de aseo y su último salario fue de \$717.150.

- a. Cesantías \$597.625
- b. Intereses a las cesantías \$59.763
- c. Prima de servicios \$597.625
- d. Vacaciones indexadas \$298.813.
- e. Por indemnización moratoria \$23.905 diarios desde el 01 de noviembre de 2014 hasta el mes 24, de ahí en adelante el interés moratorio de la tasa máxima de créditos de libre asignación.

HUERTAS CÁRDENAS, contrato de trabajo desde el 01 de septiembre de 2000 y el 31 de agosto de 2015, laboró como vigilante al servicio de la Fundación y el último salario fue de \$1.290.746.

- a. Cesantías indexadas \$2.414.826.
- b. Intereses a las cesantías indexados \$289.779
- c. Vacaciones indexadas \$298.813
- d. Indemnización moratoria \$23.905 diarios desde el 01 de noviembre de 2014 hasta el mes 24, de ahí en adelante el interés moratorio de la tasa máxima de créditos de libre asignación.

GUERRERO LOZADA, contrato de trabajo desde el 16 de octubre de 1995 y el 03 de diciembre de 2012 trabajo como jefe de escoltas, el último salario devengado fue de \$1.320.384.

- a. Cesantías \$1.221.355
- b. Intereses a las cesantías \$135.570
- c. Prima de servicios \$561.163
- d. Vacaciones indexadas \$610.678.
- e. Indemnización moratoria \$44.013 diarios desde el 04 de diciembre de 2013 hasta el mes 24, de ahí en adelante el interés moratorio de la tasa máxima de créditos de libre asignación.

- f. Por los aportes a pensión de enero de 2006 a noviembre de 2008 junto con los intereses previstos en el art. 23 de la Ley 100/93.

En proveído de aclaración de sentencia el juez retiró la condena por la indemnización moratoria impuesta a favor de **HUERTAS CÁRDENAS**.

Llegó a esa determinación al encontrar probados los contratos de trabajo entre los actores y la Universidad demandada. Los extremos de la vinculación con **NOHORA LAIZA** los tomó desde la fecha del contrato hasta el 31 de octubre de 2014 conforme la certificación de pagos de salarios y constancias de pago a seguridad social, ella se desempeñó como auxiliar de aseo, y el último salario fue de \$716.150. Condenó el auxilio de cesantías, sus intereses, prima de servicios y vacaciones causadas para el último año de servicios (01 de enero a 31 de octubre de 2014). Absolvió de los aportes a pensión porque los encontró probados conforme las documentales de folios 33, 34, 241 a 246, de los aportes en salud adujo que ellos se hacen necesarios en vigencia del periodo respectivo. También absolvió de la dotación y el subsidio familiar porque no se cumplió con la carga de la prueba. En cuanto a la indemnización por el no pago oportuno de las cesantías (fls 262 a 265), adujo que el 16 de octubre de 2014 la demandante solicitó la autorización para el retiro de las cesantías y esto permitía evidenciar que la demandada si cumplió con esa obligación de consignarlas. Condenó la indemnización moratoria al no obrar constancia del pago de las prestaciones a la terminación del contrato conforme lo establece el art. 65 del CST y condenó el pago indexado únicamente de las vacaciones.

HUERTAS CÁRDENAS, los extremos de la vinculación los tomó desde la fecha del contrato (01 de septiembre de 2000) hasta el 31 de agosto de 2015 conforme certificaciones de pago de salarios y constancias de aportes a seguridad social, quien se desempeñó en el cargo de vigilante y el último salario fue de \$ 1.290.746. Absolvió de la diferencia reclamada por trabajo suplementario porque el demandante no demostró con exactitud cuándo y cuánto tiempo prestó sus servicios sin que le se permitido al juez hacer supuestos. Frente a las prestaciones sociales, el A quo se remitió a la liquidación final y verificó que la demandada pagó al actor las primas y cesantías, sin embargo por este auxilio solo canceló el último año de servicios, por eso ordenó el pago del auxilio junto con sus intereses por las anualidades 2013 y 2014. Absolvió de los aportes a salud porque no se allegó constancia de gasto alguno y los aportes a pensión fueron acreditados. Ordenó el pago indexado solamente por

las vacaciones, y frente a la indemnización por no pago de las cesantías, dotación y subsidio familiar absolvió bajo los mismos argumentos tenidos en cuenta para la anterior demandante.

GUERRERO LOZADA, estuvo vinculado con la demandada según contrato de trabajo desde el 16 de octubre de 1995 y el 03 de diciembre de 2012, el último cargo fue de jefe de escoltas. Absolvió de la diferencia reclamada por trabajo suplementario porque el demandante tampoco demostró con exactitud en qué términos prestó tal trabajo. Ordenó el pago de las cesantías y sus intereses por el periodo reclamando (01 de enero al 03 de diciembre de 2012), tomó como salario la suma de \$1.320.384. Ordenó el pago de la prima de servicios proporcional al último periodo laborado (1 de julio al 03 de diciembre de 2012), impuso la condena de las vacaciones porque no se acreditó el pago de tal descanso remunerado, advirtió pagos parciales a pensión por lo que dispuso el pago de los ciclos enero de 2006 a noviembre de 2008. También dispuso el pago indexado solamente de las vacaciones, ordenó el pago de la indemnización moratoria por no obrar constancia del pago de las prestaciones a la finalización del vínculo laboral, ni justificación alguna. Por los mismos argumentos anteriores absolvió de los aportes en salud, dotación, subsidio familiar e indemnización por no pago de las cesantías.

Recurso de apelación

La apoderada de la **parte actora** apela porque considera que el juez no valoró en debida forma las documentales (historias laborales) relacionadas con el pago de los aportes a pensión de **FABIOLA LOAIZA RUA** y **CARLOS HUERTAS CARDENAS**. A la primera se le adeuda los aportes de agosto de 2006 a diciembre de 2007, enero a noviembre de 2008, febrero a diciembre de 2009, todo el año 2010, enero a mayo de 2011 y los años 2012, 2013 y 2014. Y HUERTAS CARDENAS no cuenta con los aportes para marzo de 2009 y años 2010 a 2014.

El apoderado de la **parte demandada** aduce que el juez se equivocó al tomar el salario de **LOAIZA RUA** pues tuvo en cuenta un salario superior al solicitado en la demanda y en ese orden se deben reajustar las condenas impuestas. De otra parte alegó que la condena por la indemnización moratoria se debe parar al 10 de febrero de 2015, momento en que la Universidad fue intervenida por el Ministerio de Educación. La Institución cuenta con unas medidas de salvamento que aún están

vigentes y le impiden efectuar cualquier pago. Adujo que el hecho de no haber contestado la demanda no implica que no se apliquen las normas de público conocimiento.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio en esta etapa.

Parte demandada: No se pronunció.

CONSIDERACIONES

No se controvierte los vínculos laborales, los extremos y la forma de terminación de los contratos. En ese orden procede La Sala a verificar si existen aportes a pensión a favor de **LOAIZA RUA** y **GUERRERO LOZADA** a cargo de la demandada pendiente de pago. También se va a analizar si el A quo se equivocó al determinar el salario de **LOAIZA RUA** lo que daría eventualmente lugar a revisar el cálculo de sus condenas y establecer si la imposición de la indemnización moratoria tiene que parar el 10 de febrero de 2015 (data en la que fue intervenida la Universidad).

Aportes a pensión de Loaiza Rua y Huertas Cárdenas.

Respecto a los aportes a seguridad social la Ley 100/93 le impone al empleador como obligación realizarlos al sistema, por ello al constatar el cumplimiento de este deber, del reporte de pagos de nómina de **LOAIZA RUA** entre el año 2000 y 2014 (fls 236 a 240), se advierte que solo están pendientes de pago diciembre de 2012 y octubre de 2014, no obstante al verificar el histórico de pagos en MIPLANILLA (fls 242 a 246) y en la historia laboral de la AFP PROTECCIÓN (fl 34 vuelto) se advierte que los periodos reclamados en el recurso están en cero, y en efecto falta por materializar en el registro de cotizaciones, los ciclos agosto de 2006 a noviembre de 2008, febrero a diciembre de 2009, todo el año 2010, año 2011 excepto el mes de junio el cual si se acreditó el pago (fls 34 vuelto y 243) y los ciclos correspondiente a los años 2012 a octubre de 2014 (momento en que feneció el vínculo laboral) (fls 244 a 246). En consecuencia le asiste razón a la recurrente al reclamar a la

Universidad los periodos de cotización ya individualizados, los cuales se deben pagar al fondo pensional donde se encuentre NOHORA FABIOLA LOAIZA y calcular conforme el valor de los salarios que milita en el reporte de nóminas visto a folios 236 a 240.

