



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por OLGA GRACIELA MEJIA DE CASTILLO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- Y OTRO. Rad. 110013105-005-2019-00229-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de julio de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **OLGA GRACIELA MEJIA DE CASTILLO** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual-RAIS, a través de la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, se ordene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todas las sumas que obran en su cuenta de ahorro individual, sin ningún descuento, con todos sus frutos e intereses. Igualmente, se condene a PORVENIR S.A. a pagar la diferencia que se presente entre los aportes pensionales que se hayan efectuado al RAIS y los que se debieron cancelar en COLPENSIONES. Finalmente, se condene a las demandadas a lo Ultra y Extra Petita, más las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 24 de mayo de 1955 e inició sus cotizaciones en pensiones el 01 de enero de 1972, mediante el Instituto de Seguros Sociales-ISS. Expresó que el 23 de febrero del año 2000 suscribió formulario de afiliación al RAIS, a través de la AFP PORVENIR, mismo que omitió brindarle la información suficiente y concreta sobre su mesada pensional, guardando silencio sobre el hecho de que el valor de su mesada sería inferior a la que recibiría en COLPENSIONES. Señaló que el 07 de junio de 2017 elevó la solicitud de traslado ante COLPENSIONES y en el mismo sentido, presentó petición ante PORVENIR S.A. el día 19 de enero de 2019. Añadió que ya cumplió 55 años de edad y cotizó más de 1.300 semanas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2019 00229 00, págs. 3 a 15).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que el demandante efectuó el traslado al RAIS de manera libre y voluntaria, razón por la cual el contrato de afiliación es plenamente valido y no se encuentra inmerso en causal alguna que conlleve a su nulidad o ineficacia. Manifestó que la parte actora debe demostrar la existencia de un engaño por parte de la AFP. Aclaró que no tuvo injerencia en el traslado de régimen de la demandante, por lo que dicho traslado afecta sus intereses y la descapitalización del sistema. Formuló como excepciones de mérito las de «Validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual», «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «Falta de causa para pedir», «inexistencia de causal de nulidad», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «saneamiento de la nulidad alegada», «Buena fe», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria», «compensación» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2019 00229 00, págs. 76 a 95).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que brindó la asesoría a la demandante con la información sobre las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS de acuerdo con la normatividad vigente al momento del traslado, motivo por el que la accionante decidió de manera libre, voluntaria e informada cambiarse de régimen. Resaltó que la obligación de asesoría e información nació hasta el Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley

1748 de 2015, por lo que no es dable exigir el cumplimiento de obligaciones inexistentes al momento del traslado. Arguyó que las condiciones, ventajas, desventajas y características del RAIS están en la Ley 100 de 1993, es decir, que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada y todo lo que considerara necesario. Aclaró que el otorgó la información necesaria de manera suficiente para que la demandante tomara una decisión libre, voluntaria e informada. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «Buena fe» (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2019 00229 00, págs. 130 a 158).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 23 de julio de 2021 declaró la nulidad del traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS, mediante la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, ordenó a OLD MUTUAL trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos financieros, frutos e intereses de la actora. Igualmente, ordenó a COLPENSIONES a recibir los valores que le sean trasladados y actualizar la historia laboral de la demandante. Condenó en costas a PORVENIR S.A.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, indicó que conforme con la jurisprudencia, los defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia del error, fuerza o dolo impactan negativamente la libertad individual, puesto que impiden que el consentimiento sea auténtico y espontáneo, atentando contra la autonomía privada, por cuanto somete al sujeto a una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad. Explicó que no se acoge a la teoría de la ineficacia sino a la de la nulidad del traslado, por lo que precisó que se trata de una nulidad saneable, siempre que se demuestre que la demandante salió de ese error al que fue inducida. Sostuvo que de conformidad con los criterios jurisprudenciales, la acción con la que se pretende la nulidad o la ineficacia no está sujeta a los términos prescriptivos, por su estrecha relación al derecho fundamental e irrenunciable a la Seguridad Social. De igual manera, refirió que la carga de la prueba la ostentan las administradoras de fondos de pensiones, siendo la AFP PORVENIR, quien debía haber suministrado una información cualificada, amplia, oportuna y suficiente, empero no acreditó el cumplimiento de su deber.

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada judicial de **COLPENSIONES** apeló la decisión, argumentando que la demandante esta válidamente afiliada al RAIS, toda vez que no existen vicios en el consentimiento, pues aquella suscribió el formulario de afiliación. Afirmó que no procede el retorno de la demandante al RPMPD, por cuanto, está inmersa en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003. Aseveró que la entidad no tuvo injerencia en la decisión de traslado de la demandante, por lo que los efectos sólo deben afectar a las partes. Indicó que la parte actora fue quien debió probar la falta de información o la existencia de un vicio en el consentimiento. Recordó que las características de los regímenes pensionales están establecidas en la Ley 100 de 1993, la cual pudo ser consultada por la accionante antes de trasladarse de régimen y en cualquier momento, pero no lo hizo, evidenciando una conducta negligente de su parte. Manifestó que el error de derecho no vicia el consentimiento, lo que se acompasa con el principio de que la ignorancia de la ley no es excusa. Afirmó que financieramente no es sostenible para COLPENSIONES asumir la pensión de la demandante, con los ahorros de otras personas que están cotizando en la administradora, pues ello contraría el artículo 48 de la Constitución Política.

