

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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 15 2019 00048 01
DEMANDANTE: MARÍA RAMÍREZ GÓMEZ
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR
S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la demandada AFP Porvenir S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual. En consecuencia, condenar a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los aportes y rendimientos a Colpensiones y a esta a activar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, y recibir el traslado de aportes. Asimismo, se disponga a las demandadas a reconocer los demás derechos a que haya lugar en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 12 de enero de 1962 y se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 15 de febrero de 1982. Que el 7 de abril de 2.000 firmó formulario de afiliación a la AFP Porvenir

S.A., no obstante, no fue informado sobre las características, consecuencias, ventajas y desventajas que el traslado de régimen le acarrearía.

Refirió que el 13 de diciembre de 2018, solicitó a Porvenir S.A. los documentos relacionados con la afiliación, historial de aportes y proyección pensional, contestada el 18 del mismo mes y año. También solicitó a Colpensiones nulidad del traslado, la cual fue negada (f.º 1 a 15).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones elevadas en su contra. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, la afiliación al Instituto de Seguros Sociales, las semanas cotizadas esta entidad, las peticiones elevadas y las respuestas emitidas por las administradoras. Manifestó no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos, la inexistencia de la obligación, la prescripción, y las demás declarables de oficio (f.º 53 a 59).

Al contestar la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante, la fecha de traslado a Porvenir, su actual afiliación a esta AFP, así como las reclamaciones presentadas. Sobre los restantes, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. Para enervar las pretensiones, formuló las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º79 a 92).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de julio de 2020, declaró ineficaz la afiliación del demandante a la AFP Porvenir S.A. y ordenó al fondo trasladar los recursos o sumas existentes en la cuenta de ahorro individual a Colpensiones, a la que

ordenó recibir los recursos, acreditar las semanas y a tenerlo como si nunca se hubiera trasladado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Se abstuvo de imponer costas (f.º 128 y129).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP no demostró haber cumplido con el deber de informar al demandante respecto de las características propias de cada régimen pensional, las ventajas y desventajas de su decisión, por lo que en línea de la jurisprudencia sentada por la H. Corte Suprema de Justicia declaró procedente la ineficacia de la afiliación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia, la demandada Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que la forma en que cada uno de los regímenes pensionales otorgan las prestaciones está determinado en la ley, por lo que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad los afiliados pueden obtener una mejor pensión en atención a la continuidad del aporte y la base de cotización, también con los aportes voluntarios, por tanto, en el momento del traslado era imposible prever el futuro y garantizar el reconocimiento de un monto pensional.

Argumentó que la demandante no ejerció su derecho de retracto, tampoco se trasladó de régimen cuando aún estaba en la posibilidad de hacerlo y no demostró la configuración de ningún vicio del consentimiento. Arguyó que la carga de la prueba no puede ser trasladada exclusivamente a los fondos de pensiones, pues la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es un negocio jurídico que involucró dos voluntades y no puede permitirse que procesalmente la demandante tenga una actitud 100% pasiva, máxime cuando 20 años después se estar afiliada viene a ocuparse de su futuro pensional, pese a que contó con los medios para acceder a la información y aclarar dudas sobre los movimientos, rendimientos y utilidades de su cuenta individual.

Además, señaló que una vez se produce la selección de régimen el afiliado queda sometido a las condiciones propias del mismo, lo cual le impone la obligación de asistir suficientemente ilustrado al momento de tomar la decisión sobre sus expectativas pensionales y el momento en el que quiere acceder al derecho y no lo sustrae de la aplicación de la ley.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que **ordena dejar sin efecto la afiliación** efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la

obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, **la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar*

ajustada a los parámetros de libertad informada” la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima**, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se **invierte la carga de la prueba**, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 12 de enero de 1962, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 411.71 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 16 y 38 vto). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 7 de abril de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 102), el cual se hizo efectivo el 1º de junio de 2.000, según historial de vinculaciones de folio 94.

Al absolver interrogatorio de parte señaló que, en el año 2000 el Gerente del Fondo de Empleados del Distrito llevó un asesor de Porvenir quien les informó que el Instituto de Seguros Sociales iba a desaparecer y que los aportes que había efectuado podían perderse, que su pensión podía ser heredada por sus hijos no importaba a edad que tuvieran. Dijo que sólo cayó en cuenta de la diferencia en la pensión cuando empezó a trabajar en la Contraloría y sus compañeros empezaron a hablar de ello.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte

Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme interrogatorio de parte y al escrito de demanda, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, un capital heredable o la referencia que los fondos privados eran más estables que el público y que allí obtendría mejor servicio, no es propio de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional; como tampoco lo es la firma de un formulario de afiliación a pensiones voluntarios. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017, SL 4989-2018, SL 4360-2019 donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado**. Por lo anterior, la

Sala adicionará la decisión en este punto, pues si bien se indicó que no podría hacerse ningún descuento, no se ordenó la devolución de gastos de administración.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

No se causan costas en la consulta y en la apelación ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia proferida el 15 de julio de 2020, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que la AFP Porvenir S.A., además de las cotizaciones y los rendimientos financieros causados, deberá trasladar a Colpensiones las sumas de dinero que hubiesen descontado por conceptos de gastos de administración debidamente indexadas.

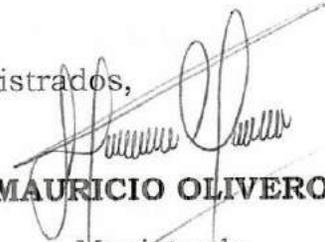
SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada.

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta, ni en la apelación ante su no causación

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada *actuación de voto.*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA RAMIREZ GOMEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO
RADICADO: 11001 31 05 015 2019 00048 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

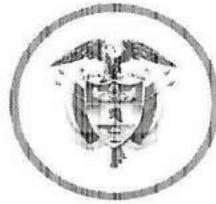
Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 11 2017 00020 01
DEMANDANTE: DIANA LORENA GIRALDO GONZÁLEZ.
DEMANDADO: SEGURIDAD AMBIENTE CALIDAD Y SALUD
CONSULTORES S.A.S..

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 28 de enero de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare que por sus condiciones de salud es sujeto de estabilidad laboral reforzada y que la terminación del contrato de trabajo se dio con ocasión a sus problemas de salud sin que mediara justa causa, por lo que deviene en ineficaz. En consecuencia, se condene a la demandada a reintegrarla al cargo que desempeñaba, a pagarle la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que presenta antecedentes psiquiátricos desde el año 2010, cuando estuvo hospitalizada en la Clínica Monserrat y desde ese momento toma antidepresivos por prescripción médica. Refirió que el 6 de enero de 2016 suscribió contrato de trabajo a término fijo de 4 meses y que prestó sus servicios en turnos de 15 días con labor en campo por 15 días de descanso. Además, el 27 de febrero acudió

a cita médica por psiquiatría y fue citada nuevamente para el día 29 del mismo mes, en la que fue diagnosticada con trastorno depresivo recurrente con exacerbación de síntomas, razón por la que fue hospitalizada, le quitaron el celular y quedó incomunicada. Que antes de salir informó a la Directora de Recursos humanos que asistiría a cita médica y que era posible que la hospitalizaran con el fin de buscar el remplazo como quiera que debía volver al campo el 3 de marzo.

Señaló que su hermano comunicó la situación a la demandada mediante mensaje de voz y correo electrónico el 2 y 3 de marzo de 2016, respecto de lo cual la empleadora solicitó remitir incapacidad y la historia clínica, enviada el 22 de marzo. Indicó que el 30 del mismo mes y año fue dada de alta en la clínica, pero la incapacidad le fue prolongada por 15 días más, esto es, hasta el 15 de abril, momento en el que envió correo electrónico poniéndose a disposición de la empresa, además de comunicar que los días 18 y 19 tenía cita de control por psiquiatría y neumología. Advierte que la empleadora le indicó que el 16 a 18 de mayo disfrutaría de los días de descanso que le quedaban por el turno de servicios prestados.

Menciona que el psiquiatra decidió prescribirle 15 días más de incapacidad, en la fecha se acercó a radicar en las instalaciones de la demandada la historia clínica y, allí, le fue comunicado por escrito la determinación de la empresa de no prorrogar más su contrato de trabajo, por lo que la remitió a la práctica de examen médico de egreso con salud ocupacional, pero no pidió concepto psiquiátrico. Asimismo, que pese a la condición de salud en la que se encontraba no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para desvincularla.

Narró que el 22 de julio de 2016 interpuso acción constitucional, en virtud de la cual el Juzgado Segundo Penal Municipal de Bogotá tuteló los derechos fundamentales, por lo que ordenó a la demandada reintegrarla y pagarle la indemnización equivalente a 180 días de salario prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la cual fue confirmada parcialmente por el Juzgado 22 Penal del Circuito con Función de Conocimiento. Fue así, que el 5 de septiembre de 2016 la empleadora procedió al reintegrarla al

cargo de Coordinadora del Centro de Entrenamiento de Neiva, en el que desempeñó funciones distintas a las que ejecutaba antes de su desvinculación, lo que le significó un cambio en el esquema de turnos y un incremento en gastos ya que debía asumir costos de alimentación, lavado de ropa y desplazamiento a Bogotá.

Refirió que a partir del 28 de noviembre se presentó en el Campo Cusiana donde desempeñó como Supervisora Contra Incendios en turnos de 15 días de labor y 15 días de descanso. Finalmente, que desde que fue reintegrada continuó con la asistencia a citas médicas y controles en sus días de descanso (f.º 3 a 14).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó que la demandante puso en conocimiento de la empresa sus incapacidades médicas. Manifestó no ser ciertos o no constarle los demás. En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, el cobro de lo no debido, la buena fe, y la prescripción (f.º 121 a 133).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 28 de enero de 2020, absolvió a la demandada de las pretensiones elevadas en su contra. Declaró probada la excepción de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y la buena fe propuestas por la pasiva y condenó en costas a la parte demandante (f.º 216).

Como sustento de su decisión, señaló que para el momento en que se produjo la terminación del contrato de trabajo la accionante no se encontraba incapacitada y no aportó prueba con la cual se pueda concluir que para esa data sus padecimientos requerían tratamiento.

Las partes no manifestaron inconformidad frente a esta decisión.

III. DE LA CONSULTA

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

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si la promotora del juicio es sujeto de estabilidad laboral reforzada por su condición de salud, en consecuencia, si debe ser reintegrada sin solución de continuidad al mismo cargo que desempeñaba junto con el pago de salarios, prestaciones legales, aportes a seguridad social, más la indemnización consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Para dilucidar lo anterior, se encuentra demostrado que: **i)** la demandante se vinculó mediante contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual inició el 7 de enero de 2016 y cuya finalización estaba prevista para el 6 de mayo de la misma anualidad (f.º 24 a 34); **ii)** el 4 de abril de 2016 la demandada informó a la accionante su decisión de no prorrogar el contrato (f.º 73) y **iii)** en virtud de fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal Municipal con Función de Control de Garantías y confirmado parcialmente por el Juzgado Veintidós Penal del Circuito con Función de Conocimiento, se ordenó su reintegró y la demandada cumplió el mandato según lo confiesa al contestar los hechos 28 a 31 del libelo (f.º 121 a 123)

Bajo ese entendido, se adentra el Tribunal al estudio de los preceptos constitucionales y legales que dan sustento a la protección especial de las personas en condición de discapacidad y al análisis del

precedente jurisprudencial que ha desarrollado los parámetros para la efectiva materialización de sus derechos.

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

En el preámbulo, reconoce que la discapacidad es *«un concepto que evoluciona»*, además, que es producto *«de la interacción entre las personas con deficiencias y las barreras debidas a la actitud y al entorno que evitan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*. Asimismo, el artículo 1.º señala que las personas con discapacidad *«incluyen a aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás»*.

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

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

que provocan un estado de invalidez, también contribuyan a estructurar una discapacidad en un contexto laboral específico.

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

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

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

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

Igualmente, admitir que las personas en quienes concurre una invalidez y una discapacidad no pueden reincorporarse a la fuerza laboral no solo vulnera su derecho al trabajo; también niega su autonomía individual garantizada en la Convención y pone el énfasis en lo que no pueden hacer en vez de acentuar aquello que sí son capaces de ejecutar.”

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

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

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

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

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

Con lo anterior se pretende contrarrestar las conductas discriminatorias en contra de las personas que están en una particular situación, al prohibir expresamente las conductas dirigidas a anular o restringir sus derechos, libertades u oportunidades sin justificación objetiva y razonable, y también como pleno desarrollo del derecho a la igualdad y dignidad humana predicado constitucionalmente.

Respecto del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, lo ha interpretado bajo la concepción que, la sola circunstancia de padecer una enfermedad o estar incapacitado no es suficiente para ser beneficiario de las garantías que allí se contemplan, pues estas deben estar revestidas de cierto grado de

limitación debidamente calificada, la cual ha considerado es superior al 15%. (SL10538-2016, rad.42451, reiterada en las decisiones CSJ SL17945-2017, CSJ SL24079-2017, SL51140-2018).

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

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

“IV No es posible acudir a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia como elemento orientador en la materia, pues ha utilizado un criterio completamente distinto al concepto de estabilidad laboral reforzada. Sus fallos más recientes fundamentan su análisis en una norma ya derogada (Decreto 2463 de 2001 derogado expresamente por el Decreto 1352 de 2013), tal vez por la antigüedad de los casos, e ignoran los fundamentos legales y constitucionales vigentes pues, los jueces laborales no verificaban que el empleador hubiera cumplido su obligación de procurar el reintegro, como lo prevé una norma vigente desde 1965. Aunque en varios casos los recurrentes en casación han solicitado la ampliación de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, para la Corte Suprema debe probarse

(a) que el trabajador tenga una limitación física, psíquica o sensorial moderada (pérdida de capacidad laboral del 15% al 25%), severa (mayor al 25%, pero inferior al 50%) o profunda (cuando supera el 50%), y (b) que el empleador conoce ese estado de salud y termina la relación por razón de la limitación física, sin previa autorización del ministerio del ramo. Sin embargo, esa graduación fue derogada en 2013 y, será la misma Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la jurisdicción laboral quien deberá interpretar este cambio normativo de la manera en que lo considere según sus competencias y en armonía con las previsiones constitucionales y la interpretación reiterada de cláusulas constitucionales que ha fijado esta Corporación.”