Respecto a **HUERTAS CARDENAS** reclama la recurrente los aportes de marzo de 2009 y los ciclos por los años 2010 a 2014. Para constatar la mora de estos periodos se cuenta con la historia laboral del demandante contentiva a folios 156 a 162 y el histórico de pagos de mi planilla (fls 181 a 188) de los que se advierte que entre marzo de 2009 a enero de 2015 no milita registro de aporte alguno pese a que en la liquidación de nóminas (fls 176 a 179) estos aparentemente se efectuaron. En consecuencia como en la apelación solicita el pago de los apartes que no están reflejados en la historia laboral, La Sala también va a condenar a la Universidad al pago de los ciclos adeudados, comprendidos desde marzo de 2009 al mes de enero de 2015, los que se tienen que consignar al fondo pensional donde se encuentre afiliado CARLOS ALBERTO HUERTAS CARDENAS, y se han de calcular conforme el valor de los salarios que milita en el reporte de nóminas visto a folios 176 a 179.

Salario de Loaiza Rua

Reclama la demandada que el salario determinado para NOHORA FABIOLA LOAIZA no fue ni el probado en el proceso ni el solicitado en la demanda, por lo que el mismo se debe modificar y a su turno recalculan las acreencias a las que fue condenada por esta demandante. En ese orden al verificar el historial de pagos de nómina (fls 236 a 240) se advierte que el salario devengado durante el último año ascendió a la suma de \$627.510 y no a \$716.150 como lo declaró el juez, por lo que se procede a la modificación de la cuantía y se determina que las acreencias de esta actora quedarán así:

- a. Cesantías \$ 522.925
- b. Intereses a las cesantías \$52.293
- c. Prima de servicios \$522.925
- d. Vacaciones \$261.463 (las vacaciones se indexan al momento del pago)
- e. Por indemnización moratoria \$20.917 diarios desde el 01 de noviembre de 2014 hasta el mes 24, de ahí en adelante el interés moratorio de la tasa máxima de créditos de libre asignación.

Indemnización moratoria

En síntesis, el apoderado de la demandada considera que dadas las medidas de salvamento a que fue sometida la Fundación Universitaria San Martín por parte del Ministerio de Educación, la universidad entró en cesación de pagos, por lo que se le debe liberar de tal sanción o en su defecto que la condena solo se extienda hasta el 10 de febrero de 2015, momento en el cual se ordenó la suspensión de cualquier pago que se haya generado con anterioridad a esa fecha. Para resolver lo concerniente a ésta condena se tiene que la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., incorpora como penalidad el pago de un salario diario por cada día de retardo, cuando a la terminación del contrato de trabajo el empleador omite el pago de salarios y prestaciones, supuestos de hecho que admiten valoraciones respecto del comportamiento del empleador en el desarrollo del contrato de trabajo, para establecer si actuó de buena fe. Así lo ha adocinado la jurisprudencia en cuanto a que tales indemnizaciones no operan de manera automática, sino que el juzgador debe sopesar el comportamiento y las razones aducidas por el patrono para tal incumplimiento.

Pues bien para La Sala, el argumento de estar la Universidad con unas medidas de salvamento impuestas por el Ministerio de Educación, en el marco de la vigilancia especial a que se encuentra sometida de conformidad con la Ley 1740 de 2014¹, no resulta suficiente para sustraerse del pago de sus obligaciones como empleador y mucho menos para acreditar la buena fe alegada, pues si bien la Fundación fue intervenida por su inadecuado manejo e indebida conservación de sus rentas², tales consecuencias no pueden desde ningún punto de vista ser trasladadas al trabajador, en especial cuando se advierte que las obligaciones laborales fueron causadas con anterioridad a la expedición de tales medidas. De otra parte es de recordar que la imposición de la sanción moratoria procede por el no pago de salarios y prestaciones debidas al momento de la terminación del contrato, sin que sea posible tener la fecha de las medidas de salvamento adoptadas en la Resolución 01702 del 10 de febrero de 2015, como una interrupción o suspensión de esta sanción.

¹ Por la cual se desarrolla parcialmente el artículo 67 y los numerales 21, 22 y 26 del artículo 189 de la Constitución Política, se regula la inspección y vigilancia de la educación superior, se modifica parcialmente la Ley 30 de 1992 y se dictan otras disposiciones.

² Párrafo once de las consideraciones de la Resolución 01702 del 10 de febrero de 2015 por el cual se ordena medidas de salvamento y vigilancia especial a la Fundación Universitaria San Martín.

Aunado a lo anterior, es de advertir que la Resolución 01702 del 10 de febrero de 2015, dispuso como consecuencia de las medidas de salvamento, la suspensión de los procesos de ejecución en curso, la imposibilidad de admitir procesos nuevos de esa naturaleza con ocasión a las obligaciones anteriores a este acto administrativo y la suspensión de pagos de las obligaciones de la Fundación causadas hasta el 10 de febrero de 2015. Confunde el recurrente la interrupción o cesación del pago con la prohibición de pagar, máxime cuando está claro en el proceso que la vinculación entre cada uno de los demandantes con la Universidad obedeció a un contrato de trabajo. Por ende, La Sala encuentra acertada la condena al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., en los términos indicados en la sentencia de primera instancia, sin que sea procedente la revisión de la cuantía por cuanto no fue objetada.

COSTAS. - Las de primera instancia se confirman. Sin costas en la alzada por la prosperidad parcial de los recursos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - **Modificar el ordinal primero** de la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá D.C. con fecha 12 de junio de 2019, únicamente en cuanto al salario establecido para **NOHORA FABIOLA LOIZA RUA** el cual asciende a la suma de \$627.510.

SEGUNDO. - **Modificar el ordinal cuarto** de la sentencia en los siguientes términos:

Condenar a la Fundación Universitaria San Martín a pagar a la demandante **NOHORA FABIOLA LOIZA RUA** las siguientes sumas y conceptos:

- a. Cesantías \$ 522.925
- b. Intereses a las cesantías \$52.293
- c. Prima de servicios \$522.925

- d. Vacaciones \$261.463 (las vacaciones se indexan al momento del pago)
- e. Por indemnización moratoria \$20.917 diarios desde el 01 de noviembre de 2014 hasta el mes 24, de ahí en adelante el interés moratorio de la tasa máxima de créditos de libre asignación.

TERCERO. – ADICIONAR la sentencia para condenar a la Fundación Universitaria San Martín a pagar los aportes pensionales de **NOHORA FABIOLA LOIZA RUA** al fondo pensional donde se encuentre afiliada por los siguientes ciclos: agosto de 2006 a noviembre de 2008, febrero a diciembre de 2009, año 2010, año 2011 excepto el mes de junio y los años 2012 a 2014, para los cálculos se deberá tomar los valores de los salarios que están en el reporte de nóminas de folios 236 a 240.

CUARTO. – ADICIONAR la sentencia para condenar a la Fundación Universitaria San Martín a pagar los aportes pensionales de **CARLOS ALBERTO HUERTAS CARDENAS** al fondo donde se encuentre afiliado por los ciclos comprendidos desde marzo de 2009 hasta enero de 2015, los que se han de calcular conforme el valor de los salarios que milita en el reporte de nóminas visto a folios 176 a 179

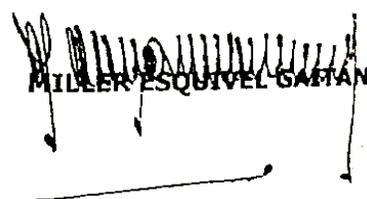
QUINTO. - En lo demás CONFIRMAR la sentencia impugnada.

SEXTO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Sin costas en la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL SARTÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JORGE LORENZO CELEDON SIMÓN
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S. A. Rad. 2018 – 00193 01. Juz. 17.**

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

JORGE LORENZO CELEDON SIMÓN demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la AFP PROTECCIÓN S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl 4.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de facultades ultra y extra petita

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 6. Nació el 14 de febrero de 1962. Cuenta con un total de 1.166 semanas cotizadas al sistema general de pensiones. El 29 de septiembre de 1998 se trasladó al RAIS administrado por la AFP DAVIVIR, Sus aportes se efectúan actualmente a PROTECCIÓN. Dijo que no se le brindó información sobre las ventajas y desventajas de los regímenes y no se le advirtió de las consecuencias del traslado. En el 2017, solicitó a la AFP la simulación pensional la cual le proyectó una mesada de \$825.880 de continuar cotizando hasta los 62

años de edad, con esta actuación concluyó que en el RAIS su mesada pensional sería inferior a aquella que se le hubiese reconocido en el RPM como quiera que allí equivaldría a \$3.138.754 a la misma edad. En el 2018 solicitó a la demandada Colpensiones la nulidad del traslado efectuado a Protección, petición que fue negada.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 62 a 78.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; aceptó la fecha de nacimiento, el traslado al RAIS, la solicitud de traslado al RPM y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito las de: inexistencia del derecho para regresar al PRM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social y genérica.