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, argumentando que se viola el principio de legalidad con este tipo de fallos, toda vez que se exige el cumplimiento de requisitos que surgieron con posterioridad al traslado de régimen, tal como el que debió haber guardado el soporte documental de la afiliación, cuando era la demandante la obligada a informarse, máxime cuando se trata de algo que se encuentra en la ley. Aseguró que no se realizó un análisis debido de las pruebas documentales, incluyendo las comunicaciones que remitió la AFP a la demandante desde el 2011. Aseveró que no se hizo mención a la lesión injustificada en el derecho pensional de la afiliada, requisito necesario para conceder la ineficacia del traslado, de acuerdo con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ. Afirmó que la demandante quiere retornar al RPMPD para obtener una mesada pensional más alta, desconociendo que deberá laborar por lo menos 3 años más para obtenerla, mientras que en el RAIS ya se han adelantado trámites para conseguir el reconocimiento del derecho, circunstancia que cuestiona si en realidad la demandante no conoce el RAIS.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR presentaron

alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados en los recursos de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: "Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez", y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad

En la página 62 del archivo «001. 11001 31 05 005 2019 00229 00», obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 24 de mayo de 1955, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2012, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y PORVENIR, el 07 de junio de 2017 y el 29 de enero de 2019, respectivamente (págs. 39 y 59), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 111.57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: GRP-SCH-HL-66554443332211_1549-20190716085824), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 23 de febrero de 2000, según información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2019 00229 00, Pág. 61).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la

de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (23 de febrero de 2000), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la

devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».*

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **modificará** la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
 Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
 Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
 Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado JULIO ROBERTO VACA MAYOR contra AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., AFP SKANDIA y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Rad 110013105-005-2020-00292-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por las accionadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de octubre de 2021. Así mismo el Grado Jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **JULIO ROBERTO VACA MAYOR** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad que se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual -RAIS administrado por PORVENIR S.A. realizado en septiembre de 1997 y como consecuencia de la ineficacia del traslado al RAIS, se declaren ineficaces los traslados horizontales efectuados con posterioridad a las AFP COLFONDOS S.A. realizado en marzo de 2001 y SKANDIA S.A. en junio de 2007. Como consecuencia de lo anterior se declare al actor como afiliado del RPMPD administrado por COLPENSIONES y se declare que la única afiliación válida fue la efectuada al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES desde noviembre de 1991. Deprecó que se condene a PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación del actor con cada una de las AFP, tales como cotizaciones,

bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, comisión de administración, rendimientos financieros y demás aportes del demandante depositados en su cuenta de ahorro individual con solidaridad, así como a la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados cobrados al actor y debitados de su cuenta de Ahorro Individual con Solidaridad. Solicitó la devolución con cargo a sus propios recursos de los gastos de administración debidamente indexados cobrados al actor y debitados de su cuenta de ahorro individual con solidaridad durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación con cada una de las AFP, así como el reconocimiento y pago de la indexación de estas sumas, así como también a que se asuman con sus propios recursos la disminución del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez durante el tiempo en que estuvo vigente la afiliación al actor cuando se trasladó del RAIS. Finalmente solicitó que se condene a COLPENSIONES a recibir de la AFP PORVENIR S.A, de COLFONDOS S.A. y de SKANDIA S.A., tales devoluciones. Se condene a todas las demandadas al pago de costas procesales y agencias en derecho y se falle extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 19 de diciembre de 1962. A la fecha de presentación de la demanda contaba con 57 años. Se afilió al Sistema General de Pensiones desde el 13 de noviembre de 1991. Entre noviembre de 1991 a julio de 1993 trabajó para entidades del estado por lo que generó bono pensional a cargo de la nación. A partir de julio de 1993 inició cotizaciones al ISS, hoy COLPENSIONES. En septiembre de 1997 cuando trabajaba para CORREVAL S.A. asesores de PORVENIR S.A. contactaron al actor a fin de ofrecerle el traslado hacia el RAIS. Fue visitado en su puesto de trabajo por parte de los asesores de PORVENIR S.A., los asesores omitieron explicar al demandante las condiciones del régimen de ahorro individual, limitándose a diligenciar el formulario de solicitud de vinculación, no brindaron información idónea y oportuna al demandante acerca de las ventajas y desventajas que acarrearía el traslado de régimen. Como argumento para lograr el traslado de régimen pensional le indicaron que tendría mejores beneficios en el RAIS, entre ellos, pensionarse a la edad que eligiera, sin embargo, jamás le explicaron que para ello debía tener un capital suficiente que le permitiera tal beneficio, tampoco le explicaron cuál debía ser su IBC para obtener una pensión anticipada. Aunado a ello le dijeron que el Instituto de Seguros Sociales desaparecería y por tanto sus derechos pensionales no tendrían cobertura. PORVENIR S.A., no suministró información adecuada, suficiente, clara, comprensible y cierta sobre las consecuencias del traslado de régimen que le permitiera al actor tomar una decisión consciente conociendo las ventajas y desventajas que le acarrearía el traslado. No se le explicó cómo se liquidaba

el monto de la pensión en el RPMPD administrado en su momento por el ISS y como se liquidaba la pensión en el régimen de ahorro individual. PORVENIR S.A. no explicó que, si se trasladaba al RAIS, el monto de su pensión podría variar por los posibles beneficiarios de la misma, así mismo tampoco se le explicó que si se trasladaba de régimen el monto de su pensión podría ser inferior al monto de la pensión reconocido por el ISS, hoy COLPENSIONES. De acuerdo a la información deficiente suministrada por el asesor de PORVENIR S.A., fue trasladado para el mes de septiembre de 1997 del RPMPD al RAIS administrado por PORVENIR S.A., como quiera que el traslado al demandante se produjo con engaños, el consentimiento del mismo se encuentra viciado pues el mismo no fue libre ni voluntario, la AFP no cumplió con su obligación de deber de información y buen consejo al momento de efectuarse el traslado de régimen ni durante todo el tiempo en que estuvo vinculado, así como tampoco puso en conocimiento la consecuencia desfavorable que incluía el traslado de régimen pensional. Durante la afiliación a PORVENIR S.A., ésta no le realizó una asesoría para proyectar la pensión que recibiría en el RAIS y la que recibiría en el RPMPD. La afiliación en PORVENIR S.A., se mantuvo hasta marzo de 2001. Los asesores de COLFONDOS S.A., contactaron al actor a fin de ofrecerle el traslado de AFP, este traslado se produjo a partir del 01 de junio de 2001, bajo los mismos supuestos de hecho anteriormente mencionados, afiliación que se mantuvo hasta junio de 2007. Y asimismo le ocurrió con los asesores de SKANDIA S.A. a partir del 01 de septiembre de 2007. Que el 06 de diciembre de 2019, solicitó ante COLPENSIONES la ineficacia del traslado de régimen pensional. Dicha entidad mediante oficio de fecha del 09 de diciembre de 2019, dio respuesta a la solicitud negando la ineficacia del traslado y la posibilidad de retornar al RPMPD. El 06 de diciembre de 2019 el actor solicitó ante PORVENIR S.A. la ineficacia del traslado al RAIS y la entrega de la constancia de asesorías respecto del comparativo de expectativas de régimen pensional. Con fecha 30 de diciembre de 2019 PORVENIR S.A., mediante oficio dio respuesta a la solicitud negando la ineficacia del traslado, asimismo PORVENIR S.A., adjuntó copia del formulario de afiliación y no aportó los formularios de asesoramiento respecto de comparativo y expectativas pensionales en los dos regímenes pensionales. Se limitó a informar que el fondo de pensiones ha realizado capacitaciones a sus asesores, pero nada refirió a la capacitación o asesoría a favor del actor respecto de las ventajas o desventajas en ambos regímenes pensionales. El 06 de diciembre de 2019, el demandante solicitó ante COLFONDOS S.A., la ineficacia del traslado al RAIS y la entrega de la constancia de asesorías respecto del comparativo de expectativas de régimen pensional. A la fecha, COLFONDOS S.A. no ha respondido esta solicitud. El 06 de diciembre de 2019, el actor solicitó ante SKANDIA S.A., la ineficacia del traslado al RAIS. Con fecha de 17 de diciembre de 2019, SKANDIA S.A., mediante oficio dio