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

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

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

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

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

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

1. El derecho fundamental a la estabilidad ocupacional reforzada es una garantía de la cual son titulares las personas que tengan una afectación en su salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, con independencia de si tienen una calificación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda.
2. La estabilidad ocupacional reforzada significa que el trabajador tiene el derecho a no ser desvinculado sino en virtud de justa causa debidamente certificada por la oficina del Trabajo. No obstante, en los casos en que no exista dicha autorización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la pretermisión del trámite ante la autoridad del Trabajo acarrea la presunción de despido injusto. Sin embargo, **esta presunción se puede desvirtuar** y, por tanto, lo que implica realmente es la inversión de la carga de la prueba. Estando entonces en cabeza del empleador o contratante la carga de probar la justa causa para terminar la relación.
3. La violación a la estabilidad ocupacional reforzada debe dar lugar a una indemnización de 180 días, según lo previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Al amparo de lo expuesto, se procede al análisis de las pruebas arrimadas al plenario, en el que se verifica que la parte demandante aportó: certificado emitido por el Instituto Colombiano del Sistema Nervioso, según el cual la demandante estuvo hospitalizada en dicha institución desde el 15 hasta el 19 de julio de 2016 (f.º 35); historia clínica que da cuenta que ingresó a la ICSN Clínica Monserrat el 29 de febrero de 2016 con salida el 31 de marzo del mismo año, documento en el cual se registró como diagnóstico principal: *“trastorno depresivo recurrente, episodio depresivo grave presente, sin síntomas psicóticos”* (f.º 36 a 54); incapacidades médicas prescritas hasta los días 14 y 22 de marzo de 2016, así como correo electrónico enviado por la demandante a la

empleadora en la que le informa que su incapacidad vence el 15 de abril de 2016, pues no fue prorrogada, hecho que fue aceptado por la demandada (f.º 58 , 65 a 67).

Por su parte, la demandada con la contestación aportó concepto de aptitud del 5 de enero de 2016, en el cual se consignaron como observaciones que debía usar gafas de manera permanente y recibir capacitación de trabajo en alturas; también allegó concepto de aptitud del 17 de mayo de 2016 en el cual se recomendó valoración por EPS para continuar con seguimiento y tratamiento de patologías referidas por la paciente (f.º 134 y 135).

Así las cosas, conforme al acervo probatorio antes indicado, concluye el Tribunal que, si bien con anterioridad al despido la actora estuvo hospitalizada e incapacitada, ello sucedió hasta el 15 de abril de 2016, es decir, que para el momento en que el contrato finalizó por vencimiento del término inicialmente pactado, habían transcurrido más de 15 días desde la última incapacidad, pese a que la notificación de no prórroga se dio el 4 de abril de 2016 (f.º 73)

Además de lo anterior, se observa que después de la hospitalización, la demandante en virtud de fallo de tutela fue reintegrada y continuó con la prestación de sus servicios en un nuevo puesto de trabajo que ella misma eligió entre varias opciones dada por la empresa según lo confesó en el libelo introductorio. Es decir, que la condición de salud que presentaba para esa época no fue un obstáculo para que la promotora del juicio pudiera continuar desempeñándose laboralmente.

En ese horizonte, estima esta Colegiatura que no fue demostrado que para el momento del despido la accionante padeciera una afectación en su salud que le impidiera o dificultaran realizar las funciones para las cuales fue contratado en condiciones regulares, por tanto, no resultaba necesario que el empleador previo al despido tramitara ante el Ministerio de Trabajo la autorización para proceder a la finalización del contrato de trabajo.

En consecuencia, no hay lugar a declarar la ineficacia del despido como se aspira con la demanda, por lo que se confirma el fallo consultado.

Sin costas ante su no causación.

V. DECISIÓN

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

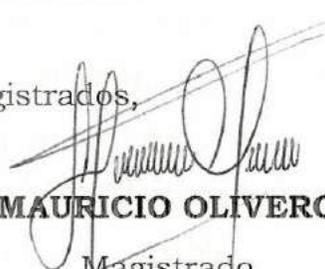
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de enero de 2020 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá.

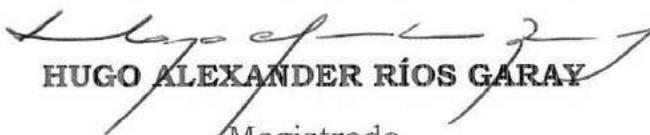
SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 08 2019 00274 01
DEMANDANTE: MONICA RUTH RODRÍGUEZ BECERRA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y ADMINSTRADORA DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron la demandada AFP Protección S.A. y la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 15 de julio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. y la posterior vinculación a la AFP ING. Asimismo, que se encuentra afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida y que es Colpensiones la entidad llamada a reconocer la pensión en el momento en que acredite los requisitos. En consecuencia, se ordene a la AFP trasladar los saldos en cuenta individual incluidos rendimientos y gastos de administración. Se disponga a Colpensiones a activar la afiliación sin solución de continuidad y a todas las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita*, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 21 de junio de 1961, el 22 de junio de 1981 se vinculó al Instituto de Seguros Sociales y el 16 de septiembre de 1996 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Protección S.A.

Adujo que el asesor del fondo le indicó que el Seguro Social se iba a acabar y que al cambiarse de régimen se pensionaría en menor tiempo y podría obtener una mesada superior a la que le otorgaría el Instituto de Seguros Sociales, sin necesidad de realizar aportes voluntarios. Aseguró que el promotor no le puso de presente las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas, tampoco que perdería beneficios y no se hizo entrega de copia del formulario de afiliación.

Señaló que el 1º de agosto de 1998 se vinculó a la AFP ING, quien le ofreció mejores rendimientos financieros, pero no le informó que podía regresar al régimen de prima media con prestación definida, no le realizó una proyección de cuál sería la mesada pensional que recibiría y tampoco le hizo entrega del formato de vinculación.

Refirió que la AFP Protección S.A. en respuesta a acción de tutela le realizó proyección pensional según la cual la mesada pensional con dicho fondo será de \$2.143.940, entre tanto, en Colpensiones la misma correspondería a \$7.371.293. Finalmente, que reclamó administrativamente ante Colpensiones el 14 de febrero de 2019, quien le indicó que no era viable su traslado de régimen (f.º 1 a 23).

Al dar respuesta a la demanda, la demandada Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante. Sobre los restantes, manifestó no constarle. En su defensa, propuso las excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y de la obligación, la buena fe, y las demás declarables oficiosamente (f.º 95 a 103).

Por su parte, la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones.

Frente a los hechos aceptó únicamente los relacionados con el natalicio de la accionante, las fechas de traslado de régimen y de fondo, la actual vinculación a la AFP, las reclamaciones presentadas y sus respuestas. Respecto de los demás manifestó no ser ciertos. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de validez de la afiliación al Régimen de ahorro individual con Solidaridad con Protección y Davivir; la buena fe, la prescripción de la acción para demandar la nulidad de la afiliación; inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y la buena fe (f.º 120 a 127).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 15 de julio de 2020, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante el 16 de septiembre de 1996. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado de Mónica Ruth Rodríguez Becerra y condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones todos los valores recibidos en virtud de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses que se hubieren causado de conformidad con las previsiones del artículo 1.746 del Código Civil por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. Dipuso a Colpensiones aceptar todos los valores que devuelva Protección y a efectuar los ajustes correspondientes a la historia laboral. Sin condena en costas (f.º 153 y 154).

Como sustento de su decisión, señaló que para que el acto de traslado sea válido debe estar precedido de un consentimiento informado y en el presente asunto la AFP no cumplió con la carga de demostrar por cualquier medio que informó a la demandante las consecuencias de su cambio de régimen.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Protección S.A. interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones, adujo que para el momento en que se dio el traslado de la demandante el único requisito que exigía la ley era el diligenciamiento del formulario, por ello resulta desproporcionado solicitar ahora a los fondos privados demostrar hechos que la norma no contemplaba. Preciso que la afiliación se efectuó hace más de 15 años, por lo que ni siquiera es posible contactar al asesor para que manifieste los términos y circunstancias en que brindó la información a la demandante.

Arguyó que de conformidad con lo manifestado por la accionante al absolver interrogatorio de parte es claro que conoce las características del Régimen de ahorro individual con Solidaridad pues sabe que se puede pensionar anticipadamente y con mejor monto. Indicó que la única inconformidad de la demandante radica en la suma que recibirá como mesada pensional y esta no es una causa prevista en la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado.

Sostuvo que los requisitos para acceder a la pensión de vejez en los distintos regímenes pensionales están previstos en la ley y por tanto los errores sobre puntos de derecho no vician el consentimiento, además no puede olvidarse que la ley es aplicable a todos los destinatarios por lo que su aplicación no deviene de las calidades o experticia de la persona en temas pensionales.

Por su parte, Protección S.A. argumentó que la ley regula el cobro de las comisiones por la administración y en tal evento las sumas descontadas no ingresan a la cuenta de ahorro individual. Alegó que el artículo 1746 del Código Civil no habla de devolución de gastos de administración, sino de restituciones mutuas caso en el cual la demandante se beneficiaría de rendimientos obtenidos como fruto de la administración y que no había percibido de haber permanecido en el régimen de prima media.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que **ordena dejar sin efecto la afiliación** efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están

obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, **la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado** y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que

la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición, o si tiene o no una expectativa legítima**, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se **invierte la carga de la prueba**, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social,

serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 21 de junio de 1961, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 32 años de edad y con 250.03 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 26 y 39). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 16 de septiembre de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Protección (f.º 129), Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Protección S.A desde el 1º de noviembre de 1996 al 31 de julio de 1998; en la AFP ING del 1º de agosto de 1998 al 30 de diciembre de 2012; desde el 31 de diciembre de 2012 y en adelante a la AFP Protección S.A. (f.º 128).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante confesó que se afilió de manera libre y voluntaria pero precisó que previo a la suscripción del formulario asistió a una reunión general en la que los asesores del fondo le dieron que el Instituto de Seguros Sociales atravesaba por una grave crisis y seguramente sería liquidado, le ofrecieron además pensionarse a una edad más temprana y con un mayor monto. Dijo que al inicio de la afiliación se acercó a Protección a averiguar y allí le reiteraron los beneficios que ya le habían ofrecido.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Protección S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte

Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior, o la referencia que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Protección S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, **referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado**. Por lo anterior, la Sala mantendrá la decisión de primera instancia.

Resulta importante señalar aquí, sobre el fenómeno prescriptivo que si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable, es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental referido, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo y no pueden ser afectados por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y en todo caso atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura modificará y adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

Sin costas en la consulta y en la instancia ante su no causación.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 15 de julio de 2020, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la

obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
actora con voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MONICA RUTH RODRIGUEZ BECERRA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 008 2019 00274 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 07 2017 00747 01
DEMANDANTE: LILIANA PATRICIA GIRALDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS
PROTECCIÓN S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 15, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. DIANA MARIA VARGAS JEREZ identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.090.449.043 y T.P. No. 289.559 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA identificada con Cedula de ciudadanía número 65.701.747 y T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3368 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 16 a 35).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., del 21 de julio de 2020.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad - ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. En consecuencia, se ordene el traslado y afiliación a

Colpensiones. Se condene a la AFP a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos y gastos de administración o cualquier otro, debiendo asumir dicha AFP con su propio patrimonio la disminución del capital. Asimismo, de haberse reconocido la pensión, condenar a la AFP a continuar con el pago de las mesadas hasta que la prestación sea otorgada por Colpensiones. Se disponga a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que se vinculó al Instituto de Seguros el día 6 de marzo de 1979 y el 13 de abril de 1999 se trasladó al régimen de ahorro individual, dado las recomendaciones del ejecutivo de cuenta de Colmena S.A. hoy Protección S.A., quien no informó las características, ventajas y desventajas de cada uno de los modelos de pensión, y se limitó a decirle que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, y que en el fondo se podría pensionar de manera anticipada con una mesada mayor.

Señaló que mediante derecho de petición le solicitó a la AFP Protección S.A. documentos relacionados con su afiliación al régimen de ahorro individual, proyecciones pensionales, copia de la historia laboral, el extracto de cuenta y anular la afiliación.

Expuso que, según proyección pensional en el régimen de prima media su pensión sería de \$1.623.094, entre tanto, en el de ahorro individual apenas ascendería a \$737.716, por lo que se genera una diferencia de \$885.378. Finalmente, señaló que solicitó a Colpensiones la anulación de la afiliación y el traslado, pero la entidad contestó de forma negativa (Expediente Virtual f.º 1 a 37).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones formuladas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la fecha de la vinculación al Sistema de Seguridad Social, la data de traslado de régimen y la petición presentada a Colpensiones y la actual afiliación al

RAIS. Manifestó no ser ciertos o no constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, la prescripción, la caducidad, la inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada. (Expediente Virtual f.º 206 a 216 CD.f.º 1).

Al contestar, la AFP Protección S.A. se opuso a las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó los relacionados con la fusión entre AFP, las peticiones presentadas al fondo y su respuesta y la actual afiliación. Frente a los restantes, manifestó no constarle o no ser ciertos. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de validez de afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad; no pertenecer la demandante al grupo de personas que pueden regresar al régimen de prima media; la inexistencia de nulidades, la prescripción y las demás declarables oficiosamente (Expediente Virtual CD f.º 240 a 253).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 21 de julio de 2020, absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Declaró probadas las excepciones y condenó en costas al demandante (Acta Audiencia de fallo CD).

En sustento de su decisión, señaló que no es procedente declarar la ineficacia del traslado como quiera que a la accionante en el curso del presente proceso le fue reconocida pensión de vejez por parte de la AFP demandada, en consecuencia, no ostenta la calidad de afilada por lo que no es procedente aplicar la línea jurisprudencial sentada por la H. Corte Suprema de Justicia. En todo caso, con la petición de reconocimiento de la pensión se convalidó la ausencia de información al momento del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, para ello argumentó que, si bien la demandante se encuentra

pensionada, en nada modifica el hecho que no le fue brindada la información correspondiente al momento del traslado, pues lo que le pusieron de presente es que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y que obtendría una mejor pensión en el fondo privado y de manera anticipada. Sostuvo que debió solicitar la pensión por su estado de salud y porque estaba viendo afectados sus derechos fundamentales.

IV. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la actora o por el contrario, su calidad de pensionada impide tal declaración.

1. De las reglas legales y jurisprudenciales respecto del deber de información en traslado de régimen cuando se trata de afiliados

Para atender el recurso, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de

Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica,

pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado

durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

2. Reglas jurisprudenciales frente a la falta del deber de información cuando se ha adquirido el status de pensionado

Sobre el particular, la H. Corte Suprema de Justicia consideraba que era viable la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional respecto de quienes ya habían alcanzado la calidad de pensionados, recientemente cambió su postura al considerar que estas personas se encontraban frente a una situación jurídica ya consolidada que no era razonable retrotraer, debido a las implicaciones que esto traería en relación con los diferentes actos jurídicos previos, concomitantes y posteriores al reconocimiento de la prestación y respecto de los intervinientes en este acto, que de paso sea dicho no se limitan a la AFP y al afiliado, pues confluyen en determinados casos terceros como emisores, contribuyentes, empresas aseguradoras e incluso la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, en la que abandonó la postura fijada en sentencia con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 señaló:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”

En esta oportunidad la Corte, consideró además que si bien no resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado respecto de un

pensionado, este podía demandar de la AFP el reconocimiento de perjuicios derivados de la cuantía de la pensión reconocida.

Resulta importante recordar además, que conforme a los lineamientos sentados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL-413 de 2018, bajo el principio de la realidad sobre las formas prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es dable identificar la voluntad de afiliación o permanencia en un régimen pensional a partir de conductas inequívocas del afiliado.

CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen se encuentra probado que la accionante exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS con la solicitud de pensión, la que le fue reconocida por la AFP Protección S.A. a partir del 20 de noviembre de 2017, en la modalidad de retiro programado (Expediente digital f.º 279 a 289).