PROTECCIÓN S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó en los términos del escrito visible en fls. 98 a 109.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó el traslado al RAIS, la fecha de nacimiento y el cálculo de la prestación.
- Formuló como excepciones de mérito las de; prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de LORENZO CELEDON al RAIS administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, ordenó tener válidamente afiliado al actor al RPM, dispuso que PROTECCIÓN S.A., trasladará a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con motivo de la vinculación del accionante tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos

pensionales todo con sus frutos e intereses sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración y a Colpensiones a recibirlos. Llego a esa determinación al evidenciar que en el formulario de vinculación solo se plasmaron datos personales y generales, pero más allá de esto no obra información diferente que permita evidenciar que el demandante conoció las características del RAIS al momento del traslado, no se estableció cual fue la asesoría clara, completa y suficiente brindada sobre las ventajas y desventajas de dicho régimen, situación que se ratificó por la parte actora en el interrogatorio de parte, en consecuencia consideró pertinente declarar la ineficacia del traslado a PROTECCIÓN S.A. Frente a las excepciones propuestas por las demandadas las declaró no probadas, en especial la de prescripción como quiera que el derecho pensional del demandante en proceso de conformación es imprescriptible.

Recurso de Apelación

PROTECCIÓN S.A., dijo que la administradora no está obligada a devolver las sumas por concepto de gastos de administración al considerar que se administró de manera diligente y responsable la cuenta del actor, la AFP se encargó de realizar una efectiva gestión que le generó beneficios económicos como los rendimientos financieros, además de que éstos se encuentran bajo el mandato legal establecido en la ley 100/93. Señalo que al declararse la ineficacia del traslado las partes vinculadas deben asumir las consecuencias del traslado de régimen pensional, lo que conlleva a que el afiliado asuma la devolución de los gastos de administración en consonancia con el art. 1746 del C.C.

La demandada **COLPENSIONES**, refirió que al demandante al momento del traslado le faltaban más de 20 años para consolidar su derecho por tanto su decisión de trasladarse fue acertada al considerar que se encontraba a tiempo para construir su futuro pensional de acuerdo a sus expectativas del momento. Resaltó que para el año 1998 CELEDON SIMÓN inició sus aportes al sistema general de pensiones y en ese sentido era impredecible establecer una mesada pensional en un régimen u otro, dijo que para el año 2018 cuando solicitó la nulidad del traslado al RAIS, este ya se encontraba inmerso en la prohibición legal y ello imposibilita el acceso a sus pretensiones. Alega que se debe estudiar todo el material probatorio, en especial la declaración extrajudicial aportada por el actor donde acepta conocer las características del RAIS e incluso que contó con asesorías en otros fondos, donde PROTECCIÓN fue la mejor opción.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se accedan a las pretensiones incoadas como quiera que no se le brindó al afiliado información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen. Dijo que no se aportó ningún elemento probatorio que acreditará la calidad de la información brindada al demandante, obligación que se encuentra en cabeza de las administradoras tal como lo ha expresado en reiteradas oportunidades la SL CSJ.

Parte demandada:

COLPENSIONES; solicita se confirme la sentencia absolutoria proferida el **11 de septiembre de 2020**, al considerar que CELEDON SIMÓN se encuentra inmerso en la prohibición legal del art. 2 de la Ley 797/03, dijo que la AFP cumplió con las obligaciones existentes al momento del traslado las cuales se acreditaron con la suscripción del formulario.

PROTECCIÓN S.A.; requiere se revoque la decisión al considerar que no es procedente la devolución de los gastos de administración a Colpensiones, debido a que dicha suma fue cobrada por la administración de los aportes del afiliado. Concluyó que al proceder a trasladar todos los valores, se estaría reconociendo el incumplimiento al deber de información, situación que no se probó.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la devolución de los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de escrito que reposa a folio a 16 de fecha 30 de enero de 2018, en la que se solicitó la nulidad del traslado al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, cuando su solicitó su vinculación el 29 de septiembre de 1998 con la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, según formulario que reposa a folio 14.

En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión no se le ilustró sobre las desventajas que conllevaba el traslado al considerar que la información suministrada no suficiente ni oportuna, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el día 29 de septiembre de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP DAVIVIR (fl.14), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹ norma que para aquel entonces reglamentaba la

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quiénes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionara una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiró, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² *“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”*

entidad demandada (SL4811-2020, SL2611-2020, SL4426-2019), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³ para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

La AFP PROTECCIÓN, se limitó a manifestar que el actor diligenció el formulario de solicitud de vinculación de forma libre, espontánea y sin presiones, que no existe ningún vicio del consentimiento y que el demandante aceptó vincularse al RAIS por contar con la información suficiente y necesaria con lo que se acredita el deber de asesoría. Sin embargo, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019). La demandada PROTECCIÓN no indicó si suministró un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban más de 25 años para alcanzar la edad de pensión.

³ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad. Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

Insuficiencias que no se subsanan por el hecho de que el actor diligenciara un formulario (SL4373-2020⁴, SL4426-2019) porque sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente en la actualidad que las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta. En cuanto a la declaración extrajuicio (fl 54), se precisa que esta ratifica precisamente los argumentos expuesto tanto en la demanda como en el interrogatorio de parte, en el que advierte el actor el engaño que sufrió al momento de trasladarse de régimen ya que no contó en su oportunidad con la debida asesoría.

Tampoco es valedero el argumento de COLPENSIONES de que como el actor está inmerso en la prohibición del art. 13 de la Ley 100/93 modificado por el art. 2 de la Ley 797/2003, no es dable declarar la ineficacia del acto del traslado, pues este se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136 de 2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁵.

⁴ La firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones es insuficiente para dar por demostrado el deber de información, pues además de ello, la entidad administradora de pensiones tiene el deber ineludible de obtener del afiliado un consentimiento informado - comprensión de haber recibido información clara, cierta y oportuna.

⁵ " Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos.

Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado.

Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración, impartida en contra de la AFP demandada, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual deberá transferir a Colpensiones todo concepto que recibieron y/o descontaron en razón de la afiliación del demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (Colpensiones) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

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

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de las apelantes.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho a cargo de cada una de las apelantes.

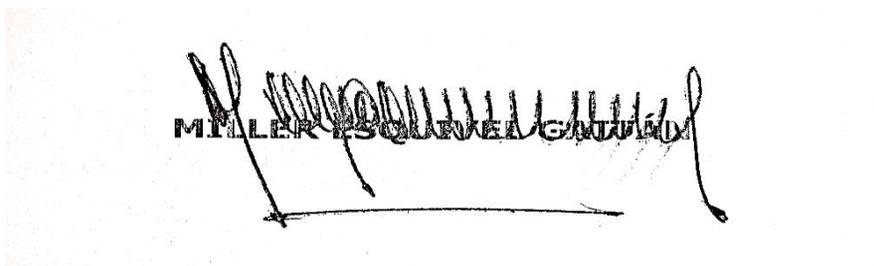
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE INGRID TATIANA ACUÑA LARA
CONTRA HOSPITAL SAN BLAS II NIVEL ESE. Rad. 2018 – 00222 01. Juz.
03.**

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

INGRID TATIANA ACUÑA LARA demandó al HOSPITAL SAN BLAS II NIVEL ESE para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls 6 y 7.

- Contrato de trabajo
- Prestaciones sociales
- Indemnización moratoria
- Aportes al sistema general de pensiones.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls 3 a 6. Prestó sus servicios al Hospital desde el 21 de diciembre de 2009 bajo un contrato denominado arrendamiento de servicios personales de carácter privado No 1398 de 2009, vínculo que se prorrogó bajo la suscripción de 13 contratos de prestación de servicios. Sus funciones estaban relacionadas con el área de farmacia del Hospital, cumplía un horario de trabajo, su remuneración fue de \$950.000 bajo el concepto de honorarios, debía obedecer las instrucciones de su jefe inmediato. El 15 de septiembre de 2015 renunció al cargo, durante el vínculo laboral recibió un memorando para que cumpliera con el horario de trabajo, estuvo afiliada solamente a ARL, y no le fueron canceladas las prestaciones por lo que se le adeuda la indemnización moratoria. Mediante derecho

de petición reclamó las acreencias debidas las cuales le fueron negadas por no contar con ningún derecho laboral, el 13 de febrero de 2017 citó a la demandada a conciliación la cual fracasó.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la accionada contestó en los términos del escrito visible a fls. 65 a 69.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la reclamación de las acreencias laborales, la negativa del Hospital en reconocerlas y la no prosperidad de la audiencia de conciliación.
- Formuló como excepciones previas falta de jurisdicción y competencia, y como de mérito; pago, inexistencia del derecho y de la obligación, ausencia de vínculo de carácter laboral y prescripción.