respuesta a la solicitud negando la ineficacia del traslado. Anotó que el 13 de agosto de 2019, SKANDIA S.A. le indicó que a sus 57 años, es decir para el 19 de diciembre de 2024 alcanzaría a obtener una mesada pensional en el RAIS equivalente a \$3.324.000 sin aportes voluntarios o \$6.568.000 con aportes voluntarios. Igualmente, SKANDIA S.A. le indicó al actor que, a sus 62 años, es decir, para el 19 de diciembre de 2024 alcanzaría a obtener una mesada pensional en el RAIS equivalente a \$4.898.000 sin aportes voluntarios o \$8.936.000 con aportes voluntarios y por último SKANDIA S.A. le indicó que tendría una pensión de vejez cumplidos los 62 en el RPM, proyectada sobre el IBL actual (2009-2019 o toda la vida laboral) y 1.451 semanas cotizadas, equivalente a \$5.493.000. Que su expectativa pensional en el RAIS es inferior a la expectativa pensional del RPMPD (Expediente digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00292 00.pdf, Fls.03 a 22).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP SKANDIA S.A.**, contestó la demanda con oposición parcial a la prosperidad de las pretensiones incoadas por la demandante argumentando para tal efecto que la afiliación que se realizó entre la demandante y esta entidad goza de plena validez ante la ley, por tanto se puede afirmar que el traslado de AFP realizado por JULIO ROBERTO VACA MAYOR no presenta ningún vicio del consentimiento pues fue un acto voluntario con el respectivo fondo que estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades y se rigió por el artículo 1495 del Código Civil. El actor al momento de afiliarse con la AFP SKANDIA S.A., venía de estar afiliada con otra AFP, por ende ya tenía un conocimiento del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional, por lo tanto la asesoría en el caso particular, se tornaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la demandante la cual es una AFP que pertenece al mismo régimen pensional de la AFP SKANDIA S.A. y presenta las mismas características en materia pensional. La única diferencia que se podría registrar entre dicha AFP y esta entidad se relaciona con la rentabilidad, toda vez que entre administradoras del mismo régimen se manejan rentabilidades variadas. Atendiendo a que la asesoría que se le realizó a la parte actora previa afiliación a SKANDIA S.A., cumplió con todos los parámetros exigidos y contemplados en la normatividad (Ley 100 de 1993), acorde con el estatuto financiero expedido en 1993, el cual en su artículo 97 manifiesta el derecho de información por parte de los consumidores financieros. Esto en razón a las diferencias sustanciales que tiene cada uno de los regímenes pensionales. Sumado a esto, se encuentra el deber de informar con la Ley 795 de 2003 que reforma el artículo 97 del Estatuto Financiero para luego seguir abordando el tema con la Ley 1328 de 2009 y luego con el Decreto 2555 de 2010, con los cuales aumenta principios y normas aplicables al deber de

informar, prontamente la Ley 1748 de 2014 adiciona más información a la Ley 1328 de 2009 sobre el deber de informar y la transparencia que debe tener por parte de las administradoras de pensiones de los dos regímenes con respecto a los afiliados, cerrando por último con el Decreto 2071 de 2015 que modifica el decreto 2555 de 2010 en lo referente al régimen de protección al consumidor financiero del sistema general de pensiones y con la circular externa N°016 del 28 de abril del 2016. Afirmó que fue información cierta toda vez que el demandante, cuando se afilió a la AFP SKANDIA S.A., tuvo pleno conocimiento de las condiciones con las cuales pertenecía a este régimen, aspecto que se aclara, no solo por la información brindada por esta entidad, sino por la condición de afiliada al RAIS que tenía la parte actora cuando se trasladó con SKANDIA AFP; calidad y asesoría que le permitió ser consciente de las circunstancias del RAIS y que deja en evidencia que ésta entidad en este caso no se reservó o guardó para sí ningún dato relevante para la vinculación jurídica del demandante. Propuso como excepciones las de «prescripción», «buena fe», «cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación» y «genérica» (Expediente digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00292 00, Fls. 177 a 215).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, argumentando que del material probatorio allegado se pudo constatar que el demandante suscribió formulario de afiliación de forma libre y voluntaria a cada una de las AFP demandadas, por lo que debe entenderse que el traslado al RAIS es totalmente válido. Arguyó que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a las AFP PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. por lo que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para que se declare que el traslado al RAIS nunca se realizó. Se opuso a los supuestos facticos y jurídicos que le permitan el traslado de régimen al demandante ya que de las pruebas aportadas al plenario se hace evidente que ese se encuentra válidamente afiliado al RAIS, aunado a lo anterior, el demandante se encuentra inmerso dentro de la prohibición contenida en el artículo 2 literal e) de la Ley 797 de 2003 puesto que en la actualidad tiene 58 años de edad. Presentó como excepciones de fondo, las de «la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante COLPENSIONES, en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «el error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la constitución política)», «buena fe de Colpensiones», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir»,

«presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción» e «innominada o genérica». (Expediente digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00292 00.pdf, Fls.320 a 351).