Ahora, la prestación que disfruta hace más de tres años, la demandante en el régimen de ahorro individual, inicialmente se financia con el saldo de la cuenta individual integrado además de los aportes y rendimientos, por el bono pensional tipo A modalidad 2, al que tiene derecho por haber cotizado en prima media más de 600 semanas (Expediente digital f.º 279).

En este orden de ideas, la Sala se encuentra frente a situaciones jurídicamente consolidadas referenciadas por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373-2021, que imposibilitan por la vía de la ineficacia del traslado volver las cosas al mismo estado en que estarían de no haberse producido el acto del traslado de régimen. Ello es así, porque que la calidad de pensionada no puede obviarse, tampoco el hecho de que la prestación se financia con un bono pensional en cuya emisión y redención intervienen Colpensiones y la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues ello conllevaría un desequilibrio del sistema en general y se verían afectadas relaciones jurídicas distintas a la

existente entre la demandante y la AFP Protección S.A., por ello, no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al amparo de la reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

De otro lado, aunque la citada Corporación señaló que en los casos en que los pensionados solicitan la ineficacia del traslado de régimen por falta al deber de información lo eventualmente procedente, es el reconocimiento de perjuicios. En el asunto bajo examen se advierte que las pretensiones se limitaron a declarar la nulidad del traslado o ineficacia de dicho acto jurídico, por lo que la Sala no puede entrar a pronunciarse al respecto, en atención a que las facultades *ultra y extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segundo grado, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y, además no puede sorprenderse a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, esta Colegiatura confirmará la decisión analizada.

Sin costas en esta instancia.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de julio de 2020, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO: Sin COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 004 2019 00399 01
DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR MORENO ESPARZA
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 13 de agosto de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad con las AFP Davivir S.A. hoy AFP Protección S.A. Así como la nulidad de la afiliación efectuada el día 30 de agosto del año 2002 con la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a retornar a Colpensiones los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, interés y rendimientos. Ordenar a Colpensiones recibir a la accionante y mantenerla como afiliada desde el 04 de mayo de 1988 sin solución de

continuidad. También a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 7 de diciembre de 1963, que desde el 04 de mayo de 1988 hasta el día 31 de enero de 1999 estuvo vinculada al Instituto de Seguros Sociales y que en diciembre del año 1998 cuando laboraba para la empresa Higuera Escalante, los asesores de la AFPP Davivir S.A. hoy AFP Protección S.A. le presentaron el nuevo régimen pensional.

Adujo que los promotores la acosaron y le prometieron mayores beneficios, pero no le indicaron que perdería beneficios adquiridos con el ISS, tampoco le pusieron de presente las ventajas y desventajas de uno y otro régimen. Por el contrario, le indicaron que de seguir con el Instituto de Seguros Sociales perdería sus recursos mientras que con el fondo privado podría disponer del dinero ahorrado antes de cumplir la edad pensional para pagar deudas o iniciar algún negocio. Manifestó que luego los asesores de la AFP Porvenir S.A. la persuadieron para que se trasladara a este fondo, al igual que la primera AFP, Porvenir S.A. no cumplió con el deber de información y asesoría de forma íntegra y eficiente para que tomara la decisión que le fuera más beneficiosa.

Mencionó que para el 30 de noviembre del año 2018 contaba con 1.562. semanas cotizadas al sistema general de pensiones y solicitó a las AFP y a Colpensiones la nulidad de la afiliación, las cuales fueron negadas (f.º 3 a 22 demanda).

Al dar respuesta a la demanda, Protección S.A. se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la afiliación de la accionante al ISS y el número de semanas cotizadas a esta entidad, la fecha de traslado de régimen y de traslado a otra AFP, también las peticiones elevadas y sus respuestas. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de validez de la afiliación a Protección, la buena fe, la inexistencia de vicio del

consentimiento por error de derecho; la prescripción y las demás declarables de oficio (f.º 113 a 120).

Al contestar Colpensiones se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, aceptó los relacionadas con la fecha de nacimiento de la accionante, la vinculación al Instituto de Seguro Sociales y el número de semanas cotizadas, también las reclamaciones presentadas y las respuestas a las mismas. Manifestó no ser ciertos o constarle los restantes. En su defensa, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; la improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen; la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; la inexistencia de la obligación de afiliación; excepción error de derecho no vicia el consentimiento; la buena fe, la prescripción; la presunción de legalidad de los actos jurídicos y las demás declarables oficiosamente (f.º 130 a 144).

Por su parte, la AFP Porvenir se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó no ser ciertos o no constarle ninguno de ellos. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, la buena fe, la inexistencia de la obligación y las demás declarables de oficio (f.º 165 a 186).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 13 de agosto de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación de la accionante al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A. para tenerla como válidamente afiliada a Colpensiones. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con todos los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media y se abstuvo de condenar en costas (f.º 280 y 281).

Como sustento de su decisión, señaló que conforme a la carga dinámica de la prueba le corresponde a la AFP demostrar que sus actuaciones al momento del traslado se ciñeron al cumplimiento del deber de información veraz, precisa y clara, circunstancia que no acreditó en juicio con la simple presentación del formulario de afiliación suscrito por la demandante, por lo que no se encuentra acreditado que la actora recibió información detallada de Protección S.A. en el año 1998.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. interpusieron recurso de apelación.

Porvenir S.A argumentó que si bien existe una línea jurisprudencial clara fijada por la H. Corte Suprema de Justicia sobre el tema de la ineficacia del traslado, esta no puede ser aplicada de manera automática, pues la misma Corporación ha señalado que cada caso debe ser analizado de manera particular.

Alegó que conforme a lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es procedente declarar la ineficacia porque era necesario que la parte accionante demostrara que la AFP obró dolosamente, lo que no fue alegado y probado.

De otro lado, sostuvo que no es procedente ordenar el cambio, como quiera que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 prohíbe el traslado entre regímenes de los afiliados cuando están a 10 años o menos de acceder a la pensión faltándole 10 años a otro régimen. Arguyó que conforme al Decreto 2555 del año 2010, los afiliados tienen deberes frente a los fondos de pensiones, específicamente tener una adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones y más, en el ámbito de traslado de la administradora, por tal razón la demandante no puede alegar falta de conocimiento o no haber recibido una información a sabiendas que es su

obligación también mantenerse conocedora e informada sobre su derecho pensional.

Finalmente, que conforme al concepto 116 del año 2020 emitido por la Superintendencia Financiera, las administradoras no tienen la obligación de trasladar los gastos de administración, porque las AFP generan rendimientos financieros a la accionante y de ordenarse la devolución de los mismos podría configurarse un enriquecimiento sin causa para Colpensiones. Preciso que los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional y tampoco son imprescriptibles.

Por su parte, **Colpensiones** sostuvo que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo; la accionante no tenía una expectativa legítima, puesto que contaba con menos de 750 semanas y le faltaban 20 años para acceder a la pensión cuando se trasladó, tampoco era beneficiaria del régimen de transición.

Alegó que la manifestación según la cual la demandante va a recibir un valor inferior como mesada pensional en el régimen de ahorro individual no constituye prueba de un traslado engañoso porque el fondo le brindó una información errónea. Aquí preciso que para el momento en que se produjo el traslado los fondos tenían la obligación de informar las implicaciones para ese momento.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha*

calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del

afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 7 de diciembre de 1963, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 31 años de edad y 308.96 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 23 y 25). Así las cosas, la actora no

es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 01 de diciembre de 1998, así se colige del formulario de afiliación a la AFP Davivir, después ING, hoy Protección S.A. (f.º 50). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a la AFP ING desde el 01 de febrero de 1999 al 30 de septiembre de 2002 y del 01 de octubre de 2002 en adelante a la AFP Porvenir, según historial de vinculaciones de folio 61.

Al absolver interrogatorio de parte el demandante confesó que se afilió de forma libre y voluntaria a la AFP Protección, pero explicó que cuando suscribió el formulario no le adujeron nada sobre la cuenta que tendría con la AFP. Expuso que cuando la asesoraron le informaron que el ISS se iba a disolver y que en el fondo privado tenía muchas garantías, en todo caso, al pensionarse las cosas serían muy similares que en el Instituto de Seguro Social. Igualmente, le manifestaron que podría disponer de su bono pensional para iniciar un negocio o pagar una deuda, además que se trasladó a Porvenir porque le ofreció mejor rentabilidad dado que tenían proyecciones internacionales.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Davivir hoy Protección S.A., incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al interrogatorio de parte y el escrito de demanda, ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera anticipada, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la cual se encuentra actualmente afiliada la demandante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Por lo anterior, la Sala confirmará el fallo analizado.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, Dado que la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 13 de agosto de 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, para

condenar a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia analizada en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada
actuarial de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: MARÍA DEL PILAR MORENO ESPARZA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 004 2019 00399 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 04 2019 00251 01
DEMANDANTE: ELSA VICTORIA WOLFF CUARTAS
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 265, se tiene como apoderada judicial de Colpensiones a la Dra. MARYI TATIANA PARRA BARACALDO identificada con Cedula de ciudadanía No. 1.019.050.453 y T.P. No. 229.157 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS identificada con Cedula de ciudadanía número 52.454.425 y T.P. No. 125.126 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3375 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 266 a 285).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 24 de junio de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al Régimen de Ahorro Individual con la AFP Colfondos

y el posterior traslado a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes y rendimientos existentes en la cuenta individual, así como a Colpensiones a aceptarla como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, más las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 20 de febrero de 1962 y cotizó 182 semanas al Instituto de Seguros Sociales desde el 7 de junio de 1985 hasta 1º de febrero de 1994, cuando los asesores de Colfondos visitaron las instalaciones de la empresa en la que laboraba y le dijeron que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad obtendría beneficios superiores a los que recibiría en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero no le explicaron las características, ventajas y desventajas de cada uno.

Manifestó que el 29 de noviembre de 2011 se vinculó a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., no obstante, ninguno de los fondos antes, durante o después de la afiliación le brindaron información veraz, pertinente y oportuna que le permitiera trasladarse. Porvenir le realizó proyección pensional según la cual su mesada pensional al cumplir los 57 años de edad en la modalidad de retiro programado sería de \$1.196.000, mientras que en Colpensiones correspondería a \$4.804.258, lo que refleja el detrimento que le ocasiona. Finalmente, señaló que reclamó la nulidad del traslado ante Colpensiones, la cual fue negada (f.º 4 a 9).

Al dar respuesta a la demanda, Colfondos Pensiones y Cesantías se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas en su contra. Frente a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento de la demandante, el cumplimiento de los 57 años de edad, la data de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y las peticiones presentadas. Manifestó no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva; la no existencia de causal de nulidad alguna; la prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado; la buena fe, la compensación y el pago; el

saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y las demás declarables oficiosamente (f.º 79 a 97).

Al contestar Colpensiones, también se opuso al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, aceptó el natalicio de la demandante, el periodo de afiliación, las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales y la reclamación presentada a esta entidad. En relación con los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, planteó las excepciones de buena fe en las actuaciones de Colpensiones; el hecho de un tercero; la presunción de legalidad de los actos jurídicos; las calidades del demandante para conocer las consecuencias de su traslado., la inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 constitucional adicionado por el acto legislativo 01 de 2005; la prescripción, y las demás declarables oficiosamente (f.º 109 a 123).

La AFP Protección S.A. igualmente se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Acepto los hechos relacionados con la vinculación, las cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales y la fecha de traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 150 a 160).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 24 de junio de 2020, declaró la ineficacia de la afiliación, de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP Colfondos S.A. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar el saldo en cuenta individual de la actora con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de la actora y condenó a Colfondos a pagar las costas del Proceso (f.º 252 a 255).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber brindado a la actora una información suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las características del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las condiciones en que se pensionaría y los requisitos para acceder a la prestación, conforme a sus particulares características sin importar si era o no beneficiaria del régimen de transición. Concluyó que en el traslado de régimen no medió el consentimiento informado de la demandante por lo que debe declararse la ineficacia del traslado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones interpusieron recurso de apelación.

Colpensiones argumentó que la afiliación no es un acto unilateral que implica obligaciones para las dos partes, que está acreditado que la AFP brindó afiliación y entonces le correspondía al futuro afiliado informarse sobre el particular, pues estaba en juego su futuro pensional.

Argumentó que condenar a esa administradora a recibir a la demandante atenta contra el principio de relatividad de los negocios y la sostenibilidad financiera del sistema, pues con el mismo se descapitaliza el fondo común. Dijo que la accionante exteriorizó su voluntad de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con los traslados que realizó entre administradoras de este régimen.

Finalmente, expuso que el traslado ordenado no es viable como quiera que a la promotora del juicio se encuentra a menos de 10 años para obtener el status pensional.

Por su parte, la **AFP Porvenir S.A.** adujo que no es procedente aplicar de manera retroactiva leyes o criterios jurisprudenciales para que sea válida la afiliación. Indicó que obró de buena fe y entregó a la

demandante la información establecida en la norma para el momento en que efectuó el traslado.

Manifestó que de encontrarse procedente el pago de gastos de administración la misma debe limitarse únicamente al periodo en el que la demandante estuvo vinculada con dicha AFP. Además, que no puede perderse de vista que la accionante durante toda su vinculación ha estado cubierta para los riesgos de invalidez, vejez y muerte.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma

Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y

asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 20 de febrero de 1962, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 83.58 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 10 y 129). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y tampoco por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 5 de diciembre de 1994, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A. (f.º 102). Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que la actora estuvo afiliada a Colfondos desde el 1º de enero de 1995 a 31 de diciembre de 2011; en la AFP Horizonte del 1º de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2013 y del 1º de enero de 2014 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f.º 171).

Al absolver interrogatorio de parte la demandante dijo que los asesores de Colfondos la visitaron en su lugar de trabajo y le informaron que el Instituto de Seguros Sociales se acabaría, por tanto, estaría mucho mejor en el régimen privado en el cual podía pensionarse a la edad que eligiera y con una mesada pensional superior, por ello, firmó el formulario previamente diligenciado por el asesor.

Por solicitud de la parte demandante fue decretado y practicado el testimonio de Olga Lucía Fernández Hernández, no obstante, su dicho no arroja elementos probatorios al proceso como quiera que no estuvo presente cuando la accionante suscribió el formulario de afiliación a Colfondos.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen para tener una mesada pensional superior y de manera anticipada, o la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras,

como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. a la cual se encuentra actualmente vinculada la demandante deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado, por tanto, la Sala confirma la decisión analizada en este punto.

Se precisa que no es posible eximir de responsabilidad a la AFP Colfondos S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas por concepto de gastos y cuotas de administración mientras la demandante estuvo vinculada a este fondo, pues la declaración de ineficacia los obliga a devolver dichos rubros con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). En consecuencia, la sentencia será adicionada en este punto.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

Paralelamente, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación

pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los puntos de apelación, esta Colegiatura adiciona el fallo de primera instancia en la forma anunciada.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 24 de junio de 2020 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, para condenar a la AFP Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones debidamente actualizadas todas las sumas descontadas a la demandante por gastos y cuotas de administración mientras estuvo afiliada a dicho fondo privado

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

TERCERO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

CUARTO: Sin COSTAS en la consulta y en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada *aduanas de rto*

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ELSA VICTORIA WOLFF CUARTAS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RADICADO: 11001 31 05 004 2019 00251 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia, de confirmar la sentencia de primera instancia se presenta aclaración de voto.