La excepción previa de falta de jurisdicción y competencia fue postergada por el Juez para decidirla en la sentencia, contra esa decisión se interpuso el recurso de apelación en el efecto diferido, no obstante la demandada antes de dictar sentencia desistió del recurso.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió al Hospital de las pretensiones. Llegó a esa determinación al advertir que la demandante no fungió como trabajadora oficial y ninguna de sus actividades estaban encaminadas al mantenimiento de la planta física hospitalaria o de servicios generales del Hospital según las reglas del art. 26 capítulo 4 de la ley 10/90, pues el cargo por ella desempeñado fue el de auxiliar de farmacia tal como quedó establecido desde el escrito de la demanda y ratificado por las declarantes.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Guardó silencio.

Parte demandada: No se pronunció en esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a las pretensiones de la parte actora y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la documental del folio 97, en la que la accionada contestó cada una de las peticiones elevadas por la actora respecto a su salario, vinculación y pago de prestaciones sociales, con lo que se tiene acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Existencia de la Relación Laboral

En el caso no existe discusión alguna respecto a que entre las partes existió un vínculo y los extremos, por lo que procede La Sala a determinar la naturaleza de este y si se cumple con las exigencias de un verdadero contrato de trabajo, para lo cual corresponde a la demandante de conformidad con el art. 167 del CGP, demostrar los elementos propios del contrato a la luz del artículo 2 del Decreto 2127 de 1945, en cuanto a la 1) actividad personal del trabajador, 2) su dependencia con el empleador y 3) un salario como retribución del servicio. Una vez reunidos estos tres elementos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le asigne ni por las condiciones determinadas por el patrono (como las modalidades de la labor o el tiempo de la ejecución de la actividad contratada) en concordancia con lo dispuesto en el art. 53 constitucional. Igualmente es de precisar que corresponde a la actora demostrar que **ostentó la calidad de trabajadora oficial** al servicio del hospital demandado, en consonancia con la competencia asignada en el numeral 1 del art. 2 del CPT y SS.

Previo a continuar con el análisis de la existencia de la relación de trabajo, lo primero que se debe determinar es la naturaleza jurídica de las Empresas Sociales del Estado. El artículo 194 de la Ley 100 de 1993, expresamente señala:

"ART. 194.- La prestación de servicios de salud en forma territorial por la Nación o por las entidades territoriales, se hará

principalmente a través de las empresas sociales del Estado, que constituyen una categoría especial de entidad pública descentralizada, con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, creadas por la ley o por las asambleas o concejos, según el caso, sometidas al régimen jurídico previsto en este capítulo. (negrita fuera de texto)

Y en torno al régimen jurídico de las Empresas Sociales del Estado, el artículo 195 de la misma Ley 100, dispuso:

“ART. 195.- Las empresas sociales de salud se someterán al siguiente régimen jurídico:

- 1. El nombre deberá mencionar siempre la expresión "Empresa Social del Estado".*
- 2. El objeto debe ser la prestación de los servicios de salud, como servicio público a cargo del Estado o como parte del servicio público de seguridad social.*
- 3. La junta o consejo directivo estará integrada de la misma forma dispuesta en el artículo 19 de la Ley 10 de 1990.*
- 4. El director o representante legal será designado según lo dispone el artículo 192 de la presente Ley.*
- 5. Las personas vinculadas a la empresa tendrán el carácter de empleados públicos y trabajadores oficiales, conforme a las reglas del Capítulo IV de la Ley 10 de 1990.*
- 6. En materia contractual se regirá por el derecho privado, pero podrá discrecionalmente utilizar las cláusulas exorbitantes previstas en el estatuto general de contratación de la administración pública.*
- 7. El régimen presupuestal será el que se prevea, en función de su especialidad, en la ley orgánica de presupuesto, de forma que se adopte un régimen de presupuestación con base en el sistema de reembolso contra prestación de servicios, en los términos previstos en la presente ley.*
- 8. Por tratarse de una entidad pública podrá recibir transferencias directas de los presupuestos de la Nación o de las entidades territoriales.*
- 9. Para efectos de tributos nacionales se someterán al régimen previsto para los establecimientos públicos”*(subrayado y negrilla fuera de texto).

A su turno la Ley 10 de 1990, en su art. 26 al clasificar los empleos de quienes hacen parte del servicio público de salud, determinó en el párrafo que:

“Son trabajadores oficiales, quienes desempeñen cargos no directivos destinados al mantenimiento de la planta física hospitalaria, o de servicios generales, en las mismas instituciones. Los establecimientos públicos de cualquier nivel, precisarán en sus respectivos estatutos, qué actividades pueden ser desempeñadas mediante contrato de trabajo. (negrita fuera de texto)

Al respecto la SL CSJ en radicado No 36.668 del 29 de junio de 2011, Magistrado Ponente: GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA, analizó que solo es posible catalogar a un servidor público de una ESE como trabajador oficial cuando se demuestre que su labor está relacionada con actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria y servicios generales, en esta sentencia se indicó que:

“Al paso de tales premisas, el mantenimiento de la planta física de los hospitales comprende el conjunto de actividades

orientadas a mejorar, conservar, adicionar o restaurar la planta física de los entes hospitalarios destinados al servicio público esencial de salud, tales como electricidad, carpintería, mecánica, jardinería, pintura, albañilería, vigilancia o celaduría.

Por servicios generales ha de entenderse aquel elenco de actividades cuyo propósito es el de atender las necesidades que le son comunes a todas las entidades, tales como la cocina, ropería, lavandería, costura, transporte, traslado de pacientes, aseo en general y las propias del servicio doméstico, por citar algunas, en vía puramente enunciativa o ejemplificativa, no restrictiva o limitativa.

Esta Sala de la Corte ha tenido oportunidad de fijar su posición sobre el entendimiento de actividades de servicios generales. Así, en sentencia del 21 de junio de 2004, Rad. 22.324, adoctrinó:

"...los 'servicios generales' dentro de una institución gubernamental, esencialmente están destinados para mantener las instalaciones de ella en óptimo estado de funcionamiento, su seguridad, las funciones de aseo, vigilancia y cafetería, así como el manejo de los demás bienes como vehículos y suministro de los elementos requeridos por las distintas dependencias que las integran".

Y, en sentencia del 13 de octubre de 2004 (Rad. 22.858), asentó: *"...dentro del concepto de servicios generales a que alude la disposición ya citada, han de involucrarse, a manera solamente de ejemplo, aquellas actividades relacionadas con el aseo, vigilancia y alimentación, mas no las que correspondan a servicios médicos y paramédicos".*

Para establecer o descartar las pretensiones de la demanda se recibieron las siguientes declaraciones:

Interrogatorio de parte de la actora quien aseveró que durante el tiempo en el que prestó sus servicios al HOSPITAL SAN BLAS nunca realizó actividad alguna relacionada con las labores de mantenimiento de la planta física del Hospital.

La testigo Leidy Johana Cubillos Lara (ex funcionaria de la demandada y quien se desempeñó en el cargo de auxiliar de farmacia) conoce a la demandante porque son primas y trabajaron en las instalaciones del Hospital. Adujo que la demandante se encargaba de la recepción técnica, inventarios y dispensación, siempre trabajaron en la parte hospitalaria y ambulatoria, las rotaban de área según las órdenes del jefe, ella (la demandante) nunca laboró en servicios generales pero si debían tener aseado el puesto de trabajo. La actora siempre trabajo en servicios farmacéuticos, como auxiliar de farmacia, no desempeño labores de construcción o mantenimiento de obras, cumplía un horario seguía las órdenes del jefe inmediato, los pagos eran mensuales y tenían que certificar los aportes a salud y pensión.

Deisy Lorena Prieto, (Laboró en el Hospital entre los años 2010 a 2014) en su declaración indicó que fue auxiliar de farmacia, desempeñó las mismas funciones de la actora, (recepción, dispensación, almacenamiento, entrega de medicamentos, custodia, pedido al almacén, custodia de inventarios, entregar los medicamentos a nivel hospitalario o ambulatorio). La demandante nunca desempeñó funciones de servicios generales, ni de construcción o mantenimiento de obras. Para el ejercicio de la labor cumplían un horario, cada una tenía que cubrir sus aportes a seguridad social, los pagos eran mensuales, contaban con un jefe inmediato y no fueron afiliadas a ninguna caja familiar o fondo de cesantías.