La **AFP PORVENIR S.A.** presentó oposición frente a las pretensiones, declaraciones y condenas en la forma en que aparecen formuladas en la demanda, argumentando para tal efecto que la afiliación de la parte demandante con PORVENIR en el año 1997, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993; documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 A del CPT. Que se le brindó la asesoría pertinente para que la decisión de la demandante fuera libre y voluntaria e informada para suscribir el formulario de afiliación a la AFP de esta entidad, razón por la cual el traslado se considera válido dentro de los términos establecidos en la ley de acuerdo con el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, en el cual se especifica las características del régimen. Propuso como excepciones de mérito, las de «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «excepción genérica». (Expediente digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00292 00.pdf, Fls.374 a 425)

A su vez, la **AFP COLFONDOS S.A.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando para tal efecto que esta entidad sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Mencionó que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación a esta AFP, fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento y en segundo lugar, la parte demandante suscribió el formulario de vinculación al RAIS de manera libre y con su consentimiento expreso como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, trasladándose de régimen pensional y entre administradoras de pensiones con vinculación formas al RAIS hace más de 20 años a COLFONDOS S.A., pues la demandante, dentro del plazo que las disposiciones legales le concede para manifestar sus inconformidades o volver al RPMPD, no lo hizo. Que la información suministrada se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la

Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación, no fue caprichosa sino que obedeció al resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que al efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia y la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS manifestando pleno conocimiento y consentimiento en el proceso de la vinculación ya que con su firma dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Propuso como excepciones las de «inexistencia de la obligación», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad», «ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «compensación y pago». (Expediente digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00292 00, Fls.487 a 505)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 23 de agosto de 2021, declaró la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS realizado por JULIO ROBERTO VACA MAYOR, a través de la AFP PORVENIR S.A., así mismo, ordenó a SKANDIA S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Absolvió a COLFONDOS S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. No condenó en costas.

Para arribar a tal conclusión, en síntesis, indicó que conforme con la jurisprudencia, los defectos en la expresión de la voluntad como consecuencia del error, fuerza o dolo impactan negativamente la libertad individual, puesto que impiden que el consentimiento sea auténtico y espontáneo, atentando contra la autonomía privada, por cuanto somete al sujeto a una relación contractual que no consentiría si tuviera plena libertad. Explicó que no se acoge a la teoría de la ineficacia sino a la de la nulidad del traslado, por lo que precisó que se trata de una nulidad saneable, siempre que se demuestre que la demandante salió de ese error al que fue inducida. Sostuvo que de conformidad con los criterios jurisprudenciales, la acción con la que se pretende la nulidad o la ineficacia no está sujeta a los términos prescriptivos, por su estrecha relación al derecho fundamental e irrenunciable a la Seguridad Social. De igual

manera, refirió que la carga de la prueba la ostentan las administradoras de fondos de pensiones, siendo la AFP PORVENIR, quien debía haber suministrado una información cualificada, amplia, oportuna y suficiente, empero no acreditó el cumplimiento de su deber.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la accionada **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación arguyendo en tal ocasión que se tenga en cuenta que el artículo 2° de la Ley 797 del 2003 determinó la posibilidad que el afiliado se traslade de régimen una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial, sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional, esta misma norma limitó este derecho cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión salvo los afiliados que tuviesen 15 años de cotizaciones a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones para quienes se conservó el derecho de regresar al RPMPD en cualquier momento, es decir, para aquellos afiliados beneficiarios del régimen de transición. Esta limitación se justifica en las excepciones efectuadas mediante el Acto Legislativo 001 del 2005 al artículo 48 de la Constitución Política y por lo tanto debe señalarse que todas las actuaciones de COLPENSIONES deben estar encaminadas en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema y de las disposiciones legales instauradas con la entrada en vigencia de la Ley 797 de 2003 y el Acto Legislativo 001 del 2005 que buscan proteger tal principio. Por lo anterior se tiene que el demandante elevó solicitud de traslado al RPMPD administrado por COLPENSIONES el día 06 de diciembre del 2019 y al verificar su cédula de ciudadanía se obtiene que para aquella data contaba con 56 años de edad y al no contar con 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994, tal y como se puede evidenciar de su historia laboral pues solo cotizó un aproximado de 55,57 para aquella época, lo que haría otra alternativa sino la de concluir que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado y por ende resultaría a todas luces improcedente por parte de esta entidad tener como afiliado al demandante al RPMPD salvaguardando el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Manifestó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición ni por edad ni por número de semanas. Aunado a lo anterior con la suscripción de formulario de vinculación, el afiliado acepta todas las consecuencias e implicaciones que conlleva al traslado de régimen, más aún si el demandante haciendo uso a la libre escogencia decide acogerse a un régimen diferente, evidenciándose que no contaba con una limitación legal al respecto, situación que esta entidad reconoció y por tanto aceptó el traslado. Conforme a lo anterior solicitó revocar la sentencia proferida.