El sustento de dicha aclaración se encuentra relacionado con las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos queda sustentada la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 04 2018 00289 01
DEMANDANTE: MARTHA LUCÍA AMADOR OROZCO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 04 de febrero de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con la AFP Porvenir S.A. realizado el 1° de abril de 1996. En consecuencia, se condene a la AFP a trasladar rendimientos y bonos pensionales. Asimismo a Colpensiones a recibir los valores trasladados y a contabilizar las semanas en la historia laboral. Se disponga a las demandadas a reconocer los demás derechos en virtud de las facultades *ultra* y *extra petita* y las costas del proceso. Subsidiariamente, se declare la ineficacia o inoperancia de los efectos del traslado.

En respaldo de sus pretensiones, narró que desde el 1º de enero de 1977 cotizó al Instituto de Seguros Sociales y el 1º de enero de 1996, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A.

Adujo que el asesor del fondo no le asesoró sobre el régimen que más le convenía, ni explicó las características, diferencias, ventajas y desventajas entre los dos modelos de pensión, tampoco le brindó asesoría en consideración al tiempo que llevaba cotizado para pensión. No le informó cuál sería el capital que se requería para acceder a pensión anticipada, que parte de su aporte estaría destinado al pago de primas de seguro y gastos de administración, ni le indicó si tenía o no derecho a bono pensional, o la implicación de negociarlo anticipadamente (f.º 4 a 34 A).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. Frente a los hechos, aceptó la fecha en que la demandante empezó a cotizar al Instituto de Seguros Sociales y la reclamación administrativa. Manifestó no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones de la demanda, propuso las excepciones de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del formulario de afiliación; la imposibilidad jurídica de realizar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida; la buena fe, la prescripción, la compensación y las demás declarables oficiosamente (f.º 62 a 70).

Al contestar, la AFP Porvenir S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra. Respecto a los hechos, aceptó la obligación de la AFP de brindar información al momento del traslado y la solicitud presentada. En relación con los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia. En defensa de sus intereses, planteó la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Como excepciones de mérito formuló las que denominó prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación; falta de causa para pedir, ausencia de

responsabilidad atribuible a la AFP; la prescripción, la falta de causa para pedir, la compensación, la inexistencia de la obligación y las demás declarables oficiosamente (f.º 82 a 99).

La AFP Porvenir S.A. además presentó demanda de reconvención con el fin que de ser declarada la nulidad o ineficacia del traslado, se condene a la señora Martha Lucía Amador Orozco a reintegrar debidamente indexadas las sumas de dinero que le han sido canceladas desde octubre de 2015. Como fundamento de sus pretensiones expuso que, la señora Amador Orozco se vinculó el 11 de marzo de 1996 a la AFP Porvenir S.A., el 22 de julio de 2015 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez, la que le fue otorgada en cuantía equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, a partir del mes de octubre de la misma anualidad y hasta la fecha se ha solventado (f.º 144 a 146).

La señora Martha Lucía Amador Orozco demandada en reconvención contestó al aceptar la pretensión primera consistente en la devolución del valor correspondiente a mesadas recibidas, siempre que Colpensiones reconozca la prestación desde la fecha en que se solicita el reintegro de las mismas, pues, asegura que recibió de buena fe. Se opuso a las demás pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó la totalidad de los mismos. Se abstuvo de proponer excepciones (f.º 151 a 153).

En audiencia celebrada el 1º de abril de 2019, se dispuso vincular en calidad de litis consorte necesario a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 165), la que al contestar se opuso al éxito de las pretensiones y frente a los hechos señaló que ninguno de ellos le constaba. En defensa de sus intereses, presentó las excepciones de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación, la falta de causa para pedir, la prescripción, la descapitalización del sistema, la anulación de reintegro, la buena fe y las demás declarables de oficio (f.º 167 a 183).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 04 de febrero de 2020, declaró la nulidad de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la AFP Porvenir S.A. En consecuencia, condenó a la AFP a trasladar el saldo en cuenta individual de la actora junto con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración. Dispuso a Colpensiones aceptar el traslado de la actora, así como a Porvenir S.A. a pagar las costas del Proceso. Absolvió a la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público (f.º 219 y 220).

Como sustento de su decisión, señaló que la AFP demandada no demostró haber brindado a la demandante una información suficiente, clara y comprensible que le permitiera conocer las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, las condiciones en que se pensionaría y los requisitos para acceder a la prestación, conforme a sus particulares características sin importar si era o no beneficiaria del régimen de transición. Por consiguiente, concluyó que el traslado de régimen no medió el consentimiento informado de la demandante por lo que debe declararse la nulidad del traslado.

En relación con la demanda de reconvencción adujo que la señora Martha Lucía Amador Orozco no está llamada a devolver las sumas que ha recibido por concepto de mesadas pensionales como quiera que la nulidad del traslado se declara por conducta indebida de la AFP, en consecuencia está llamada a sufrir los las disminuciones en el capital administrado.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas AFP Porvenir S.A., Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público interpusieron recurso de apelación

Colpensiones imploró la revocatoria de la sentencia al argumentar que no se tomó en consideración que a la demandante le fue otorgada por parte del régimen de ahorro individual con solidaridad una pensión de

garantía mínima lo que impide aplicar la regla jurisprudencial de la ineficacia del traslado.

Alegó que la actora expresó su voluntad de mantenerse afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad, mediante la cotización y luego con el trámite de la pensión, además nunca se acercó a Colpensiones a solicitar el pago de la prestación evidenciándose un descuido de su parte en su futuro pensional.

Por su parte, **AFP Porvenir S.A.** adujo que la demandante no ostenta la calidad de afiliada sino de pensionada y por tanto no es aplicable el precedente jurisprudencial sino plenamente el artículo 107 de la Ley 100 de 1993. Sostuvo que las calidades de afiliado y pensionado han sido desligadas por la Corte Constitucional y se ha considerado que el traslado no puede quedar al capricho del pensionado.

De otra parte, alegó que la nulidad relativa que haya podido existir fue saneada a través de actos como la solicitud de emisión de bono pensional, la petición de pensión, la recepción y disfrute de la mesada pensional, con lo cual ratificó su deseo de permanecer afiliada a AFP Porvenir S.A.. Arguyó que los pensionados no pueden pretender la nulidad de la afiliación, pues en tal calidad deben acudir a otras figuras, al entenderse saneada se debe entender saneada, tal como ha sido considerado por el Tribunal Superior de Bogotá en otras decisiones.

Expuso que de confirmarse la decisión deben despacharse favorablemente las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención, esto es, el reintegro de mesadas pensionales y tampoco podría ordenarse la devolución de los gastos de administración, pues con las gestiones de la AFP la cuenta individual obtuvo rendimientos cuya transferencia a Colpensiones tampoco sería procedente en consecuencia.

A su turno, la **Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito Público** sostuvo que no es procedente la devolución de bonos pensionales, dado que el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995 y el inciso 2 del artículo 17 del

Decreto 3798 de 2003, estos únicamente son pagaderos a afiliados del régimen de ahorro individual con solidaridad, pues las prestaciones y el mecanismo de financiación de la pensión en el régimen de prima media con prestación definida son distintas. Preciso que el bono pensional pagado corresponde a las cotizaciones realizadas al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y, de regresar la demandante al Régimen de prima media debe ordenarse la devolución del bono al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, como quiera que la accionante nunca habría tenido derecho a este reconocimiento.

Argumentó que debe revocarse la garantía de pensión mínima al intervenir con la misma la Nación con el pago de una suma adicional que también debe ser reintegrada.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

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

1. De las reglas legales y jurisprudenciales respecto del deber de información en traslados de régimen cuando se trata de afiliados

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de

régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

De la misma manera, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 previó que *“los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de*

la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.”

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

2. Reglas jurisprudenciales frente a la falta del deber de información cuando se ha adquirido el status de pensionado

Sobre el particular la H. Corte Suprema de Justicia consideraba que era viable la posibilidad de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional respecto de quienes ya habían alcanzado la calidad de pensionados, no obstante, recientemente cambió su postura al considerar que estas personas se encontraban frente a una situación jurídica ya consolidada que no era razonable retrotraer, debido a las implicaciones que esto traería en de una parte, en relación con los diferentes actos jurídicos previos, concomitantes y posteriores al reconocimiento de la prestación y de otro lado respecto de los intervinientes en este acto, que de paso sea dicho no se limitan a la AFP y al afiliado pues confluyen en

determinados casos terceros como emisores, contribuyentes, incluso la Nación a través del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 373-2021, en la que abandonó la postura fijada en sentencia con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008 señaló:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante) 1, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”

En esta oportunidad la Corte, consideró además que si bien no resultaba procedente declarar la ineficacia del traslado respecto de un pensionado, este podía demandar de la AFP el reconocimiento de perjuicios derivados de la cuantía de la pensión reconocida.

Resulta importante recordar además, que conforme a los lineamientos sentados por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL-413 de 2018, bajo el principio de la realidad sobre las formas prevista en el artículo 53 de la Constitución Nacional, es dable identificar la voluntad de afiliación o permanencia en un régimen pensional a partir de conductas inequívocas del afiliado.

VI. CASO CONCRETO

En el asunto bajo examen se encuentra probado que la accionante exteriorizó su voluntad inequívoca de permanecer en el RAIS con la solicitud de pensión, la que le fue reconocida por la AFP Porvenir S.A. en octubre de 2015, con el beneficio de garantía de pensión mínima otorgado por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, pues aunque no contaba con el capital suficiente que le permitiera financiar una pensión superior al

110% del salario mínimo legal mensual vigente, acreditaba 1.150 semanas cotizadas por lo que pudo acceder al referido beneficio (f.º 129 a 132).

Ahora, la prestación que disfruta la demandante desde hace más de cinco años en el régimen de ahorro individual, inicialmente se financia con el saldo de la cuenta individual y en el momento en que dicho capital se agote es el Ministerio de Hacienda y Crédito Público el que pasa a girar los recursos faltantes para continuar con el pago la prestación de forma vitalicia, porque no de otra forma la accionante habría podido acceder a la prestación de vejez en el RAIS.

Resulta pertinente señalar que como la accionante cotizó al régimen de prima media con prestación definida 366 semanas, al trasladarse al régimen de ahorro individual se hizo acreedora a un bono pensional tipo A modalidad 2, que ayuda a financiar la prestación, el cual se emitió el 27 de enero de 2014, previa solicitud de la AFP Porvenir S.A. El título valor se redimió de manera normal cuando la promotora alcanzó los 60 años de edad, es decir, el 13 de junio de 2018 y fue pagado por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público el 21 de junio de 2018 (f.º 187 a 199).

En este orden de ideas, la Sala se encuentra frente a situaciones jurídicamente consolidadas, referenciadas por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 373-2021 que imposibilitan por la vía de la ineficacia del traslado volver las cosas al mismo estado en que estarían de no haberse producido el acto del traslado de régimen. Ello es así, porque que la calidad de pensionada beneficiaria de garantía de pensión mínima no puede obviarse, tampoco el hecho de que la Nación contribuirá con el capital requerido para asegurar que la demandante disfrute de una pensión vitalicia, menos aún que tanto la Nación en calidad de emisor y el Instituto de Seguros Sociales en calidad de contribuyente erogaron el dinero correspondiente al bono pensional, pues ello conllevaría un desequilibrio del sistema en general y se verían afectadas relaciones jurídicas distintas a la existente entre la demandante y la AFP Porvenir

S.A., por ello, no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación al amparo de la reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

De otro lado, aunque la citada Corporación señaló que en los casos en que los pensionados solicitan la ineficacia del traslado de régimen por falta al deber de información lo eventualmente procedente, es el reconocimiento de perjuicios. En el asunto bajo examen se advierte que las pretensiones se limitaron a declarar la nulidad del traslado, por lo que la Sala no puede entrar a pronunciarse al respecto, en atención a que las facultades *ultra y extra petita* previstas en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo, son exclusivas del Juez Municipal de Pequeñas Causas y del Juez Laboral del Circuito, quienes tramitan procesos de única y primera instancia, y no respecto del juez de segundo grado, quien no puede entrar a conceder más allá de lo pedido, pues recuérdese que la sentencia debe guardar consonancia con las pretensiones de la demanda y, además no puede sorprenderse a la parte demandada con decisiones que no hayan sido rebatidas en juicio, so pena de vulnerar el derecho de defensa y al debido proceso constitucionalmente protegido en el artículo 29 de la Constitución Nacional.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta, esta Colegiatura revocará la decisión analizada para en su lugar absolver a las demandadas y por las resultas del proceso se releva de atender el recurso de apelación.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 04 de febrero de 2020, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, absolver a las demandadas de las pretensiones elevadas en su contra.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación. Las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 03 2019 00864 01
DEMANDANTE: CAMILO JIMÉNEZ ARCE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A..

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 05 de agosto de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Protección S.A., En consecuencia, se retrotraigan las cosas al estado anterior y se condene a Colpensiones a tenerlo como su afiliado. A la AFP Protección a trasladar los dineros existentes en cuenta individual como cotizaciones, bonos y rendimientos. Igualmente, a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 17 de julio de 1961 y en el año 2000 se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Protección S.A.

Adujo que la AFP no lo asesoró de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y en general sobre las implicaciones que el cambio tendría sobre su futuro pensional, atendiendo a sus circunstancias personales. Precisó que, solamente se le ilustró sobre las ventajas del traslado.

Refirió que la AFP le realizó simulación pensional según la cual la mesada pensional en la modalidad de retiro programado sería de \$1.342.376, en tanto, que en Colpensiones el monto ascendería a \$6.178.371, con lo que se evidencia una ostensible diferencia. Finalmente, señaló que reclamó administrativamente (f.º 3 a 9).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento del demandante y la de traslado de régimen, también aceptó los relacionados con la reclamación administrativa y su respuesta. Respecto de los demás, manifestó no constarle. En defensa de sus intereses, propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la improcedencia de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado de régimen; la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; inexistencia de la obligación de afiliación, la excepción erro de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la presunción de legalidad de los actos jurídicos y las demás declarables oficiosamente (f.º 42 a 62).

Por su parte, la demandada Protección S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, contestó como ciertos la fecha de traslado, el natalicio del demandante, el número de semanas cotizadas y la proyección pensional. Manifestó no ser ciertos los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; la buena fe, prescripción, la falta de juramento estimatorio como requisito procesal; el aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones; el reconocimiento de restituciones mutuas, inexistencia de la

obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia por falta de causa; y las demás declarables oficiosamente (f.º 83 a 93).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 05 de agosto de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante el 1º de junio de 2.000 del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad Protección S.A.. Condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el caso de haberse efectuado, bono pensional en caso de encontrarse ya redimido, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero, sin descuento alguno conforme a las consideraciones. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de los dineros y a activar la afiliación del demandante como si nunca se hubiera traslado y por consiguiente a actualizar la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción. Condenó en costas a la AFP Protección S.A (f.º 140 a 142).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Protección S.A. no demostró por ningún medio haber brindado la información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que el demandante sopesara su decisión de trasladarse de régimen, consideró que la sola firma de forma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación para ello argumentó que la sentencia debe ser revocada como

quiera que la valoración probatoria no fue adecuada al no obrar ningún elemento de convicción que permita declarar la ineficacia del traslado, por el contrario, fue aportado formulario de afiliación y la parte demandante no tachó o desconoció su contenido, tampoco solicitó su exclusión del debate probatorio. Refirió que respecto de este documento el representante legal de la AFP realizó manifestaciones que no fueron consideradas por el Juez. Precisó que se estableció que el demandante realizó aportes voluntarios lo que lleva a concluir que tiene conocimientos acerca del funcionamiento del régimen de ahorro individual con solidaridad.