También se cuenta con los diferentes contratos de prestación de servicio que reposan a folios 14 a 23, cuyo objeto está relacionado con la atención de los servicios que presta el área de farmacia del hospital, aspecto que está relacionado con el objeto de la demandada, pues ella se ocupa de la prestación integral de los servicios de salud.

Del análisis conjunto de las pruebas que integran el expediente se colige que la demandante en efecto prestó sus servicios personales en favor del HOSPITAL SAN BLAS III NIVEL a través de sucesivos contratos de prestación de servicios, desde el 21 de diciembre de 2009 (fl 15) hasta el 15 de septiembre de 2015 (fl 27) cuando presentó su renuncia al cargo de auxiliar de farmacia, sin embargo las funciones desempeñadas no tienen ninguna relación con las actividades de mantenimiento de la planta física hospitalaria ni de servicios generales, faltando así a su deber de acreditar que sus funciones correspondían a aquellas previstas en la Ley como excepción para invocar la existencia del contrato de trabajo.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Sin costas en la instancia por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de febrero de 2019, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

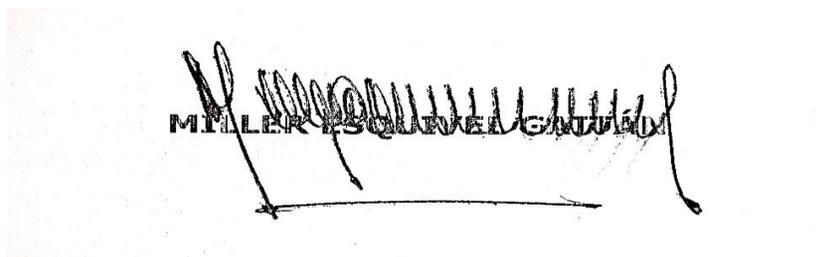
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DIANA MARÍA ESCOBAR JIMÉNEZ
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. Rad. 2018 – 00520 01. Juz. 27.**

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

DIANA MARÍA ESCOBAR JIMÉNEZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a COLFONDOS S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl 3.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de facultades ultra y extra petita

Los hechos de la demanda se describen a fls. 4 a 5. Nació el 28 de julio de 1963. Cotizó al ISS desde el 23 de julio de 1987 con un total 386,14 semanas. A partir del 29 de enero de 1995 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS S.A. Cuando se trasladó no se le informó de las consecuencias del cambio de régimen como tampoco se le realizó una proyección de la mesada pensional ni se le dijo sobre la oportunidad de regresar al RPM. En el 2018, la AFP le informó que de continuar cotizando hasta los 57 años de edad su prestación sería de \$2.092.406. Una vez efectuada la simulación pensional determinó que en el RPM su mesada pensional

sería equivalente a \$3.328.009 a la misma edad. Para ese año (2018) solicitó a las demandadas la ineficacia de su afiliación al RAIS y a Colpensiones la solicitud de traslado, las cuales fueron negadas.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visible a fls. 88 a 101.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos; acepta la fecha de nacimiento, la edad, la afiliación al ISS y al RAIS, la solicitud de retorno al RPM, su negativa y la proyección de la mesada pensional efectuada por la administradora.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó en los términos del escrito visible en fls. 139 a 147.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó ser la administradora de sus aportes, las semanas cotizadas, el cálculo de la prestación, la solicitud de nulidad del traslado y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación con la AFP, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado al RAIS, condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos frutos e intereses generados de la cuenta de ahorro individual de la accionante y a COLPENSIONES le ordenó recibirlos. Llego a esa determinación al evidenciar que COLFONDOS no cumplió con la carga probatoria de acreditar la correcta, clara y completa asesoría dada a la afiliada al momento del traslado de

régimen, carga que correspondía a esa demandada y no a la demandante como lo ha dejado claro la línea jurisprudencial de la SL CSJ. Dijo que la única prueba con la que el fondo demandado pretende demostrar la debida información otorgada, fue la suscripción del formulario de afiliación y con la cual no fue posible determinar cuáles fueron los términos de la asesoría que en su momento se dio. Recalcó que la AFP incumplió con su deber de buen consejo e información y además vulneró los principios de transparencia que gobiernan la movilidad entre los regímenes pensionales. Frente a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas y de acuerdo a lo manifestado por la SL de la CSJ en sentencias SL 1421/19 y SL 1688/19, concluyo que la prescripción no opera en este caso ya que se trata de una situación declarativa y resulta imprescriptible la pretensión inicial. Declaró no probada la excepción de error de derecho propuesta por Colpensiones al considerar que esta no vicia el consentimiento, toda vez que no se analizó la validez del traslado entre regímenes desde la óptica de los vicios si no desde la óptica de la ineficacia.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES, dijo que el A quo no tomó en cuenta las reglas aplicables a las relaciones contractuales adquiridas por la demandante dispuestas en el Decreto 2241/10 (Régimen de Protección al Consumidor Financiero) en tanto consideró que existe un silencio por parte de la demandante de cara a sus obligaciones. Manifestó que en caso de confirmarse la decisión, esta generaría un perjuicio al tener que asumir la carga prestacional de la afiliada situación que afecta la financiación del sistema de seguridad social en pensiones pese a que Colpensiones fue ajeno a la afiliación al RAIS.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: pide se confirme la decisión como quiera que la AFP no demostró el cumplimiento al deber legal de información, pero si se probó un perjuicio grave derivado de dicho incumplimiento el cual se materializó al momento del traslado. Señaló que no es dable el argumento esgrimido por la administradora al afirmar que la suscripción del formulario se hizo de manera voluntaria y en cumplimiento de lo consagrado en la ley, porque, aunque en él se plasmó el consentimiento se probó que este no fue informado.

Parte demandada:

COLFONDOS, guardó silencio en esta etapa procesal.

COLPENSIONES, solicita se revoque la providencia por cuanto la demandante no hizo uso de su derecho al retracto el cual le daba la posibilidad de dejar sin efecto su elección, además dijo que no se probó la existencia de vicios del consentimiento ya que el A quo no tuvo en cuenta que la nulidad alegada fue saneada al momento de suscribir el formulario para efectuar el traslado. Concluyó que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de la afiliada del RPM al RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen, si la demandante faltó a los deberes del Decreto 2241/10 (Régimen de Protección al Consumidor Financiero) y si la decisión afecta la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de escrito que reposa a folio 49 de fecha 02 de agosto de 2018, en la que se solicitó el traslado de régimen, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentra adscrita al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 29 de enero de 1995 cuando solicitó su vinculación a COLFONDOS, según formulario que reposa a folio 39.

En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión no se suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la demandante el 29 de enero de 1995 diligenció una solicitud de vinculación a COLFONDOS (fl. 39), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹ norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la misma. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable y efectivamente se traduce en un aspecto meramente económico, pues dependiendo de este tipo de circunstancias es que se va a estibar la correspondiente mesada pensional; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL4811-2020³, SL4373-2020, SL1688-2019⁴), a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989⁵, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de

² “No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”

³ Corresponde a la administradora del fondo de pensiones demostrar la diligencia, cuidado y buena fe en el cumplimiento del deber de información y su acreditación no al afiliado.

⁴ Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.

⁵ “La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

algún vicio del consentimiento, sin que nada de lo anterior hubiese sido demostrado por la AFP demandada.

Respecto a las faltas al deber del consumidor financiero, lo que La Sala advierte es que existe una falta absoluta a las obligaciones establecidas precisamente por parte de la AFP pues claramente ha faltado a sus obligaciones especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio ofrecido.

En cuanto a la afectación del principio de la estabilidad financiera alegado por Colpensiones, basta con indicar que este se garantiza con la orden de devolver todos los valores que hubiese recibido la actora en su cuenta de ahorro individual, pues al obligarse a COLPENSIONES a recibir y responder por los aportes de la afiliada de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo período, los recursos de la entidad no se afectan en la medida en que sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional tal como lo ha expuesto la SL CSJ en sentencia 2877-2020 al indicar que *“El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida”*.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá el día 28 de julio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

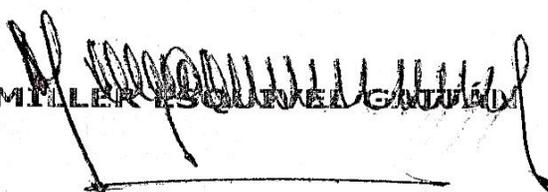
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ISABEL PARRA BELLO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y PORVENIR SA. Rad. 2019 – 00441 01. Juz. 28.

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ISABEL PARRA BELLO demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 y 5.