La apoderada judicial de la accionada **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de alzada frente a la sentencia proferida, solicitando se revoque el numeral 1 de la sentencia emitida manifestando que en primer lugar se declara una nulidad en este caso que no fue demostrada ni probada dentro del proceso debido a que el demandante era una persona mayor de edad totalmente capaz y conocía las implicaciones de su decisión, no es beneficiario del régimen de transición pero tampoco hizo nunca ningún tipo de solicitud para generar un cambio al RPMPD, por el contrario, lo que hizo durante todo ese tiempo de vinculación laboral fue ratificar su deseo de pertenecer al RAIS generando tres traslados horizontales cuando tuvo la oportunidad de regresar al RPMPD. Adicional a ello, el fallador de primera instancia no tiene en cuenta el artículo 1743 y 1742 que previene el saneamiento por el paso o el lapso del tiempo o por ratificación. Estas normas fueron descartadas por el fallador de primera instancia. Se apartó del análisis que se generó del interrogatorio de parte rendido por el demandante puesto que en el confiesa que efectivamente para el año de 1997, PORVENIR S.A. le brinda una información totalmente completa indicando características del RAIS, pero también características del RPMPD y aun indicando que efectivamente conocía la forma de pensionarse en cada uno de los regímenes pensionales. El fallador de primera instancia por su parte indica que debido a su conocimiento y a su profesión es que el manifestó algunas de estas características, sin embargo, cada una de las preguntas indicadas por esta apoderada fueron tendientes a indicar si la asesora que el mencionó dentro de su interrogatorio de parte le brindó esta información y efectivamente confesó que sabía que era cuenta de ahorro individual, que esta le generaba rendimientos financieros, que los aportes voluntarios los generaba para tener una mayor pensión, por tanto conocía que de ese capital ahorrado era que iba a salir su pensión junto con los rendimientos y con los aportes voluntarios, al preguntarle si conocía como pensionarse para el año de 1997 en el ISS, también tenía conocimiento que se pensionaría con una edad y con unas semanas. Para el año de 1997 es importante validar cual era la obligatoriedad de esta entidad en cuanto a brindar una información y quedó demostrado que efectivamente se brindó y que se le hizo un paralelo comparativo que era para este año la obligación de esta entidad a realizar y efectivamente se pudo confesar que sabía cómo se iba a pensionar entre uno y otro régimen aunque no tenía conocimiento del monto de la mesada pensional respecto a que hubiere decidido ocasionarle un error o darle una información falaz, generar una proyección ya que no se tenía conocimiento de cuanto sería el monto de la mesada pensional debido a que estos son factores adicionales que esta entidad no podía prever 25 años atrás. Por otra parte, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece la Ley 797 del 2003 y esta norma fue sometida a un control previo constitucional conforme a la sentencia C-1024 del 2004, fue declarada exequible

atendiendo aspectos de interés general por encima del particular con la protección del sistema general de pensiones con la no descapitalización del RPMPD y con un principio de estabilidad financiera en el RAIS, por lo tanto no es dable de que el demandante se escude en una supuesta falta de información únicamente porque su plan de pensión no resultó acorde a sus aspiraciones.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas presentaron alegatos de conclusión solicitando revocar la sentencia en todas sus partes. La parte actora, solicitó que se confirme la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para

adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 167 del archivo «001. 11001 31 05 005 2020 00292 00.pdf», obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 19 de diciembre de 1962, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del 2022, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSION el 06 de diciembre de 2019 respectivamente (págs. 110 a 118), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 36.57 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: HLCC-79274805.pdf), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 26 de abril de 1997, según información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (Fl. 125).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe

¹ [1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se

encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (26 de abril de 1997), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria correspondiente al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado la información pertinente en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos

pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

De igual modo, es menester precisar que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

«[...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **modificará** la decisión de primer grado, para en su lugar, establecer que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

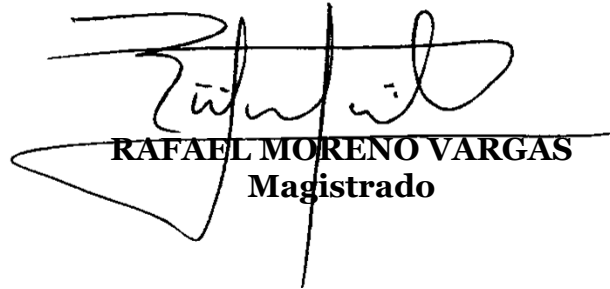
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que las consecuencias de la omisión de información en el momento del traslado de régimen no derivan en la nulidad del mismo sino en un **TRASLADO INEFICAZ**, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos allí consignados. En lo demás se confirma la decisión.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RAFAEL MALDONADO BARRIENTOS contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES - Rad. 110013105-005-2020-00408-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora, respecto de la sentencia emitida el 22 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

El señor **RAFAEL MALDONADO BARRIENTOS** instauró demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de un incremento pensional del 14% por su compañera permanente, la señora MATILDE ARIAS DE MALDONADO, junto con un 7% por su hija, a partir de la fecha en la que le fue reconocida la prestación. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES al pago la indexación de las sumas adeudadas, más los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 desde la fecha en la que radicó la reclamación administrativa. Finalmente, se condene a COLPENSIONES al pago de las costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que COLPENSIONES mediante Resolución SUB 295470 del 26 de diciembre 2017 le reconoció la pensión de vejez, en los términos del Acuerdo 049 de 1990. Manifestó que vive en unión libre con la señora MATILDE ARIAS DE MALDONADO, con quien procreó a su hija

MARLIN LORENA MALDONADO ARIAS, quien padece una discapacidad mental. Afirmó que la señora MATILDE ARIAS DE MALDONADO depende económicamente de él, pues no recibe ninguna pensión o renta. Agregó que presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES solicitando el incremento pensional por su esposa, no obstante, no recibió respuesta (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00408 00, págs. 3 a 8).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a las pretensiones, argumentando para tal fin que, de acuerdo con la sentencia SU-140 del 28 de marzo de 2019, los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 fueron objeto de derogatoria orgánica a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. En ese orden, aseveró que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de los incrementos solicitados, toda vez que su pensión le fue reconocida el 26 de diciembre de 2017, es decir con posterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe en las actuaciones de Colpensiones», «prescripción» y «no configuración de la condena por concepto de intereses moratorios» e «innominada o genérica» (Exp. Digital: 001. 11001 31 05 005 2020 00408 00, págs. 55 a 63).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 22 de septiembre de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda.