Arguyó que el Juez de primera instancia hace alusión al principio de la sostenibilidad financiera y la ponderación que efectúa la H. Corte Constitucional frente a los principios y las garantías de los individuos, pero deja de lado el preámbulo de la Constitución Política y sus artículos artículo 2 y 48, al complacer intereses particulares del actor a quien Protección S.A. no le ha vulnerado ningún derecho fundamental.

De otro lado, afirmó que la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia va en contra vía a las reglas y procedimientos que ha dictado la H. Corte Constitucional para efectos del traslado de régimen, a la cual debe obedecerse como guarda de la Carta Política. Expuso que en asuntos como el presente contrario a lo sostenido por el Juez no hay lugar a citar pronunciamientos de tutela, pues estos tienen efectos *inter partes*.

Finalmente, expuso que si bien el juez manifiestan que no existe quebrantamiento del principio de sostenibilidad financiera no se ordenó la devolución debidamente indexada de las cotizaciones realizadas por el demandante y esta actualización no puede ser remplazada con el pago de los rendimientos porque se trata de figuras diferentes.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que el promotor del juicio nació el 17 de julio de 1961, por lo que al 1º de abril de 1994 contaba con 32 años y 445.66 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 11 y 64). Así las cosas, el actor no es beneficiario del régimen de transición por edad o número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 1º de junio de 2000, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. (f.º 94), el cual se hizo efectivo el 1º de agosto de 2000, según historial de vinculaciones de folio 124

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que mientras laboraba para una empresa de textiles un asesor de Protección en reunión grupal le indicó que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, que en el fondo obtendría una mesada superior y a una edad más temprana. Adujo que no le puso de presente que será titular de una cuenta de ahorro individual, que sus aportes generarían rendimientos o ganancias, tampoco le informaron los requisitos para pensionarse. Aseguró que tuvo contacto directo con el asesor cuando este le diligenció el formulario de afiliación que luego el procedió a firma, pero indicó que no le formuló ninguna pregunta.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Protección S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen

pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda, ni del interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen por la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Protección S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Se precisa que no es posible eximir a la AFP Protección S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). Por lo anterior, la Sala mantendrá la decisión en cuanto se indicó que la AFP no podrá hacer deducción de ningún tipo.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 05 de agosto de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido

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

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada
actuación de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: CAMILO JIMENEZ ARCE

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 003 2019 00864 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 03 2019 00516 01
DEMANDANTE: ANA MARÍA REYES SANCLEMENTE
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de octubre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

La accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP Porvenir S.A., En consecuencia, se condene a la AFP trasladar a Colpensiones los aportes rendimientos y semanas cotizadas para que sea Colpensiones quien defina su solicitud pensional. Ordenar a Colpensiones aceptar el traslado. Se condene a las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 22 de febrero de 1965. Cotizó 387 semanas al Instituto de Seguros Sociales y en toda su vida laboral 1.555 semanas. El 27 de agosto se trasladó al régimen de

ahorro individual con solidaridad, a través de la AFP Porvenir S.A. porque el asesor le ofreció que se pensionaría con un monto mayor.

Adujo que la AFP no lo asesoró de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y en general sobre las implicaciones que el cambio tendría sobre su futuro pensional, atendiendo a sus circunstancias personales. Refirió que el fondo tampoco le informó las oportunidades que tenía para regresar, tampoco le explicó que podía realizar aportes voluntarios.

Indicó que la AFP le realizó proyección pensional según la cual a los 60 años de edad su mesada pensional sería de \$828.116, entre tanto, en Colpensiones la prestación sería de \$2.976.700. El 5 de marzo de 2019 solicitó la corrección de su historia laboral por faltar más de 500 semanas y la inclusión de las mismas en la simulación pensional. Finalmente, indicó que reclamó administrativamente ante Colpensiones pero la entidad negó su petición (f.º 5 a 20).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso al éxito de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó la fecha de nacimiento y edad de la demandante, el número de semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, también aceptó la fecha de traslado y la presentación de la reclamación administrativa. Respecto de los demás, manifestó no constarle. En defensa de sus intereses propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, la improcedencia de la declaratoria de nulidad e ineficacia del traslado de régimen; la inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; inexistencia de la obligación de afiliación, la excepción error de derecho no vicia el consentimiento, la buena fe, la prescripción, la presunción de legalidad de los actos jurídicos y las demás declarables oficiosamente (f.º 141 a 161).

Por su parte, la demandada Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, contestó como ciertos las solicitudes elevadas a la AFP y sus respuestas. Manifestó no ser

ciertos o no constarle los restantes. Para enervar las pretensiones propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, la buena fe, la prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo; el enriquecimiento sin causa y las demás declarables oficiosamente (f.º 95 a 103).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 7 de octubre de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante el 27 de agosto de 2007 del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con solidaridad – AFP Porvenir S.A., Condenó a la AFP a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el caso de haberse efectuado, bono pensional en caso de encontrarse ya redimido, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero, si descuento alguno conforme a las consideraciones. Ordenó a Colpensiones a aceptar el traslado proveniente de Porvenir, a activar la afiliación de la demandante como si nunca se hubiera trasladado de régimen y a actualizar la historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y condenó en costas a la AFP Porvenir S.A (f.º 176 a 178).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Porvenir S.A. no demostró por ningún medio haber brindado la información completa, veráz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que la demandante sopesara su decisión de trasladarse de régimen. Consideró que la sola firma de forma voluntaria del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Interpusieron recurso de apelación.

La AFP Porvenir S.A. imploró la revocatoria de la sentencia al no probarse que el acto jurídico de la afiliación se haya configurado algún vicio del consentimiento. De igual forma, que la voluntad de traslado se materializó con la suscripción del formulario de traslado el cual fue aportado con la contestación de la demanda. Sostuvo que para el año 2007, el deber de información a cargo de las AFP no estaba configurado legalmente en los términos que ahora precisa el juzgado.

Arguyó que al absolver interrogatorio de parte la demandante señaló que recibió información y no realizó preguntas, pues lo que le indicó el asesor le pareció suficiente, con lo cual se demuestra que si fue asesorada. Además, que la motivación que tuvo la actora para trasladarse es el monto de la mesada pensional y el hecho de que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar.

Refirió que no es procedente condenar a la AFP a devolver sumas diferentes a las previstas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, porque ningún otro valor esta destinado a financiar la prestación del afiliado, en consecuencia, se configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones. Argumentó que no es posible regresar tampoco los gastos de administración, pues no es posible obligar a las aseguradoras devolver el seguro previsional al cumplir con el deber contractual y en virtud de las pólizas mantuvo asegurada a la demandante para los riesgos de invalidez y muerte. Sostuvo que los gastos de administración tampoco pertenecen a los afiliados y con ellos no se financia la pensión de vejez.

Finalmente, expuso que los gastos de administración y los dineros destinados para cubrir los seguros previsionales son objeto de prescripción.

Colpensiones por su parte, sostuvo que la sentencia debe ser revocada como quiera que no obra ninguna prueba que permita declarar la

ineficacia del traslado, porque no se demostró que se hubiese vulnerado el principio de la libre elección. También que no es posible la inversión de la carga de la prueba, pues lo que se busca es la verdad real y no la procesal, que además resulta difícil dilucidar como quiera que la demanda presenta serias contradicciones. Sostuvo que si bien existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia, cada caso debe ser analizado de manera particular. Por último, expuso que la devolución de aportes debe ordenarse de manera indexada, pues si bien se ordena la devolución de rendimientos, estas dos figuras jurídicas difieren.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibidem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado

31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la

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

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Se encuentra demostrado con la historia laboral y la copia de cédula de ciudadanía que la promotora del juicio nació el 22 de febrero de 1965, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 29 años de edad y 274 semanas cotizadas a Colpensiones (f.º 21 y 163). Así las cosas, la actora no es beneficiaria del régimen de transición en razón a la edad y el número de semanas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 27 de agosto de 2007, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (f.º 04). El cual se hizo efectivo el 1º de octubre de 2007, según consta en historial de vinculaciones de folio 104 vuelto.

Al absolver interrogatorio de parte la demandante manifestó que cuando trabajaba en la Superintendencia Nacional de Salud, asesoras del Porvenir las citaron a una reunión que duró 15 minutos, en la que le manifestaron que era más conveniente trasladarse de régimen toda vez que su mesada pensional sería superior y que debía tener en cuenta que lo más posible era que el Instituto de Seguros Sociales se acabara. Preciso que se trasladó porque le pareció atractivo pensionarse con una mejor mesada. Confesó que recibe extractos en los cuales verifica los aportes de la empresa.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen por la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido las reglas sentadas por la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019,

SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Se precisa que no es posible eximir a la AFP Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). Por lo anterior, la Sala mantendrá la decisión en cuanto se indicó que la AFP no podrá hacer deducción de ningún tipo.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 7 de octubre de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 03-2019-00516-01
relacion de voto

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: ANA MARÍA REYES SANCLEMENTE

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICADO: 11001 31 05 003 2019 00516 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 03 2019 00396 01
DEMANDANTE: LUIS FERNANDO RODRÍGUEZ ARREDONDO
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A..

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

Conforme al memorial de folio 264, se tiene como apoderado judicial de Colpensiones al Dr. MICHAEL CORTAZAR CAMELO identificado con Cedula de ciudadanía No. 1.032.435.292 y T.P. No. 289.256 del C.S. de la J., según sustitución dada por la Dra. DANNIA VANESSA YUSSELY NAVARRO ROSAS identificada con Cedula de ciudadanía número 52.454.425 y T.P. No. 121.126 del C.S. de la J., quien funge como apoderada general de la demandada, según Escritura Pública No. 3375 de 2 de septiembre de 2019 (f.º 243 a 262).

SENTENCIA

Decide la Sala los recursos de apelación que interpusieron las demandadas AFP Porvenir S.A. y Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones contra la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 29 de septiembre de 2020. Igualmente, se analizará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual a través de la AFP

Colpatria S.A., posterior BBVA Horizonte, hoy Porvenir S.A.. En consecuencia, se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros existentes en cuenta individual como cotizaciones, bonos y rendimientos, y a Colpensiones a recibir la afiliación, los valores trasladados y a contabilizar las semanas para efectos de reconocimiento de pensión. Asimismo se disponga a la AFP a reconocer perjuicios morales ocasionados debido a la omisión de información al momento del traslado. A las demandadas a reconocer los derechos a que haya lugar en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y a pagar las costas del proceso.

Subsidiariamente, solicitó declarar la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 02 de junio de 1952 y el 30 de mayo de 1996 cuando estaba vinculado a Cajanal se trasladó al Régimen de ahorro individual con Solidaridad a través de la AFP Colpatria, que posteriormente se denominó BBVA Horizonte y actualmente es AFP Porvenir S.A..

Adujo que la AFP no lo asesoró de manera transparente, completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto de las características de cada régimen, sus diferencias, ventajas y desventajas y en general sobre las implicaciones que el cambio tendría sobre su futuro pensional, dado las circunstancias personales. Precisó que BBVA Horizonte, y la AFP Porvenir no le informaron sobre las particularidades del régimen. También que el 2 de noviembre de 2018 solicitó a Colpensiones y Porvenir S.A. el traslado de régimen los cuales fueron negados (f.º 3 a 25).

Al dar respuesta a la demanda, Colpensiones se opuso a las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó las fechas de nacimiento del actor y las reclamaciones administrativas. Respecto de los demás, manifestó no constarle. En defensa de sus intereses propuso las

excepciones de prescripción, la inexistencia del derecho y de la obligación; el cobro de lo no debido, la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y las demás declarables oficiosamente (f.º 98 a 104).

Por su parte, la demandada Porvenir S.A. también se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Respecto de los hechos, contestó como ciertos el natalicio del demandante y la reclamación administrativa. Manifestó no ser ciertos los restantes. Para enervar las pretensiones, propuso las excepciones de prescripción, la prescripción de la acción de nulidad; el cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y la buena fe (f.º 140 a 164).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 29 de septiembre de 2020, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante el 30 de mayo de 1996 del régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones al régimen de ahorro individual con Solidaridad – AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., así como el traslado posterior que se realizó de Colpatria a Porvenir S.A. el 21 de diciembre de 1999. Condenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del demandante por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias en el caso de haberse efectuado, bono pensional en el evento de encontrarse ya redimido, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero si descuento alguno conforme a las consideraciones. Declaró no probada la excepción de prescripción. Absolvió a las demandadas de las demás pretensiones y condenó en costas a la AFP Porvenir S.A (f.º 228 a 230).

Como sustento de su decisión, luego de analizar las pruebas obrantes concluyó que la demandada AFP Porvenir S.A. no demostró por ningún medio haber brindado la información completa, veráz, oportuna, objetiva, comparada sobre las características, condiciones, efectos y riesgos de cada régimen pensional para que el demandante sopesara su decisión de trasladarse. Consideró que la sola firma de forma voluntaria

del formulario no era demostrativa del cumplimiento del deber de información que la ley impuso a las AFP desde su creación. Que si bien el demandante se trasladó entre fondos privados, conforme a la jurisprudencia este hecho no convalida la acción inicialmente viciada. De otro lado, consideró que la parte accionante no demostró la causación de los perjuicios morales reclamados.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Interpusieron recurso de apelación.

La AFP Porvenir S.A. suplica la revocatoria de la sentencia al ser el acto de afiliación y traslado completamente válido, pues del interrogatorio de parte absuelto por el demandante se colige que fue voluntario, en el que no medió presión alguna, razón por la cual no son aplicables los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, por tanto no se vulneró su derecho a la libre escogencia de régimen pensional. Preciso que la indicación según la cual el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar, era una situación de público conocimiento y no fue proporcionada de manera exclusiva por la AFP, en todo caso la misma no tiene la entidad de obligarlo de manera inexorable a cambiarse de régimen.

Arguyó que para la época del traslado existía el deber de información pero no en los términos que posteriormente vinieron a establecerse en el Decreto 255 del año 2010 y en la Ley 1748 de 2014, por ello no es viable que vía jurisprudencia se imponga a las AFP demostrar requisitos de forma retroactiva respecto de situaciones ya consolidadas. Adujo que la motivación del demandante para trasladarse al régimen de prima media con prestación definida es el monto de la pensión, causa que no ha sido reconocida por la Corte Constitucional y por la H. Corte Suprema de Justicia como válida para solicitar el cambio.