- Nulidad o ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Uso de facultades ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 5 a 8. Nació el 25 de septiembre de 1959, se afilió al ISS el 31 de agosto de 1983 y efectuó aportes al mismo hasta julio de **1990**. El 12 de marzo de 1999 firmó el formulario de vinculación con la AFP PORVENIR, y para ese momento no se le brindó información clara, completa y oportuna de las características de cada uno de los regímenes y no se le advirtió de las consecuencias de su traslado, se le dijo que el ISS se acabaría, se omitió informarle sobre el capital que debía acumular para el reconocimiento de la pensión de vejez. En mayo de 2019, solicitó a la AFP la proyección de su mesada pensional pero solo se le entregó copia del formulario de afiliación. En ese mismo año solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen el cual fue negado por Porvenir y Colpensiones no contestó.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 67 a 77.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y la solicitud de activación al RPM.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación de causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social, buena fe y genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 125 a 149.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la solicitud de nulidad de traslado, su negativa y admitió no contar con un soporte que acreditará la información suministrada al momento de la afiliación.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad del traslado de la demandante, del RPM al RAIS de fecha 12 de marzo de 1999, efectuado a través de la AFP PORVENIR. Condenó a la demandada a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, cotizaciones, bonos pensionales con sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración contenidos en la cuenta de ahorro individual. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación al RPM y ordenó se actualizará la historia laboral, declaró no probadas las excepciones propuestas. Llegó a esa determinación al evidenciar que no se acreditó que a la demandante se le hubiera proporcionado la información por parte de la AFP sobre las ventajas y desventajas que conllevaban el cambio de régimen pensional, situación que constituyó una omisión al deber de información, dijo que pese a que obra prueba sobre la simulación pensional realizada por la administradora esta se realizó mucho tiempo después de

haber suscrito el formulario de vinculación, como quiera que no fue suficiente la firma del mismo y tal como lo ha expresado la SL CSJ dicha circunstancia a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, al considerar que la nulidad del traslado de régimen no está sometida al termino trienal que se rige en materia laboral, por cuanto se trata de un derecho como lo es el de la seguridad social.

Recurso de Apelación

La **AFP PORVENIR**, interpuso recurso de apelación al considerar que el despacho pasó por alto el hecho de que la demandante al momento de suscribir el formulario nunca informó que se trataba de un traslado de régimen, ya que de conformidad con el documento que reposa en el plenario se marcó la opción de vinculación inicial, hecho que fue ratificado por la parte actora en el interrogatorio de parte. Respecto al deber de información, dijo que el formulario fue suscrito de forma libre y que dicha vinculación cumple con los presupuestos legales vigentes para la época, reiteró que la motivación principal de la accionante es el valor de la mesada pensional pues ella afirmó tener conocimiento de que en Colpensiones el valor de la mesada sería superior al reconocido por la AFP lo que supone que esta circunstancia no puede conllevar a una ineficacia. Frente a la devolución de los gastos de administración, manifestó que no es dable como quiera que se cumplió con la gestión y administración de los aportes de la accionante, además que los mismos ya no se encuentran en las arcas de la administradora por ser sumas que tenían como finalidad la cobertura de riesgos por invalidez y muerte del afiliado.

COLPENSIONES, señaló que debe revocarse la decisión en atención al tiempo que ha transcurrido entre el traslado y la presentación de la demanda, por considerar que opero la figura jurídica del perfeccionamiento contemplada en el Código de Comercio.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: requiere se confirme la decisión al considerar que es responsabilidad de la AFP demostrar el cumplimiento al deber de información, situación que se acreditó, dijo que la administradora no valoró la situación pensional de la parte actora al momento del traslado, lo que conllevó al desconocimiento de las características del RAIS y posteriores consecuencias del traslado.

Parte demandada:

COLPENSIONES, considera que es improcedente la declaratoria de nulidad del traslado como quiera que no se probó la existencia de algún vicio del consentimiento, pues este se hizo de forma libre y voluntaria al conocer la información necesaria sobre las características del RAIS. Dijo que al configurarse dicha nulidad, se estaría violando el principio de sostenibilidad financiera que cobija al RPM, por lo que solicita ser absuelta de las condenas impuestas.

La **AFP PORVENIR**, manifestó que para la fecha en que se efectuó el traslado (01 de mayo de 1999) el deber de información se encontraba regido por el art. 97 del Decreto 663/93 de ahí que no estaba en cabeza de las AFP el deber de buen consejo tal como lo expuso el A quo, por lo que considera que el traslado de la demandante goza de plena validez. Respecto de la devolución de gastos de administración dijo que estos no deben ser trasladados ya que la administradora cumplió con la finalidad de proporcionarle a la afiliada el aseguramiento de los riesgos de invalidez y muerte, sumas que ya fueron invertidas para tal fin.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la devolución de gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la solicitud presentada el 20 de mayo de 2019 (fl. 53), en la que solicitó la ineficacia de la afiliación al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional de la actora no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, desde el 12 de

marzo de 1999, cuando solicitó su vinculación a la AFP PORVENIR, según formulario que reposa a folio 28.

En cuanto a la nulidad de traslado de régimen declarado por el A quo, advierte La Sala del acervo probatorio, que la vinculación de PARRA BELLO al RAIS no obedece a un traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, como se afirma en los hechos de la demanda, pues como allí se narra, la demandante estuvo vinculada con el ISS entre el 31 de agosto de 1983 al 15 de julio de 1990 tal como se observa de la historia laboral para bono pensional que milita a folio 56, y dejó de efectuar aportes al sistema hasta febrero de 1999, data en la que se vinculó con la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía (marzo de 1999). Esta precisión se hace necesaria, como quiera que, para que haya **traslado de régimen**, obligatoriamente el afiliado ya tenía que estar vinculado con el sistema integral de seguridad social creado con la ley 100/93, pues es aquí cuando nacen los dos regímenes pensionales y con ellos su selección (Art. 13 de la Ley 100/93).

Ahora, aunado a que la afiliación con el ISS lo fue entre los años 1983 a 1990, se resalta que a la entrada en vigencia de la Ley 100/93, la actora estaba inactiva en el sistema, de modo que cuando expuso su voluntad de inscribirse en uno u otro régimen ella optó por el RAIS, y así se desprende del folio 28, donde se registra la vinculación inicial al sistema de seguridad social, y al ser ésta su primera y única vinculación no resulta dable hablar de traslado, ni mucho menos de un cambio de régimen, pues hasta ese momento (año 1999) expreso su voluntad de selección. Por esta razón en este caso, no hay lugar a analizar las implicaciones de traslado alguno, y si bien las AFP están obligadas a informar las implicaciones de la selección, lo que en estos procesos se juzga y reprocha es el engaño a las personas en el **cambio** de régimen, cambio que no se probó ya que lo que aquí hubo fue una selección inicial de conformidad con los artículos 13 de la ley 100/93 y art. 3 del Dto. 692/94, pero no un traslado, pues este opera después de efectuada la selección inicial (Art. 15 Dto. 692/94), por eso no es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional aquí demandado.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para revocar la sentencia apelada y relevarse La Sala de los demás ítems objeto de apelación.

COSTAS

Revóquense las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de la parte demandante. Sin lugar a ellas esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 26 de agosto de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Revóquense las de primera instancia las cuales quedarán a cargo de la parte demandante. Sin lugar a ellas esta instancia.

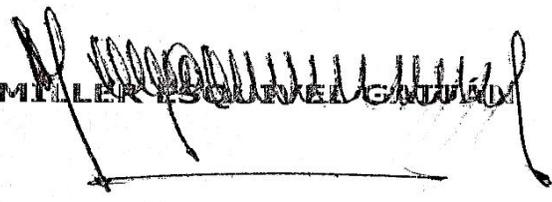
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR GAITAN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARMEN ELISA PULIDO TOCA
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y AFP
PORVENIR S.A. Rad. 2019 – 00516 01. Juz. 18.**

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

CARMEN ELISA PULIDO TOCA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 4.

- Nulidad o ineficacia del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de los aportes a Colpensiones, los cuales deben ser tenidos en cuenta para el reconocimiento pensional junto con los intereses moratorios y la indexación.
- Costas del proceso.
- Condena ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 4. Nació el 15 de julio de 1962. De manera interrumpida cotizó al sistema general de pensiones un total de 1.618 semanas desde el 14 de diciembre de 1981 data en la que se vinculó con el ISS. En enero de 1999 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, sin que se le advirtiera sobre las consecuencias del traslado. Una vez efectuada la simulación pensional concluyó que en el RAIS su mesada pensional sería inferior a aquella que se le hubiese reconocido en el RPM (\$2.220.000). En el 2019 solicitó a las demandadas la nulidad de la afiliación al RAIS y el retorno al RPM, pretensiones a las cuales no se accedió.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 68 a 78.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, la solicitud de nulidad de la afiliación al RAIS, la solicitud de retorno al RPM y su negativa.

- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia del derecho para regresar al RPM, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, genérica y buena fe.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 112 a 134.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, haber omitido los beneficios que ostentaba la actora al estar afiliada al ISS, la fusión entre Horizonte y Porvenir y la solicitud de retorno al RPM.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la ineficacia del traslado de la demandante, del RPM al RAIS suscrita el 16 de diciembre de 1998. Ordenó a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros ahorrados en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y gastos de administración y a COLPENSIONES le ordenó recibirlos. Llego a esa determinación al tener en cuenta que no se demostró la asesoría brindada a la demandante ni el monto base para el reconocimiento de la pensión de vejez. Dijo que el argumento de la AFP respecto a que PULIDO TOCA no contaba con una expectativa legítima al momento del traslado es equivocado, como quiera que ni la legislación ni la jurisprudencia tienen establecido que se deba contar con un derecho o expectativa pensional para que proceda la ineficacia del traslado tal y como lo ha expresado la Corte Constitucional. Concluyó que pese a que existe un formulario de vinculación el A quo no encontró que la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR hubiese suministrado a la afiliada información clara y precisa sobre las características de los regímenes. Frente a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas la declaró no probada y se relevó del estudio de los demás medios exceptivos dado los resultados del proceso.

Recurso de Apelación

La demandada **AFP PORVENIR** dijo que no existen razones fácticas ni jurídicas que permitiesen declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante al RAIS, pues este se realizó de forma espontánea, sin presiones y en cumplimiento de los requisitos que se encontraban descritos en la ley para ese momento con el que se acreditó el deber de información que trata el art. 97 del Decreto 663/93, decisión que ratificó al momento del suscribir el formulario de afiliación, documento que se encuentra aprobado por la Superintendencia Financiera. Señaló que la afiliada no demostró el deber de diligencia ni cuidado con sus negocios, ya que no se informó durante su vinculación sobre las características del RAIS ya que esperó a alcanzar la edad de pensión para indagar por este. Respecto a la devolución de los gastos de administración indexados los considera improcedentes, puesto que estos obedecen a un descuento autorizado por el art. 20 de la Ley 100/93, y ya fueron utilizados para cubrir los riesgos de invalidez, enfermedad o muerte de la actora. También solicita la revocatoria de la condena en costas como quiera que PORVENIR actuó de buena fe pues al momento del traslado cumplió con todas las normas que se encontraban vigentes.

COLPENSIONES, Considera que el a quo al declarar la ineficacia del traslado de régimen con fundamento en la falta al deber información que según tenían las AFP al momento del traslado pasó por alto que la demandante era consciente del traslado efectuado tal como lo dijo en el interrogatorio de parte, por lo que se entiende que el mismo se hizo de forma libre y voluntaria. Resaltó que PULIDO TOCA se encuentra inmersa en la prohibición legal contemplada en la Ley 797/03 por lo que no es dable acceder a la pretensión incoada pues dicha actuación vulneraría el principio fundamental de sostenibilidad financiera como quiera que deberá asumir la carga prestacional de la afiliada.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: Solicita se confirme el fallo proferido, dado que no se probó que a la demandante se le haya dado información cierta, completa y detallada sobre las consecuencias económicas que le acarrearía el traslado, el cual es un deber ineludible de las administradoras tal como lo expresó la SL CSJ en SL 1452-2019. En consecuencia, considera que la actora cumple con los requisitos establecidos para que sea declarada la nulidad del traslado.

Parte demandada:

COLPENSIONES; Solicita ser absuelta de las pretensiones incoadas al identificar que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en la Ley 797/03. Considera que el traslado efectuado goza de plena validez, como quiera que no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento al momento de la vinculación al RAIS.

La **AFP PORVENIR S.A.**; requiere se revoquen las condenas impuestas, al determinar que la administradora cumplió con el deber de información contemplado por el art. 97 del Decreto 663/93 norma que estaba vigente al momento del traslado. Recalcó que la demandante manifestó su voluntad de afiliarse sin ningún tipo de presión y que por el contrario este se hizo en uso pleno de las facultades de la accionante. Respecto a la devolución de los gastos de administración, dijo que no es procedente debido a que estos tienen por mandato legal una destinación específica, las cuales ya fueron invertidas para cubrir la póliza de riesgos por muerte o invalidez a los que estuvo cobijada la afiliada durante su permanencia en el fondo.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la devolución de todos los dineros causados por la afiliación incluidos los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 08 de julio de 2019 (fl 36), en el que solicitó la nulidad o ineficacia del traslado al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional de la actora

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 16 de diciembre de 1998 cuando solicitó su vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, según formulario que reposa a folio 17. En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión no se suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la demandante el 16 de diciembre de 1998 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 17), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la accionante.

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba (SL4811-2020, SL4373-2020, SL2611-2020) de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

³ *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

La AFP PORVENIR, se limitó a manifestar que PULIDO TOCA fue informada de las consecuencias del traslado y que la vinculación se hizo de forma consciente y espontánea, decisión que ratificó al momento de suscribir el formulario de vinculación, hecho con el cual se demostró el deber de información, sin embargo, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de asesoría por parte de las AFP corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019). La demandada AFP PORVENIR, no aclaró en que consistió esa información verbal y si adicionalmente a esa exposición le brindó un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC aun cuando le faltaban más de 20 años para alcanzar la edad de pensión, para que de esa manera pudiera escoger el régimen pensional más conveniente.

Omisión que no se subsana por el hecho de la amplia preparación académica de la demandante, ya que el nivel de estudios de una persona no la hace conocedora de todas y cada una de las implicaciones de un traslado de régimen pensional, ni tampoco es suficiente el argumento de que para la época del traslado la única responsabilidad legal de la AFP era la suscripción del formulario aprobado por la Superintendencia Financiera, pues la SL CSJ ha sido enfática en precisar que la aprobación de este documento por parte del ente de control no exime a las administradoras de cumplir con el tan aludido deber de información (SL4360-2019), pues este junto con las afirmaciones de los formatos resulta insuficiente para dar por demostrado dicho deber aunado a que es la AFP la que tiene el deber ineludible de obtener del afiliado su consentimiento informado, lo que implica la comprensión de la información (SL4964-2018, SL4373-2020 entre otras).

Tampoco es valedero el argumento de COLPENSIONES de que como la accionante está inmersa en la prohibición del art. 13 de la Ley 100/93 modificado por el art. 2 de la Ley 797/2003, no es dable declarar la ineficacia del acto del traslado, pues este se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la actora entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136 de 2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴

⁴ " Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos. Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado. Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

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

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a PORVENIR devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como ésta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo período, con lo cual de paso se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera, pues conforme lo expuesto en la SL 2877-2020, éste no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las apelantes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una de ellas.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el día 03 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de las apelantes. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho para cada una de ellas.

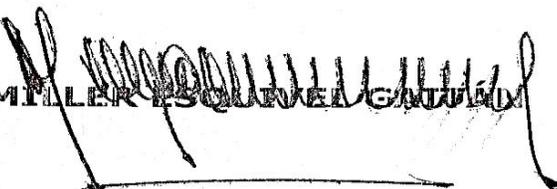
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HERNANDO MANUEL RUEDA DAZA CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2019 – 00524 01. Juz. 26.

En Bogotá D.C., a los veintiséis (26) días de febrero dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

HERNANDO MANUEL RUEDA DAZA demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 81 y 82.

- Nulidad o ineficacia del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de los aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Condena ultra y extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 78 a 81. Nació el 14 de abril de 1955. Se afilió al ISS el 01 de junio de 1973 y efectuó aportes al mismo hasta junio de 1999, data en la que se trasladó a la AFP PORVENIR, y para ese momento no se le brindó información suficiente, clara y concisa de las implicaciones que acarrea el traslado de régimen, se le dijo que podría pensionarse a cualquier edad y que el ISS sería liquidado, se omitió informarle sobre el capital que debía acumular para el reconocimiento de la pensión de vejez. En el 2017, la AFP le informó que de continuar cotizando hasta los 62 años de edad su prestación sería del 25.93% de su

promedio salarial, esto es \$2.552.800. Una vez efectuada la simulación de la pensión concluyó que en el RPM su mesada equivaldría al \$8.662.037 a la misma edad. En agosto de 2017 solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen, pretensiones al cual no se accedió.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó en los términos del escrito visible a folios 113 a 121.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, el traslado al RAIS, las semanas cotizadas en la AFP, la solicitud de nulidad de traslado y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 154 a 162.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento del actor, la afiliación al ISS el traslado al RAIS, las semanas cotizadas, la proyección de la mesada, las solicitudes de nulidad de traslado y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar ineficaz el traslado del demandante, del RPM al

RAIS a partir de junio de 1999. Condenó a PORVENIR a transferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes junto con los rendimientos causados sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y a COLPENSIONES le ordenó aceptarlo. Llego a esa determinación al tener en cuenta que, si bien al demandante se le brindó determinada información respecto de las características del RAIS como los rendimientos financieros y la posibilidad de heredar su mesada pensional ellos no fueron explicados en su integridad, se le hablo de la devolución de saldos pero no se le enseñó bajo qué condiciones, circunstancia que para la Juez demuestra la falta de asesoría completa, eficaz y fehaciente por cuanto no es suficiente manifestar algunas características básicas del régimen. Consideró que el fondo de pensiones le debió haber informado al demandante en el momento del traslado que él era un consumidor financiero, se regía bajo las normas de ese sistema y por ende era su obligación informarse. En cuanto a las excepciones propuestas las declaró no probadas y respecto a la prescripción dijo que por tratarse de un derecho pensional este no corría con dicha suerte.