Para arribar a la anterior conclusión, consideró en síntesis que, de acuerdo con las dos Resoluciones allegadas al plenario, se desprende que el derecho pensional del demandante no fue reconocido con base en el Acuerdo 049 de 1990, es decir que no es beneficiario del régimen de transición, pues al 01 de abril de 1994, aquel no tenía 40 años de edad y no reunía 15 años de servicios. Por lo que concluyó que la prestación le fue reconocida bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, en la que no se reconocen los incrementos pretendidos por el actor.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y

de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos solicitando se confirme la decisión. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si en el presente caso le asiste derecho al demandante para obtener el reconocimiento del incremento pensional del 14% por su cónyuge a cargo y el 7% por su hija en estado de discapacidad.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, se ha de precisar que no es materia de controversia que al señor RAFAEL MALDONADO BARRIENTOS, a través de la Resolución SUB 295470 del 26 de diciembre de 2017 le fue reconocida por parte de COLPENSIONES, pensión de vejez que quedó suspendida hasta cuando se allegara el Acto Administrativo sobre su retiro del servicio (Exp. Digital: GRF-AAT-RP-2017_11092402-20171226105322.pdf). Una vez ocurrido lo anterior, a través de Resolución SUB 37975 del 10 de febrero de 2018 se ordenó la reliquidación de la prestación a partir del 01 de marzo de 2018, en cuantía de \$1.026.984 (Exp. Digital: GRF-AAT-RP-2018_1686552-20180213044952).

De igual modo, se extrae de dichos actos administrativos que al demandante le fue reconocida su pensión de vejez de conformidad con lo regulado en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. De lo cual se concluye inicialmente que la Ley en cita no contempla los incrementos pensionales solicitados, los cuales se contemplaron pretéritamente en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, determinando que las pensiones de vejez e invalidez por riesgo común se aumentarán en un 14% sobre la pensión mínima legal para el cónyuge o compañera que dependa económicamente del pensionado y no disfrute pensión y el artículo 22 establecía que el incremento no formaba parte integrante de la pensión.

Es necesario precisar que la Ley 100 de 1993, norma que instituyó el nuevo sistema de seguridad social en Colombia, en su artículo 31 definió que al régimen de prima media con prestación definida, le serían aplicables las disposiciones vigentes para los seguros de invalidez, vejez y muerte, a cargo del Instituto de Seguros Sociales, con las adiciones, modificaciones y excepciones contenidas en esta ley, en concordancia con los artículos 34 y 36 de dicha normatividad, las que al referirse al monto de las pensiones de invalidez, vejez y muerte no mencionaron los incrementos objeto de esta discusión.

Ahora, si bien es cierto que esta Sala de decisión había venido sosteniendo de conformidad con el criterio expuesto por la Sala Laboral de la CSJ que estos no habían desaparecido de la vida jurídica a pesar de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, en la reciente sentencia SL2061-2021 expedida por la Sala de Casación Laboral el diecinueve (19) de mayo de dos mil veintiuno (2021), el órgano de cierre de esta especialidad varió su criterio precisando al efecto:

*«En relación con los incrementos pensionales por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año, **basta decir que esa norma fue objeto de derogación orgánica**, en virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993 y resulta incompatible con el artículo 48 de la CN, modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, tal como lo sostuvo la Corte Constitucional en sentencia CC SU-140-2019:*

[...]

En efecto, como se ha explicado a lo largo de esta providencia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante el Decreto 758 de ese mismo año, dejó de existir con ocasión de la derogatoria tácita que sobre este implicó expedición de la Ley 100 de 1993. Como se señaló bajo el numeral 3 supra, con dicha Ley 100 el Legislador previó una nueva regulación integral de la generalidad del sistema de seguridad social, incluyendo para el caso que ahora ocupa a la Corte, dicho sistema en su dimensión pensional. Tal derogatoria, además de estar respaldada por la doctrina especializada (ver supra 3.2.2.), ha sido respaldada por la propia Corte a través de la línea jurisprudencial que se esbozó bajo el numeral 3.2.3 supra y suficientemente explicada a la luz del particular objeto del régimen de transición que previó el artículo 36 de la mentada Ley 100 (ver supra 3.2.8-3.2.11).

[...]

7. Conclusiones

De lo expuesto en esta providencia se concluye que, salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto legislativo 01 de 2015.

De lo expuesto, obvio resulta que la reclamación es improcedente y, por tanto, se absolverá de ella a la demandada» (negritas ajenas al texto original).

De modo que, si en gracia de discusión, aunque al actor se le hubiese reconocido la prestación en los términos del Acuerdo 049 de 1990 por virtud de la transición, no podría accederse a la prestación pues la Sala Laboral de la CSJ acogió de manera pura y simple lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación identificada como SU140-19 que estima que con la promulgación de la Ley 100 de 1993 estos incrementos por persona a cargo desaparecieron de la vida jurídica. En ese orden, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, se acogerá en lo sucesivo el criterio allí expuesto, en tanto y en

cuanto a partir de la entrada en vigencia del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, 1º de abril de 1994, quienes adquirieron el derecho a la pensión en vigencia de esta ley, y aunque le resulte aplicable el Decreto 758 de 1990, en virtud del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100, no tienen derecho al citado incremento pensional.

En conclusión, sin más consideraciones al respecto, se confirmará la decisión objeto de estudio sin que sean necesarias más elucubraciones. Sin costas en esta instancia por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

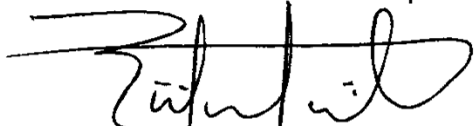
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de la providencia.