Indicó que los tanto los gastos de administración y los saldos que cubren los rubros de invalidez y muerte ya fueron descontados de la

cuenta de ahorro individual. Los primeros para cubrir la gestión de la administradora que ha generado rendimientos al demandante, y los segundos, para mantener cubiertos por más de 24 años los respectivos riesgos, por ello, su devolución desconoce el actuar de buena fe de la AFP y además genera un enriquecimiento sin causa. Finalmente, solicitó revocar la condena en costas.

Colpensiones por su parte pide que la sentencia debe ser revocada al no obra ninguna prueba que permita declarar la ineficacia del traslado, pues el demandante confesó al absolver interrogatorio de parte que al momento de la asesoría le pusieron de presente las características del régimen de ahorro individual por lo que tomó la decisión de trasladarse. Sobre el interrogatorio, indicó que debe ser valorado cuidadosamente dado que el deponente advirtió al inicio relatar lo que se acordara, pero fue muy enfático en indicar que no le brindaron información.

Indicó que el actor no se le vulneran derechos fundamentales y el único interés del demandante es que Colpensiones le reconozca una pensión, lo que conlleva la descapitalización del fondo común que no lo ha tenido en cuenta en los cálculos futuros pensionales. Advirtió que los afiliados no solamente son sujetos de derecho sino que tienen a cargo obligaciones, deberes de cuidado y diligencia, los que no se encuentran acreditados en el proceso, por lo que no es procedente premiar su descuido y negligencia trasladándolos al régimen de prima media.

Finalmente, que el Instituto de Seguros Sociales no intervino al momento del traslado, no obstante, ahora se ve perjudicada con la decisión de trasladar a una persona que no ha cotizado al fondo común, por lo que debe ser absuelta de las condenas impuestas.

IV. DEL GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

De conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, al ser la sentencia de primera instancia adversa a Colpensiones entidad de la cual es garante la Nación, es también

procedente abordar su estudio en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

V. CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por el actor.

Para atender la consulta, comienza la Sala por hacer un recuento del marco normativo que dispone todo lo pertinente con la selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la **selección libre y voluntaria** por parte del afiliado; a su turno el artículo 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, al puntualizar que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, para con ello, realizar una nueva en forma libre y espontánea.

A su vez, el Decreto Ley 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Al punto, la H. Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, están obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

De igual forma, frente al tema el artículo 4º Decreto 656 de 1994, dispuso que *“En su calidad de administradoras del Régimen de ahorro individual con Solidaridad, las administradoras son instituciones de carácter provisional y, como tales, se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad. Por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa leve se puedan ocasionar a los afiliados.”*

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

Jurisprudencialmente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL 3464-2019, reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019, la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto. De otra parte, en las decisiones con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, la misma Corporación indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringe *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* la cual no se configuraba con el simple diligenciamiento de un formulario o la adhesión a una cláusula genérica, pues el asunto requiere contar con elementos de juicio suficientes, para entender las consecuencias de la decisión. Además, que **la firma del formulario, a lo sumo, acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado** (Precedente reiterado en STL3202-2020; STL3201-2020; STI.3186-2020 y STL3200-2020).

Ese deber de información, según las reglas jurisprudenciales descritas, de acuerdo con la época en que se efectúa el traslado, incluye la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que conlleva dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales. Además, el análisis calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo. Incluso, a partir de Ley 1748 de 2014 y artículo 3 del Decreto 2071 de 2015, el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Igualmente, señaló el máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción que para el efecto no importa si el afiliado **es o no beneficiario del régimen de transición**, o si tiene o no una expectativa legítima, dado que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019, STL3202-2020, STL3201-2020, STL3186-2020 y STL3200-2020. También la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil, establece que tratándose de asuntos como el que ocupa la atención de la Sala, se invierte la carga de la prueba, y debe entonces la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional.

Finalmente, conviene precisar que la **sostenibilidad del sistema** tampoco se ve afectada, dado que los aportes efectuados por el afiliado durante su vida productiva, en los cuales se edifica el financiamiento de la pensión, según los principios que inspiran el sistema de seguridad social, serán devueltos con sus rendimientos al régimen de prima media con prestación definida.

VI. CASO CONCRETO

Conforme a formularios de afiliación el promotor del juicio nació el 2 de junio de 1952, por lo que para el 1º de abril de 1994 contaba con 41 años de edad (f.º 165 y 166). Ahora no es posible establecer el número de semanas cotizadas al régimen de prima media como quiera que no fue aportada historia laboral ni certificados de tiempos de servicios. Así las cosas, el actor no demostró ser beneficiario del régimen de transición en razón a la edad y por el número de semanas cotizadas.

En cuanto a la calenda en que se efectuó el cambio de régimen de prima media al de ahorro individual, considera esta Colegiatura que ello ocurrió el 21 de mayo de 1996, así se observa en el formulario de afiliación a la AFP Colpatria hoy Porvenir (f.º 165), Asimismo, conforme al reporte emitido por Asofondos es posible verificar que el actor estuvo afiliado a Colpatria desde el 1º de julio de 1996 a 31 de enero de 2000; del 1º de febrero de 2000 en adelante a la AFP Porvenir S.A. (f.º 174).

Al absolver interrogatorio de parte el demandante manifestó que a su lugar de trabajo llegaron dos asesores del fondo, que informaron que el Instituto de Seguros Sociales se iba a acabar y le plantearon como única opción el trasladarlo. Además le indicaron que en el fondo privado se pensionaría más fácil a menor edad y con un mayor monto, por eso firmó el formulario de manera voluntaria, pero sin recibir ninguna información en detalle.

Conforme a las pruebas antes relacionadas, encuentra la Sala que la AFP Porvenir S.A, incumple el deber que le impone el artículo 167 del Código General del Proceso, (aplicable en virtud del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social), pues no demuestra en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, haber brindado a la demandante al momento de la afiliación o con posterioridad, antes del vencimiento de los 10 años que tenía por ley para regresar al sistema de prima media, una información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones,

beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional, que le permitiera conocer los efectos de trasladarse, con atención a su situación personal.

Pues, conforme al escrito de demanda, y el interrogatorio de parte ninguna confesión se colige al tenor de lo dispuesto en el artículo 191 del Código General del Proceso, como quiera que el trasladarse a un régimen por la referencia que los fondos privados eran más estables que el público, no son propios de una información clara, objetiva, cierta, comprensible de las características de un régimen pensional. Paralelamente, la suscripción del formulario de afiliación no resulta suficiente para acreditar el deber de información que le asiste al fondo privado, dado que este a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado (STL3202-2020; STL3201-2020; STL3186-2020 y STL3200-2020).

En consecuencia, resulta evidente que se configuró una violación del deber de información, por lo que deviene en la falta de validez del cambio de régimen pensional, el cual tampoco puede entenderse validado por las cotizaciones efectuadas en el RAIS o el traslado entre administradoras, como reiteradamente lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, la AFP Porvenir S.A. deberá devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a Colpensiones, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, radicado n.º 31989, referente a que es una consecuencia inmediata de la ineficacia del traslado. Se precisa que no es posible eximir a la AFP Porvenir S.A. de remitir a Colpensiones las sumas de dinero descontadas al demandante por concepto de gastos de administración, pues la declaración de ineficacia, obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360-2019). Por lo anterior, la Sala mantendrá la

decisión en cuento se indicó que la AFP no podrá hacer deducción de ningún tipo.

Resulta importante señalar sobre el fenómeno prescriptivo que, si el derecho a la pensión es imprescriptible a la luz de lo dispuesto en el artículo 48 de la Constitución Nacional, igual suerte ocurre con el tema referido al traslado, pues éste es el que determina su reconocimiento dentro del régimen aplicable. Es decir, que la ineficacia del traslado conlleva una controversia de índole pensional estrechamente asociada al derecho fundamental en cuestión, por tanto, su exigibilidad puede darse en cualquier tiempo sin verse afectado por los términos prescriptivos existentes en materia laboral (SL1688-2019).

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

Finalmente, estima la Sala que no hay lugar a absolver a la AFP Porvenir S.A. de pagar costas del proceso toda vez que el artículo 365 del Código General del Proceso dispone que se condenara a la parte vencida o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación o revisión que haya propuesto y en el presente asunto la AFP resultó vencida.

De conformidad con las consideraciones hasta aquí expuestas, surtido el grado jurisdiccional de consulta y atendidos los argumentos de apelación, esta Colegiatura adicionará la decisión analizada en la forma anunciada.

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

VII. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de indicar que Colpensiones bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión del fondo de pensión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en los demás la sentencia analizada

TERCERO: Sin COSTAS en la consulta ni en la apelación ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,


HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado

Ángela Lucía Murillo Varón
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada 003-2019-00396-01
actuación de voto.

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



ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: LUIS FERNANDO RODRIGUEZ ARREDONDO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -
COLPENSIONES- Y OTROS

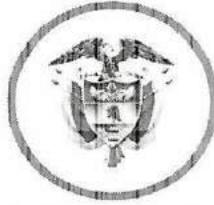
RADICADO: 11001 31 05 003 2019 00396 01

MAGISTRADO PONENTE: HERNAN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Respecto de la decisión emitida en el proceso de la referencia de confirmar la decisión de primera instancia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, se presenta aclaración de voto, en razón a que se está de acuerdo con la sentencia por las decisiones de tutela emitidas por la Corte Suprema de Justicia, Salas de Casación Laboral y Penal, entre otras, las sentencias de tutela STL 11463, STL 11417, STL 11944, STL 11623 de 2020, STL 1987-2021, STP 677-2021 y STP-2166-2021, que han dejado sin efectos sentencias de este tribunal por considerar que se apartan del precedente jurisprudencial emitido por la Sala de Casación Laboral cuando se han aplicado criterios como la inexistencia de vicios del consentimiento, la inexistencia de error de derecho, la falta de competencia de la jurisdicción laboral para declarar ineficacia en sentido estricto con fundamento en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, la valoración de elementos de prueba diferentes al formulario de afiliación teniendo en cuenta el momento histórico del traslado y la vulneración a los principios constitucionales de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

En esos términos se exponen los argumentos de la aclaración de voto.


ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN
Magistrada



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

HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado ponente

REFERENCIA: PROCESO ORDINARIO
RADICACIÓN: 110013105 39 2019 00130 01
DEMANDANTE: VÍCTOR MANUEL BAUTISTA CAMACHO.
DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

Bogotá, D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

Decide la Sala el recurso de apelación que interpuso la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 17 de febrero de 2020.

I. ANTECEDENTES

El accionante promovió demanda laboral para que se declare que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez en 14 mesadas al año, a partir del 1° de abril de 2008, en aplicación del Decreto 758 de 1990, junto con los intereses moratorios y, subsidiariamente a estos, la indexación correspondiente, más los demás derechos a reconocer en virtud de las facultades ultra y extra *petita* y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones, narró que nació el 30 de septiembre de 1938 y al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años, por lo que es beneficiario del régimen de transición. Que el 17 de julio de 2017 solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación de las sentencias SU 130 de 2013 y SU 769 de 2014 por contar con más de

1.017 semanas cotizadas, la cual fue negada mediante Resolución n.º 240751 del 27 de octubre de 2017 al señalar que apenas acreditaba 861 semanas cotizadas.

Manifestó que interpuso recurso de reposición y en subsidio el de apelación, resueltos mediante Actos Administrativos SUB 264065 del 22 de noviembre de 2017 y DIR 21936 del 30 de noviembre de 2017, en los que estableció que el monto total de semanas cotizadas era de apenas 920, sin embargo, no incluyó en el conteo el periodo en que prestó servicios a la ETB a partir del 22 de abril de 1965 al 31 de diciembre de 1966.

Mencionó que el 13 de diciembre de 2017 allegó a Colpensiones certificados en formatos 1, 2 y 3 emitidos por la ETB y, el día 22 del mismo mes y año solicitó revisar las resoluciones anteriores, a efectos que fueran tenidos los tiempos certificados por la ETB. Refirió que al no recibir respuesta por parte de la entidad interpuso acción de tutela que conllevó a que la administradora emitiera la Resolución SUB 232157 del 3 de septiembre de 2018, la que tiene en cuenta únicamente el tiempo de servicios del 22 de abril de 1965 al 1 de enero de 1966 para un total de 949 semanas, sin incluir el servicio prestados a Telenariño y Telesantamarta.

Nuevamente al no estar de acuerdo, interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, a través de los cuales Colpensiones profirió Acto Administrativo SUB 729 del 3 de enero de 2019, en donde se abstuvo de tener en cuenta los periodos de servicios prestados a Telesantamarta. Mencionó que Colpensiones a partir del año 1995, efectuó el conteo de semanas teniendo en cuenta anualidades de 360 días (f.º 3 a 21).

Al dar respuesta a la demanda, la convocada a juicio se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, aceptó los relacionados con el natalicio del accionante, las peticiones presentadas, los actos administrativos emitidos por la entidad y los recursos interpuestos contra los mismos. Respecto de los demás, manifestó no ser ciertos o no constarle su ocurrencia.

En su defensa, propuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, la buena fe de Colpensiones, la presunción de legalidad de los actos administrativos, la no configuración el derecho al pago de intereses moratorios e indemnización moratoria, la carencia de causa para demandar, la prescripción, la compensación, la no procedencia de pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y las demás declarables de oficio (f.º 127 a 134).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., mediante fallo de 17 de febrero de 2020, declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado y cobro de lo no debido. En consecuencia, absolvió a Colpensiones de las pretensiones elevadas en su contra (f.º 148 a 150).

Como sustento de su decisión, señaló que en aplicación del criterio jurisprudencial sentado por la H. Corte Suprema de Justicia no es procedente acumular tiempos de servicios prestados a entidades del sector público y no cotizados al Instituto de Seguros Sociales con periodos de tiempo cotizados a esta entidad, con el fin de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez en aplicación del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990. Concluyó que el actor no reúne el tiempo mínimo requerido para acceder a la pensión de jubilación de conformidad con la Ley 71 de 1988.

III. DEL RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme la parte demandante interpuso recurso de apelación, para ello, argumentó que el accionante acredita 1.017 semanas cotizadas a lo largo de su vida laboral por lo que solicita revisar el conteo realizado por el Juzgado.

Arguyó que el artículo 1º de la Constitución Nacional consagra el estado social de derecho, el respeto a la dignidad humana y la solidaridad, igualmente, el artículo 2º señala como fines del Estado velar porque los derechos se hagan realidad, por tal motivo, solicita dar aplicación a la sentencia SU 769 de 2014, además porque que la Ley 100 de 1993 no prohíbe la acumulación de tiempos públicos y privados.

Para resolver lo pertinente, los Magistrados, previa deliberación, exponen las siguientes:

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala limitará su estudio a los argumentos que fueron materia de apelación.

(i) De la acumulación de tiempos públicos y privados

Frente a la posibilidad de acumular tiempos de servicios cotizados o no a cajas del sector público y semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, implorado por el demandante a efectos del reconocimiento de la prestación de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, es dable afirmar que la reciente jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia permite esta posibilidad.

Sobre el particular, la máxima Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia CSJ SL947-2020 recogió el criterio que negaba la posibilidad de sumar servicios cotizados o no a otras cajas del sector público con las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales, como quiera que así lo permite el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social. Al respecto la citada sentencia puntualizó:

“No obstante, ante un nuevo estudio del asunto, la Corte considera pertinente modificar el anterior precedente jurisprudencial, para establecer que las pensiones de vejez contempladas en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, aplicable por vía del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pueden consolidarse con semanas efectivamente cotizadas al ISS, hoy Colpensiones, y los tiempos laborados a entidades públicas.