Recurso de Apelación

La demandada **AFP PORVENIR** dijo que al momento de la afiliación el ordenamiento jurídico no había determinado una forma concreta en la que las AFP debían brindar la información, como tampoco una obligación de documentar la asesoría brindada más allá de la suscripción del formulario, por lo que la afiliación resulta válida. Fue con el desarrollo legal y jurisprudencial que nació la obligación de entregar cuadros comparativos, proyecciones pensionales, brindar buen consejo o doble asesoría, por lo que no tiene sentido solicitar pruebas documentales como las requeridas por el juzgador cuando para el momento de la afiliación solo se requería el formulario de vinculación. Solicita se valore la conducta del actor y su interrogatorio de parte, del que se concluye que el demandante realizó actos como afiliación, aportes y permanencia en el RAIS de los que se infiere su estabilidad en el régimen. No considera pertinente la orden de devolver los gastos de administración por cuanto tales sumas tienen por mandato legal una destinación específica que ya cumplió su cometido pues dichos valores fueron invertidos y se destinaron para cubrir todos los gastos que acarrea la administración de la cuenta de ahorro individual del afiliado. Resaltó que también es una responsabilidad del afiliado indagar por su estabilidad y futuro pensional.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: pide se confirme la sentencia como quiera que la AFP no informó de manera clara, precisa y fehaciente las características del RAIS, por lo que el actor no conocía de las consecuencias que le acarrearía dicho traslado. Solicita se de aplicación a la reiterada jurisprudencia de la SL CS sobre el asunto.

Parte demandada:

COLPENSIONES; considera que el acto de traslado es válido por cuanto no existe prueba alguna que acredite la falta de información del actor (vicios del consentimiento). Dijo que para el momento del traslado, la AFP cumplió con el deber de asesoría tal como se ratificó con la suscripción del formulario, por lo que consideró que el A quo no debe imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley vigente al traslado, manifestó que en caso de confirmarse la decisión se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera pues Colpensiones debe asumir la carga prestacional del demandante.

La **AFP PORVENIR;** solicita se revoque la decisión al considerar que el traslado del accionante se hizo de forma libre y voluntaria tal como lo ratificó en el formulario de afiliación, manifiesta que el juzgador paso por alto que la AFP cumplió con las obligaciones que le correspondían vigentes para ese momento. Concluyó que es improcedente la devolución de gastos de administración pues estos tienen una destinación específica por mandato legal y ya no se encuentran en las arcas de la administradora.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la

declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen y la devolución de todos los dineros causados por la afiliación incluidos los gastos de administración.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 10 de agosto de 2017 (fl 55), en el que solicitó el traslado al RAIS, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional del actor

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó desde el 15 de junio de 1999 cuando solicitó su vinculación a la AFP PORVENIR, según formulario que reposa a folio 34.

En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión no se suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien el actor el 15 de junio de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR (fl. 34), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por el demandante. Para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó el trabajador, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las consecuencias del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada, a la cual le corresponde demostrar que le informó al afiliado

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

Quienes al 31 de marzo de 1994 se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado. (Subrayado fuera de texto)

² *“No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que “se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones”, pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña”*

entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

La AFP PORVENIR, se limitó a manifestar que el actor fue informado de los beneficios del RAIS, que su traslado se hizo de forma voluntaria y sin presiones, decisión que ratificó al momento de suscribir el formulario de vinculación hecho con el cual se demostró el deber de información, aunado a que el actor no era beneficiario del régimen de transición ni contaba con ninguna expectativa o derecho adquirido, sin embargo, es de resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de asesoría por parte de las AFP corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber siempre ha existido (SL1452-2019). Para La Sala no es valedero el argumento de la apoderada de Porvenir, según el cual, el accionante no es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, ni contaba con una expectativa legítima al momento del traslado, o que duró determinado lapso de término haciendo aportes al RAIS para convalidar con ello la decisión de permanencia a ese régimen, pues la ineficacia del acto de traslado se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de

³ *“La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada”

septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón⁴. En el asunto La demandada AFP PORVENIR S.A., alega haber cumplido con sus deberes a cargo, sin embargo no aclaró en que consistió esa información suministrada y si adicionalmente a esa exposición le brindó un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al régimen, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuando el mismo IBC aun cuando le faltaban más de 10 años para alcanzar la edad de pensión, para que de esa manera pudiera escoger el régimen pensional más conveniente.

En lo que respecta al deber del actor frente a su obligación de indagar por su futuro pensional, lo que advierte La Sala es que una vez se percató de su situación pensional acudió al trámite administrativo y judicial para enmendar tal situación el cual está ejerciendo en esta oportunidad.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración es de tener en cuenta que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

⁴ "Es decir al Juez de apelaciones no le bastaba únicamente con cotejar el tiempo con el que contaba el peticionario para el momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y determinar, si satisfacía o no los 15 años para retornar en cualquier tiempo, o fijar los parámetros exigidos para el efecto, pues previo a ello debía advertir si el traslado era válido y allí sí incursionar en los demás supuestos. Y aunque se refirió a que tuvo libertad para ello y que tal aspecto no fue cuestionado, considera la Sala, en esta oportunidad, que al ser un presupuesto de validez no podía ignorarse su estudio, menos si se tiene en cuenta la incidencia que sobre la pensión tiene cualquier tipo de decisión de tal calado. Es que el pilar de existencia de libertad era fundamental dilucidarlo, para determinar si operaba el cambio de régimen y de contera las consecuencias que se le hicieron producir.

(...)

En lo concerniente a ese aparte, la Corte Constitucional tanto en la sentencia C-789 de 2002, como en la 1024 de 2004, condicionó su aplicación y, bajo el desarrollo del concepto de las expectativas legítimas, consideró que ellas debían respetarse para quienes alcanzaron por lo menos los 15 años de servicio, y de esa manera habilitó que se les respetara la transición, con el condicionamiento de que retornaran al de prima media con un ahorro que no fuera inferior al monto del aporte legal que allí les correspondía; distinto del caso de quienes solo tuvieran la edad establecida en el reseñado artículo 36 de la Ley 100 de 1993, solo que ello parte de un supuesto evidente y es que la manifestación del traslado, como se indicó, estuviera precedida de libertad, y aunque es cierto que reglas jurídicas generales aluden a que debe demostrarse la afectación de la voluntad para anular una actuación particular, esto no puede aplicarse de la misma manera en estos particulares eventos en los que se discute la pérdida del régimen pensional, no solo por la entidad del derecho discutido, sino porque el Estado es garante de la prestación del servicio público obligatorio, y debe dirigirlo, controlarlo y coordinarlo, y por ello deben aplicarse las consecuencias de que no exista una decisión informada (artículos 4 y 5, Ley 100 de 1993).

[...]

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

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión del juez de ordenar a PORVENIR devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como ésta es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual del demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, ya que se está obligando a COLPENSIONES a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo período, con lo cual de paso se garantiza el principio de la sostenibilidad financiera, pues conforme lo expuesto en la SL 2877-2020, éste no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utilizan para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del RPM.

Suficientes resultan los anteriores razonamientos para concluir la confirmación de la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la AFP recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

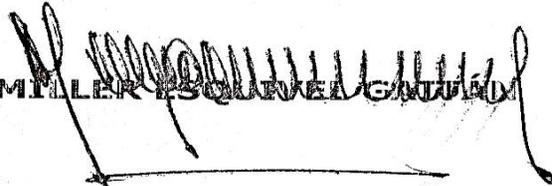
PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de junio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la AFP recurrente. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