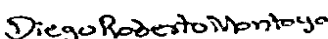
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por OSCAR JAVIER CONTRERAS VILLAMIL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- Y OTRO Rad. 110013105-008-2019-00819-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación incoado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la accionada COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de noviembre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **OSCAR JAVIER CONTRERAS VILLAMIL** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la ineficacia y nulidad de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS- efectuado por COLFONDOS S.A. En consecuencia, se condene a COLFONDOS a devolver todos los valores consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora. Igualmente, se condene a COLPENSIONES a tramitar el recaudo de los dineros que posee COLFONDOS por motivo de su afiliación. Finalmente, se condene a las demandadas al pago de lo ultra y extra petita, así como al pago de las costas y gastos del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que, nació el 01 de febrero de 1957 y realizó cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales-ISS desde el 25 de febrero de 1979 hasta el 30 de noviembre de 1998. Mencionó que el 06 de marzo de 1999 se trasladó al RAIS, mediante la AFP COLFONDOS, entidad que no le brindó una información clara, completa y cierta acerca de las consecuencias del cambio de régimen y menos aun, le realizó una proyección pensional. Añadió que el 29 de agosto de 2019 presentó la solicitud de traslado de régimen ante COLPENSIONES, quien negó la petición por no haberlo realizado con anterioridad a los 52 años. Manifestó que el 20 de septiembre de 2019 elevó petición ante COLFONDOS solicitando la nulidad de su afiliación, empero, no recibió respuesta por parte del fondo (Exp. Digital: 01. EXP. 08-2019-00819, págs. 3 a 24).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió el traslado de régimen del demandante, acto que se presume realizado bajo el ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional, en los términos del artículo 13 de la ley 100 de 1993. Manifestó que se presume que la afiliación del demandante es válida por haberse realizado bajo las exigencias legales de ese momento, esto es, el Decreto 663 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y la Ley 100 de 1993, por ende, corresponde al actor probar la falta al deber de información o la existencia de un vicio del consentimiento. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción y caducidad», «declaratoria de otras excepciones» e «inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir» (Exp. Digital: 01. EXP. 08-2019-00819, págs. 172 a 181).

Por su parte, la **AFP COLFONDOS**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que sus asesores le brindaron al demandante una asesoría integral y completa sobre las implicaciones de su traslado, las características del RAIS y sus diferencias con el RPMPD. Aseguró que la afiliación del actor al RAIS obedeció a su derecho de libre escogencia de régimen pensional, mismo que se materializó con la suscripción del formulario de vinculación al fondo. Arguyó que no es dable dejar sin efectos a un acto válido que fue ratificado con la conducta del demandante, pues aquel no comunicó sus inconformidades dentro del plazo que la ley le otorgaba. Resaltó que no existe razón para declarar la ineficacia o nulidad del traslado porque no se está vulnerando el derecho del afiliado, pues puede obtener una pensión en el RAIS,

previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia del derecho», «falta de legitimación en la causa por pasiva», «buena fe», «innominada o genérica», «ausencia de vicios del consentimiento», «validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad», «ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.», «prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado» y «compensación y pago» (Exp. Digital: 09. CONTESTACION COLFONDOS, págs. 2 a 21).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 04 de noviembre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por el demandante del RPMPD al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A. En consecuencia, condenó a la AFP COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que las AFP tienen el deber de informar al afiliado sobre su derecho pensional en uno y otro régimen, así como las características de cada uno y la incidencia que tales aspectos puedan tener en su situación pensional; circunstancia que debe ser acreditada por parte del fondo de pensiones, so pena de declarar ineficaz la afiliación. En ese orden, manifestó que la AFP COLFONDOS, no demostró que le haya brindado al demandante la información en los términos establecidos por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, pues el formulario de afiliación no contiene ningún tipo de asesoría. Recordó que el demandante tampoco confesó haber sido asesorado por parte de la AFP, contrario sensu, indicó que no le informaron sobre los requisitos para pensionarse en el RAIS, ni las diferencias entre ambos regímenes, ni los aspecto propios de la cuenta de ahorro individual. Finalmente, aseveró que la acción que persigue la ineficacia de la afiliación no está sometida al término de prescripción por estar relacionada con el derecho pensional del afiliado.

RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación parcial, con la finalidad de que se ordene a COLFONDOS S.A, trasladar los gastos de administración debidamente indexados, teniendo en cuenta que el demandante no

pertenece al RPMPD desde hace más de 20 años y dichas deducciones han sufrido una depreciación monetaria, aunado a que, los rendimientos financieros que obtuvo el actor no compensan la pérdida del poder adquisitivo de los gastos de administración. De otro lado, solicitó se revoque la condena en costas en contra de la entidad, toda vez que fue vinculada al proceso por ser la administradora del RPMPD a la que debe regresar el accionante, no por haber dado lugar al litigio, precisando que se trata de un tercero ajeno que no participó en la afiliación del actor al RAIS. Aseveró que la entidad no tiene más camino que oponerse a la ineficacia del traslado, en virtud de la prohibición de traslado y de la presunción de legalidad sobre la afiliación, de tal suerte que la única forma de dirimir el conflicto es acudiendo a la jurisdicción ordinaria laboral. En ese orden, concluyó que no resulta procedente la condena en costas, y en todo caso, la AFP COLFONDOS tendría una mayor responsabilidad procesal que COLPENSIONES, por no haber acreditado que cumplió con su deber de información, por ende, no es proporcional imponer la misma suma de costas para ambas demandadas.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, los sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias SL2208-2021, SL2209-2021, CSJ SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del

respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltare para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 25 del archivo « 01. EXP. 08-2019-00819 », obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 07 de febrero de 1957, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes del 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y COLFONDOS el 29 de agosto de 2019 y el 20 de septiembre de 2019, respectivamente (págs. 82 a 93), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 606.25 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: 01. EXP. 08-2019-00819, págs.76 a 81), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 08 de marzo de 1999 (Exp. Digital: 01. EXP. 08-2019-00819, pág. 122), específicamente, conforme al formulario de afiliación a COLFONDOS S.A.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de casación laboral que definen con criterio de autoridad esta problemática, la Sala

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se

persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actor al fondo accionado COLFONDOS S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen, el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (08 de marzo de 1999, pág. 122) plasmado en el formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada COLFONDOS S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, o conocer algunas características del RAIS, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada COLFONDOS S.A. omitió en el momento del traslado de régimen (08 de marzo de 1999, pág. 122), el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a las recurrentes, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino

una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a menos de diez (10) años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

Y en lo que refiere a la indexación de los gastos de administración, el órgano de cierre de esta jurisdicción, en la sentencia CSJ SL 3207-2020, indicó:

«7. Consecuencias de la declaración de ineficacia

*Por no estar acreditado que PORVENIR S. A. hubiere consignado a COLPENSIONES, los aportes que el demandante tenía en su cuenta individual con sus rendimientos, incluyendo también los valores correspondientes a gastos de administración, los cuales según se expuso en las sentencias CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018 y CSJ SL1421-2019, debe asumir con cargo a sus propios recursos, **se le ordenará la devolución de esos dineros, debidamente***

indexados, junto con el valor del bono a COLPENSIONES y a favor del actor» (Negrillas y subrayas fuera de texto).