Para modificar tal criterio jurisprudencial, debe destacarse que tal como lo ha indicado la jurisprudencia de esta Corporación, el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 tuvo como finalidad esencial proteger las expectativas legítimas de quienes estaban próximos a pensionarse, a fin que estuvieran cobijados por la legislación precedente, en los aspectos definidos por el legislador.

Este tipo de regímenes se prevé en los sistemas de seguridad social a fin de que los cambios legislativos en materia pensional no sean abruptos para los ciudadanos, sino que su aplicación sea progresiva y gradual y no se afecten las expectativas legítimas de quienes se encontraban cerca de consolidar los derechos prestacionales. Es el establecimiento de condiciones de transición lo que garantiza la aplicación ultraactiva de la disposición anterior, se reitera, en algunos aspectos definidos por el propio legislador.

Específicamente, el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993.

De lo anterior se deriva que si la disposición precedente solo opera para las pensiones de transición en los puntos de edad, tiempo y monto, entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1.º del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social.

En efecto, el literal f) del artículo 13 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 establecen que para el reconocimiento de las pensiones se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio que se haya prestado en calidad de servidor público, cualquiera que sea el número de semanas o el tiempo de servicio. En el mismo sentido, se reafirma, el parágrafo 1.º del artículo 33 de dicho precepto

consagra la validez de los tiempos como servidor público para el cómputo de las semanas.

Esta lectura es acorde justamente con las finalidades propias de la Ley 100 de 1993, como ley del Sistema Seguridad Social Integral, pues esta regulación permitió que las personas pudieran acumular semanas aportadas o tiempos servidos al Estado, indistintamente, para efectos de consolidar su pensión de vejez, bajo el presupuesto de que los aportes a seguridad social tengan soporte en el trabajo efectivamente realizado.

Lo anterior permite reconocer que, durante su trayectoria profesional, las personas pueden estar unos tiempos en el sector público o en el sector privado, dado que ello hace parte de las contingencias del mercado laboral y lo relevante es que el Estado permita tener en cuenta lo uno y lo otro para el acceso a prestaciones económicas, pues, en últimas, lo que debe contar es el trabajo humano.

La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna.

En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultraactiva de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens (...).

En esa misma línea pensamiento, se verifica también la sentencia SL1981-2020, que ratifica esa posición jurisprudencial y ahonda en argumentos, para señalar que:

(i) El sistema de seguridad social, inspirado en el principio de universalidad y el trabajo como referente de construcción de la pensión, reconoce validez a todos los tiempos laborados, sin distinciones fundadas en la clase de empleador (público o privado) a la que se prestaron los servicios, la entidad de previsión a la que se realizaron los aportes o si los tiempos efectivamente laborados no fueron cotizados.

(ii) En tal dirección, el literal f) del artículo 13 refiere que para el reconocimiento de las pensiones del sistema se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas al Instituto de Seguros Sociales (hoy Colpensiones) o a cualquier caja, fondo o entidad del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos, cualquiera sea el número de semanas cotizadas o el lapso laborado.

(iii) Los beneficiarios del régimen de transición, son afiliados del sistema general de seguridad social y, por consiguiente, salvo en lo que respecta a la edad, tiempo y monto de la pensión, las directrices, principios y reglas de la Ley 100 de 1993 les aplica en su integridad, lo que incluye la posibilidad de sumar todas las semanas laboradas en el sector público, sin importar si fueron o no cotizadas al ISS, hoy Colpensiones.

(iv) Esta regla de cardinal importancia la resaltó el legislador en el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al habilitar para los beneficiarios del régimen de transición, los tiempos públicos y privados, cotizados o no a entidades de previsión social o al ISS.

(v) Para darle viabilidad a esta posibilidad legal de integrar las semanas laboradas en el sector público sin cotización al ISS, la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios regulan extensamente todo un régimen financiación de las prestaciones a través de cuotas partes y títulos pensionales.

Al amparo de las anteriores reglas jurisprudenciales, es viable acumular los tiempos de servicios públicos que cotizó el promotor del juicio a otras cajas de previsión del sector público con las cotizaciones realizadas al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones a efectos de reconocer la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990.

En este orden de ideas, la Sala procede a verificar si el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por consiguiente, si Colpensiones está obligado a reconocer

y pagar la pensión de vejez en aplicación al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

(ii) De la pensión de vejez

Al respecto, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, dispone que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigor el sistema tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios, será lo establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados

Al punto, se advierte que el demandante al 1º de abril de 1994 - vigencia Ley 100 de 1993 - contaba con 55 años de edad, dado que nació el 30 de septiembre de 1938 (f.º 22). En lo referente a las cotizaciones, de conformidad con el reporte allegado por la demandada en CD de folio 139 y los certificados de información laboral expedidos por el Ministerio de Defensa Nacional, la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., la empresa Nacional de Telecomunicaciones - PAR Telecom, la Empresa de Telecomunicaciones de Santa Marta S.A. E.S.P. y la Empresa de Telecomunicaciones de Nariño (f.º 23 a 50) se evidencia que Víctor Manuel Bautista Camacho para el 1º de abril de 1994 contaba con **976.14** semanas cotizadas. Por tanto, en razón a la edad, el tiempo de servicios y los aportes efectuados es beneficiario de la transición prevista en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Ahora, no puede olvidarse que el parágrafo transitorio 4º del Acto Legislativo 01 de 2005, dispuso claramente que ese régimen **no puede extenderse más allá del 31 de julio de 2010**, con excepción, de aquellos trabajadores que pertenecientes a la transición, además, tuviesen cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigor de dicha enmienda constitucional, a los cuales se les mantendría esa prerrogativa hasta el 31 de diciembre de 2014.

De lo anterior, se concluye que la exigencia de 750 semanas cotizadas a la eficacia del Acto Legislativo 01 de 2005, es aplicable únicamente para aquellos afiliados que cumplen los requisitos exigidos para el reconocimiento de su pensión de vejez con posterioridad al 31 de julio de 2010.

En el presente caso, el accionante cumplió 60 años el 30 de septiembre de 1998, es decir, antes del 31 de julio de 2010 - plazo fijado por la citada reforma constitucional - sin embargo, acreditó 1.000 semanas hasta marzo de 2.008. En ese horizonte, el requisito de cotizaciones exigido en el Acto Legislativo 01 de 2005 debe ser acreditado para mantenerse como beneficiario de la transición, lo cual satisface ampliamente, pues al 29 de julio de 2005 contaba con **976.14** semanas cotizadas, por lo que puede concederle la prestación a la luz de una norma anterior a la Ley 100 de 1993.

Bajo ese panorama, estima la Sala que es procedente reconocerle la pensión de vejez de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, pues el demandante acredita más de 1.000 semanas cotizadas y 62 años de edad.

(iii) Del Disfrute de la pensión

Disponen los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990, que el retiro o desafiliación del sistema es un requisito necesario para el disfrute y pago de la pensión, pero no para la causación o reconocimiento del derecho.

Así, aunque la regla general es que la desvinculación del sistema es un requisito necesario para el inicio del pago de la pensión, existen situaciones especiales que deben ser estudiadas de forma particular para determinar la fecha a partir de la cual se deben cancelar las mesadas pensionales, tal como lo ha adoctrinado la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en SL, 1º sep. 2009, rad. 34514; SL, 20 oct. 2009, rad. 35605; SL, 22 feb. 2011, rad. 39391, SL 5306-2016, reiterada en SL756-2018.

Al amparo de lo expuesto, en el caso bajo estudio, se verifica que el último aporte efectuado por el demandante correspondió al periodo de marzo de 2008 (f.º 36), época para la cual acreditaba 1.000 semanas cotizadas. En consecuencia, el disfrute de la pensión se da para el 1º de abril de 2008.

(iv) De la prescripción

Es oportuno señalar que en el asunto bajo examen operó el fenómeno extintivo de la prescripción, como quiera que el derecho se hizo exigible el 28 de febrero de 2008, data para la cual el demandante acreditaba 60 años de edad y 1.000 semanas cotizadas; además reclamó ante la entidad el reconocimiento de la prestación el 17 de julio de 2017 (f.º 59 a 61), esto es, superado el término trienal previsto en los artículos 488 del Código Sustantivo de Trabajo y el 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, presentándose la demanda el 15 de febrero de 2019. Por tal motivo, se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al **17 de julio de 2014**.

(v) Del retroactivo pensional

Como quiera que el retroactivo pensional continuará causándose, las mesadas deben ser indexadas y la entidad debe aplicar los descuentos correspondientes al sistema de salud, resulta inoficioso establecer un monto de retroactivo pensional, el cual deberá ser determinado por la entidad al momento de ingresar la novedad en la nómina de pensionados, lo cual se indicará en la parte resolutive de esta providencia. Para el efecto, se debe tener como mesada pensional para cada anualidad las relacionadas a continuación:

<i>Fecha inicial</i>	<i>Fecha final</i>	<i>Incremento %</i>	<i>Valor mesada calculada</i>
17/07/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.851.633,00
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.919.403,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.049.347,00

01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.167.184,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.255.821,83
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.327.556,96
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.416.004,12
01/01/21	31/12/21	1,60%	\$ 2.454.660,19

(vi) Del número de mesadas

De conformidad con el párrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005, el actor no tiene derecho a percibir la pensión en 14 mesadas al año, como quiera que el valor de la pensión al 1º de abril 2008 corresponde a \$1.508.649, esto es, una suma superior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes que para dicha anualidad fue establecido en \$461.500.

(vii) Aportes al Sistema de Salud

En virtud de lo consagrado en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993, en armonía con lo dispuesto en el artículo 42 inc. 3º del Decreto 692 de 1994, la demandada se encuentra autorizada a efectuar descuentos de la suma reconocida como retroactivo pensional, por el valor constitutivo de las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud a cargo del demandante, a partir de la fecha del disfrute de la prestación económica, con el fin de que sea trasferido a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado (CSJ SL2376-2018).

(viii) De los intereses moratorios

De otra parte, de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1º de enero de 1994 en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

De acuerdo con lo anterior, se causan intereses moratorios a cargo de la entidad obligada al pago de la pensión cuando ésta se ha tardado en el pago de la mesada, o cuando hay una solución tardía en el reconocimiento de la pensión, para lo cual debe tenerse en cuenta, para este tipo de pensiones, el período de gracia de dos (4) meses que concede el artículo la Ley 700 de 2001 contados contados a partir de la radicación de la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho.

Paralelamente, la jurisprudencia del máximo Órgano de cierre de esta jurisdicción, ha puntualizado que los intereses moratorios no son procedentes cuando el actuar de las administradoras, a efectos de negar las prestaciones que tienen a su cargo, encuentra justificación en la norma con la que se debía resolver el derecho, pues su proceder no se puede calificar de arbitrario o caprichoso (CSJ SL4650- 2017, SL1364-2018, SL508-2020).

En el asunto bajo examen, se debate el derecho al reconocimiento de la pensión fundado en la contabilización de tiempos de servicios no cotizados directamente a Colpensiones, por lo que los intereses moratorios resultan improcedentes, dado que el derecho se concede por la aplicación del nuevo criterio jurisprudencial esbozado anteriormente, máxime cuando la actuación de la entidad demandada estaba amparada en una preceptiva de orden legal vigente para el momento en que se cumplió la reclamación por el interesado, esto es, el reconocimiento pensional a la luz de las previsiones del Decreto 758 de 1990 (CSJ SL947-2020).

(ix) De la indexación

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

De conformidad con las anteriores consideraciones la Sala revoca la decisión absolutoria de primera instancia, para en su lugar, condenar a la demandada a reconocer la pensión al demandante en los términos anunciados.

No se causan costas en la apelación. Las de primera instancia están a cargo de la demandada.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 17 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, condenar a Colpensiones a reconocer la pensión del demandante Víctor Manuel Bautista Camacho en aplicación al Decreto 758 de 1990, a partir del 1º de abril de 2008, en 13 mesadas pensionales por año.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Colpensiones a cancelar al demandante el retroactivo pensional correspondiente a las mesadas pensionales causadas mes a mes desde el 17 de julio de 2014 y hasta que se verifique la inclusión de la novedad en nómina de pensionados. Para el efecto, se tendrá como mesada para el año 2014 \$1.851.633; el año 2015 \$1.919.403; el año 2016 la suma de \$2.049.347; el año 2017 \$2.167.184; el año 2018 la suma de \$2.255.82; el año 2019 \$2.327.556; el año 2020 la suma de \$2.416.004 y para el 2021 la mesada pensional asciende a \$2.454.660. Asimismo, se dispone la indexación del retroactivo pensional desde el momento en que se hizo exigible hasta cuando se verifique el pago de la obligación.

TERCERO: AUTORIZAR a la demandada a descontar del retroactivo pensional el porcentaje a cargo del pensionado con destino al sistema de seguridad social en salud, la que deberá ser transferida a la EPS a la que se encuentre afiliado el demandante.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de los derechos causados con anterioridad al 17 de julio de 2014.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones elevadas en su contra.

SEXTO: No se causan costas en la apelación. Las de primera instancia están a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Intervinieron los Magistrados,



HERNÁN MAURICIO OLIVEROS MOTTA

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN

Magistrada



TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL -
 MAGISTRADO: DR. HERNAN MAURICIO OLIVEROS
 RADICADO: 110013105039201913001
 DEMANDANTE :
 DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	1a. INSTANCIA	2a. INSTANCIA	CASACIÓN
-----------------	---------------	---------------	----------

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta los aportes realizados durante los últimos diez años actualizado a 2008, aplicando el 75% para obtener el valor de la primera mesada.

Tabla Semanas cotizadas toda la Vida						
	Fecha Inicio	Fecha Final	No. Días (Días 365)	No. Semanas	Sector publico	Sector Privado
			0	0,00		
Mindefensa nacional	10/01/1958	31/10/1958	295	42,14	42,14	
ETB	29/04/1965	31/12/1966	612	87,43	87,43	
Emp telecomunicaciones Santafe	01/01/1967	22/04/1971	1573	224,71		224,71
Emp. Nat. De Telecomunicaciones	10/01/1972	17/06/1975	1255	179,29	179,29	
Emp. Nat. De Telecomunicaciones NO REMUNERADO	18/06/1975	30/06/1975	-13	-1,86	-1,86	
Emp. Nat. De Telecomunicaciones	01/07/1975	29/09/1978	1187	169,57	169,57	
Emp. Nat. De Telecomunicaciones	30/09/1978	09/01/1980	467	66,71	66,71	
Emp. Nat. De telecomunicaciones-TELENARIÑOSA ESP - SIMULTANEAS	10/01/1980	14/01/1980	5	0,71	0,71	
	15/01/1980	19/08/1980	218	31,14	31,14	
Emp. De Icores de Ca.	27/10/1987	04/10/1989	709	101,29		101,29
Emp. De Icores de Ca.-PROYCO LTDA	05/10/1989	31/01/1990	119	17,00		17,00
Emp. De Icores de Ca.	01/02/1990	28/02/1990	28	4,00		4,00
PROYCO	15/06/1990	30/06/1990	16	2,29		2,29
PROYCO TELESANTAMARTA	01/07/1990	25/07/1990	25	3,57		3,57
TELESANTAMARTA	26/07/1990	30/12/1990	158	22,57		22,57
TELESANTAMARTA	02/01/1991	02/03/1991	60	8,57		8,57
TELESANTAMARTA	04/03/1991	30/06/1991	119	17,00		17,00
20 años antes del cumplimiento de la edad	Subtotal desde 30-9-1978 a 30-9-1998		1924	274,85	98,56	176,44
	Subtotal desde 10-01-1958 a 01-04-1994 y 29-07-2005		6833	976,14	575,13	401
	Fecha Inicio	Fecha Final	No. Días (Días 360)	No. Semanas		
			0	0,00		
BAUTISTA CAMACHO	05/09/2007	30/09/2007	25	3,57		3,57
	01/10/2007	31/03/2008	180	25,71		25,71
Total semanas X sector			0	0,00	575,13	430,28
	Total Toda la Vida		7.038,00	1.005,41	1005,41	

SEMANAS SIMULTANEAS ESTAN SOMBREADAS 21,28

Promedio Salarial Anual							
Año 1974							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
24/09/74	30/09/74	7	8.145,00	271,50	\$ 1.900,50		
01/10/74	31/10/74	31	8.145,00	271,50	\$ 8.416,50		
01/11/74	30/11/74	30	8.145,00	271,50	\$ 8.145,00		
01/12/74	31/12/74	31	8.145,00	271,50	\$ 8.416,50		
Total días		99			\$ 26.878,50	\$ 271,50	\$ 8.145,00
Año 1975							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/75	31/01/75	31	8.470,00	282,33	\$ 8.752,33		
01/02/75	28/02/75	28	8.796,00	293,20	\$ 8.209,60		
01/03/75	31/03/75	31	8.796,00	293,20	\$ 9.089,20		
01/04/75	30/04/75	30	9.900,00	330,00	\$ 9.900,00		
01/05/75	31/05/75	31	9.900,00	330,00	\$ 10.230,00		
01/06/75	30/06/75	30	9.900,00	330,00	\$ 9.900,00		
01/07/75	31/07/75	31	9.900,00	330,00	\$ 10.230,00		
01/08/75	31/08/75	31	9.900,00	330,00	\$ 10.230,00		



Rama Judicial del Poder Público
 Consejo Superior de la Judicatura
 Tribunal Superior de Bogotá
 Sala Laboral
 Bogotá – Cundinamarca

01/09/75	30/09/75	30	9.900,00	330,00	\$ 9.900,00		
01/10/75	31/10/75	31	9.900,00	330,00	\$ 10.230,00		
01/11/75	30/11/75	30	9.900,00	330,00	\$ 9.900,00		
01/12/75	31/12/75	31	9.900,00	330,00	\$ 10.230,00		
Total días		365			\$ 116.801,13	\$ 320,00	\$ 9.600,09
Año 1976							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/76	31/01/76	31	10.280,00	342,67	\$ 10.622,67		
01/02/76	29/02/76	29	10.660,00	355,33	\$ 10.304,67		
01/03/76	31/03/76	31	10.660,00	355,33	\$ 11.015,33		
01/04/76	30/04/76	30	12.046,00	401,53	\$ 12.046,00		
01/05/76	31/05/76	31	12.046,00	401,53	\$ 12.447,53		
01/06/76	30/06/76	30	12.046,00	401,53	\$ 12.046,00		
01/07/76	31/07/76	31	12.046,00	401,53	\$ 12.447,53		
01/08/76	31/08/76	31	12.046,00	401,53	\$ 12.447,53		
01/09/76	30/09/76	30	12.046,00	401,53	\$ 12.046,00		
01/10/76	31/10/76	31	12.046,00	401,53	\$ 12.447,53		
01/11/76	30/11/76	30	12.046,00	401,53	\$ 12.046,00		
01/12/76	31/12/76	31	12.046,00	401,53	\$ 12.447,53		
Total días		366			\$ 142.364,33	\$ 388,97	\$ 11.669,21
Año 1977							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/77	31/01/77	31	12.509,00	416,97	\$ 12.925,97		
01/02/77	28/02/77	28	12.972,00	432,40	\$ 12.107,20		
01/03/77	31/03/77	31	12.972,00	432,40	\$ 13.404,40		
01/04/77	30/04/77	30	14.589,00	486,30	\$ 14.589,00		
01/05/77	31/05/77	31	14.589,00	486,30	\$ 15.075,30		
01/06/77	30/06/77	30	14.589,00	486,30	\$ 14.589,00		
01/07/77	31/07/77	31	14.589,00	486,30	\$ 15.075,30		
01/08/77	31/08/77	31	14.589,00	486,30	\$ 15.075,30		
01/09/77	30/09/77	30	14.589,00	486,30	\$ 14.589,00		
01/10/77	31/10/77	31	14.589,00	486,30	\$ 15.075,30		
01/11/77	30/11/77	30	14.589,00	486,30	\$ 14.589,00		
01/12/77	31/12/77	31	14.589,00	486,30	\$ 15.075,30		
Total días		365			\$ 172.170,07	\$ 471,70	\$ 14.150,96
Año 1978							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/78	31/01/78	31	15.135,00	504,50	\$ 15.639,50		
01/02/78	28/02/78	28	15.682,00	522,73	\$ 14.636,53		
01/03/78	31/03/78	31	15.682,00	522,73	\$ 16.204,73		
01/04/78	30/04/78	30	18.321,00	610,70	\$ 18.321,00		
01/05/78	31/05/78	31	18.321,00	610,70	\$ 18.931,70		
01/06/78	30/06/78	30	19.619,00	653,97	\$ 19.619,00		
01/07/78	31/07/78	31	20.917,00	697,23	\$ 21.614,23		
01/08/78	31/08/78	31	20.917,00	697,23	\$ 21.614,23		
01/09/78	30/09/78	30	20.917,00	697,23	\$ 20.917,00		
01/10/78	31/10/78	31	20.917,00	697,23	\$ 21.614,23		
01/11/78	30/11/78	30	20.917,00	697,23	\$ 20.917,00		
01/12/78	31/12/78	31	20.917,00	697,23	\$ 21.614,23		
Total días		365			\$ 231.643,40	\$ 634,64	\$ 19.039,18
Año 1979							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/79	31/01/79	31	21.688,00	722,93	\$ 22.410,93		
01/02/79	28/02/79	28	22.460,00	748,67	\$ 20.962,67		
01/03/79	31/03/79	31	22.460,00	748,67	\$ 23.208,67		
01/04/79	30/04/79	30	27.266,00	908,87	\$ 27.266,00		
01/05/79	31/05/79	31	27.266,00	908,87	\$ 28.174,87		
01/06/79	30/06/79	30	27.266,00	908,87	\$ 27.266,00		
01/07/79	31/07/79	31	27.266,00	908,87	\$ 28.174,87		
01/08/79	31/08/79	31	27.266,00	908,87	\$ 28.174,87		
01/09/79	30/09/79	30	27.266,00	908,87	\$ 27.266,00		
01/10/79	31/10/79	31	27.266,00	908,87	\$ 28.174,87		
01/11/79	30/11/79	30	27.266,00	908,87	\$ 27.266,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

01/12/79	31/12/79	31	27.266,00	908,87	\$ 28.174,87		
Total días		365			\$ 316.520,60	\$ 867,18	\$ 26.015,39
Año 1980							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/80	31/01/80	14	12.724,00	424,13	\$ 5.937,87		
15/01/80	31/01/80	16	4.500,00	150,00	\$ 2.400,00		
01/02/80	29/02/80	29	4.500,00	150,00	\$ 4.350,00		
01/03/80	31/03/80	31	4.500,00	150,00	\$ 4.650,00		
01/04/80	30/04/80	30	4.500,00	150,00	\$ 4.500,00		
01/05/80	31/05/80	31	4.500,00	150,00	\$ 4.650,00		
01/06/80	30/06/80	30	4.500,00	150,00	\$ 4.500,00		
01/07/80	31/07/80	31	4.500,00	150,00	\$ 4.650,00		
01/08/80	19/08/80	19	4.500,00	150,00	\$ 2.850,00		
Total días		231			\$ 38.487,87	\$ 166,61	\$ 4.998,42
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
27/10/87	31/10/87	5	30.150,00	1.005,00	\$ 5.025,00		
01/11/87	30/11/87	30	30.150,00	1.005,00	\$ 30.150,00		
01/12/87	31/12/87	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
Total días		66			\$ 66.330,00	\$ 1.005,00	\$ 30.150,00
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/88	31/01/88	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/02/88	29/02/88	29	30.150,00	1.005,00	\$ 29.145,00		
01/03/88	31/03/88	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/04/88	30/04/88	30	30.150,00	1.005,00	\$ 30.150,00		
01/05/88	31/05/88	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/06/88	30/06/88	30	30.150,00	1.005,00	\$ 30.150,00		
01/07/88	31/07/88	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/08/88	31/08/88	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/09/88	30/09/88	30	30.150,00	1.005,00	\$ 30.150,00		
01/10/88	31/10/88	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
01/11/88	30/11/88	30	30.150,00	1.005,00	\$ 30.150,00		
01/12/88	31/12/88	31	30.150,00	1.005,00	\$ 31.155,00		
Total días		366			\$ 367.830,00	\$ 1.005,00	\$ 30.150,00
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/89	31/01/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/02/89	28/02/89	28	39.310,00	1.310,33	\$ 36.689,33		
01/03/89	31/03/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/04/89	30/04/89	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/05/89	31/05/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/06/89	30/06/89	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/07/89	31/07/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/08/89	31/08/89	31	39.310,00	1.310,33	\$ 40.620,33		
01/09/89	30/09/89	30	39.310,00	1.310,33	\$ 39.310,00		
01/10/89	31/10/89	31	169.544,00	5.651,47	\$ 175.195,47		
01/11/89	30/11/89	30	189.580,00	6.319,33	\$ 189.580,00		
01/12/89	31/12/89	31	189.580,00	6.319,33	\$ 195.899,33		
Total días		365			\$ 918.395,80	\$ 2.516,15	\$ 75.484,59
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/90	31/01/90	31	197.640,00	6.588,00	\$ 204.228,00		
01/02/90	28/02/90	28	47.370,00	1.579,00	\$ 44.212,00		
15/06/90	30/06/90	16	197.910,00	6.597,00	\$ 105.552,00		
01/07/90	31/07/90	31	384.925,00	12.830,83	\$ 397.755,83		
01/08/90	31/08/90	31	220.000,00	7.333,33	\$ 227.333,33		
01/09/90	30/09/90	30	220.000,00	7.333,33	\$ 220.000,00		
01/10/90	31/10/90	31	220.000,00	7.333,33	\$ 227.333,33		
01/11/90	30/11/90	30	220.000,00	7.333,33	\$ 220.000,00		
01/12/90	30/12/90	30	220.000,00	7.333,33	\$ 220.000,00		



Rama Judicial del Poder Público
Consejo Superior de la Judicatura
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral
Bogotá – Cundinamarca

Total días		258			\$ 1.866.414,50	\$ 7.234,16	\$ 217.024,94
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
02/01/91	31/01/91	30	333.500,00	11.116,67	\$ 333.500,00		
01/02/91	28/02/91	28	345.000,00	11.500,00	\$ 322.000,00		
01/03/91	31/03/91	30	345.000,00	11.500,00	\$ 345.000,00		
01/04/91	30/04/91	30	345.000,00	11.500,00	\$ 345.000,00		
01/05/91	31/05/91	31	345.000,00	11.500,00	\$ 356.500,00		
01/06/91	30/06/91	30	345.000,00	11.500,00	\$ 345.000,00		
Total días		179			\$ 2.047.000,00	\$ 11.435,75	\$ 343.072,63
Año 2007							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/09/07	30/09/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/10/07	31/10/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/11/07	30/11/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/12/07	31/12/07	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
Total días		120			\$ 4.000.000,00	\$ 33.333,33	\$ 1.000.000,00
Año 2008							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	31/01/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/02/08	29/02/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
01/03/08	31/03/08	30	1.000.000,00	33.333,33	\$ 1.000.000,00		
Total días		90			\$ 3.000.000,00	\$ 33.333,33	\$ 1.000.000,00

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1974	99	0,279	92,87	333,075	\$ 8.145,00	\$ 2.712.895,16	\$ 8.952.554,03
1975	365	0,352	92,87	263,613	\$ 9.600,09	\$ 2.530.704,87	\$ 30.790.242,60
1976	366	0,415	92,87	223,833	\$ 11.669,21	\$ 2.611.958,26	\$ 31.865.890,77
1977	365	0,522	92,87	177,980	\$ 14.150,96	\$ 2.518.593,45	\$ 30.642.886,95
1978	365	0,672	92,87	138,278	\$ 19.039,18	\$ 2.632.706,15	\$ 32.031.258,16
1979	365	0,795	92,87	116,766	\$ 26.015,39	\$ 3.037.720,44	\$ 36.958.932,07
1980	231	1,024	92,87	90,657	\$ 4.998,42	\$ 453.142,95	\$ 3.489.200,68
1987	66	4,132	92,87	22,477	\$ 30.150,00	\$ 677.685,07	\$ 1.490.907,15
1988	366	5,124	92,87	18,124	\$ 30.150,00	\$ 546.424,78	\$ 6.666.382,34
1989	365	6,566	92,87	14,145	\$ 75.484,59	\$ 1.067.749,78	\$ 12.990.955,62
1990	258	8,281	92,87	11,215	\$ 217.024,94	\$ 2.434.035,21	\$ 20.932.702,77
1991	179	10,961	92,87	8,473	\$ 343.072,63	\$ 2.906.840,68	\$ 17.344.149,39
2007	120	87,869	92,87	1,057	\$ 1.000.000,00	\$ 1.056.940,63	\$ 4.227.762,51
2008	90	92,872	92,87	1,000	\$ 1.000.000,00	\$ 1.000.000,00	\$ 3.000.000,00
Total días	3600					Total devengado actualizado a: 2008	\$ 241.383.825,03
Total semanas	514,29					Ingreso Base Liquidación	\$ 2.011.531,88
Total Años	10,00					Porcentaje aplicado	75%
						Primera mesada	\$ 1.508.648,91
						Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2008	\$ 461.500,00

Tabla Mesada Pensional					
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada	Nº. Mesadas	Subtotal
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 1.508.649,00	0,00	\$ 0,00
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 1.624.362,00	0,00	\$ 0,00
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 1.656.849,00	0,00	\$ 0,00
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 1.709.371,00	0,00	\$ 0,00
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 1.773.131,00	0,00	\$ 0,00
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 1.816.395,00	0,00	\$ 0,00
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 1.851.633,00	0,00	\$ 0,00
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 1.919.403,00	0,00	\$ 0,00
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 2.049.347,00	0,00	\$ 0,00
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 2.167.184,00	0,00	\$ 0,00
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 2.255.821,83	0,00	\$ 0,00
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 2.327.556,96	0,00	\$ 0,00
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 2.416.004,12	0,00	\$ 0,00