De igual forma, tampoco incide que el demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como CSJ SL1421-2019, así como las ya mencionadas CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, se debe recordar al recurrente que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido incluida la AFP recurrente en este puntualísimo aspecto, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas, tal como se ordenó en la sentencia objeto de estudio.

En ese sentido, queda resuelto tanto el grado jurisdiccional de la consulta que opera en favor de Colpensiones, como la apelación formulada. De tal modo que se

modificará la decisión de primer grado, para ordenar la indexación de las sumas que debe trasladar la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

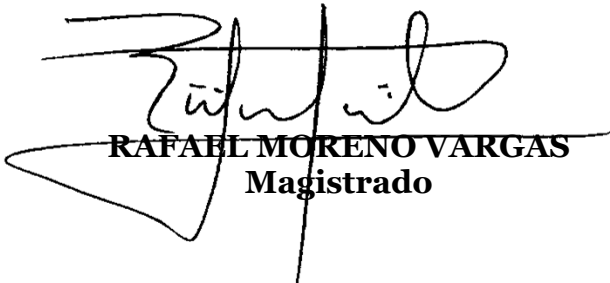
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia de primera instancia, en el sentido de precisar que la devolución ordenada en primer grado debe ser indexada. En lo demás se confirma, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

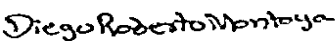
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por OMAR EDUARDO BUITRAGO VELANDIA contra COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA Y OTROS. Rad. 110013105-009-2017-00652-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 17 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **OMAR EDUARDO BUITRAGO VELANDIA** instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.**, con la finalidad de que se declare que, existió una relación laboral mediada por un contrato de trabajo a término indefinido iniciada el 30 de agosto de 2011; se declare que le es aplicable en todas sus partes la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el **SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. -SINTRAVALORES**; se declare que, se encontraba amparado por el fuero circunstancial establecido en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 al momento de su despido, y por lo tanto, el mismo es inexistente. Que como

consecuencia de las anteriores declaraciones, se ordene a la entidad demandada, a reintegrarlo a su antiguo puesto de trabajo, o a otro de igual o mejor categoría; se le condene a pagarle a título de indemnización, todos los salarios y prestaciones legales y convencionales dejadas de percibir, desde el momento de la desvinculación hasta que se produzca el reintegro efectivo, finalmente, de oponerse la demandada, y de resultar condenados, se condene pagar las costas del proceso, así como todos aquellos beneficios que no se hayan pedido y de los cuales se establezca su certeza por la facultad ultra y extrapetita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que prestó sus servicios como trabajador de la sociedad "THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A." quien actualmente es denominado como COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.; anotó que, fue contratado para prestar sus servicios a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., mediante terceros llamados SERDEMPO S.A.S, luego mediante EMPOSER LTDA y finalmente con SEGURIDAD COSMOS LTDA. Anotó que PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., EMPOSER LTDA y SEGURIDAD COSMOS LTDA, son empresas de un mismo grupo empresarial llamado grupo THOMAS GREG & SONS, y entre ellas se suscribió un contrato para el suministro de personal de EMPOSER LTDA. Manifestó que, la empresa SERDEMPO S.A.S es una empresa de servicios temporales de propiedad de grupo antes mencionado que lo envió en misión a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. por más de trece meses consecutivos, y, pasado este tiempo lo contrató de nuevo con otra empresa temporal llamada EMPOSER LTDA desde el 01 de septiembre de 2012 hasta el 15 de diciembre de 2016; añadió que tuvo una sustitución patronal con otra empresa temporal llamada SEGURIDAD COSMOS LTDA desde el 16 de diciembre de 2016 hasta el 30 de abril de 2017, mencionó que, fue contratado para prestar sus servicios a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., del 30 agosto de 2011, en forma ininterrumpida, hasta el 30 de abril de 2017, cuando la compañía demandada dio por terminado su contrato de trabajo. Añadió que, desde el día 30 agosto de 2011 hasta el día 30 de abril de 2017, se desempeñó en el cargo de Escolta vehicular Conductor para PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. en la ciudad de Bogotá D.C., cuyas labores consistían en escoltar los valores de propiedad de las diferentes entidades a las que PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., le presta sus servicios en esta ciudad, detalló que esta sociedad, durante toda la relación laboral lo dotó de uniformes con las insignias que les permitía a sus clientes, con el carnet de la compañía, con las armas de propiedad la sociedad de seguridad para la protección personal y de los valores de sus clientes, y, prestó sus servicios en las instalaciones, locales y vehículos de propiedad de dicha compañía. Aclaró que, PROSEGUR DE

COLOMBIA S.A. capacitó, supervisó, le impuso horarios, dirigió y le dio órdenes, para el cumplimiento de todas sus labores durante todo el tiempo de relación laboral. Especificó que, las compañías EMPOSER LTDA y SEGURIDAD COSMOS LTDA, no son entidades autorizadas para el suministro de personal en misión para otras compañías. Recordó que, estuvo afiliado a SINTRAVALORES desde el 09 de septiembre de 2016, siendo esta afiliación comunicada a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. el 12 de septiembre de 2016; expresó que, entre SINTRAVALORES y PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. existió una convención colectiva de trabajo que aplica sin distinción a todos los trabajadores de la compañía, tal como lo dispone la cláusula 3 y 5 de la Convención Colectiva de Trabajo. Aseguró que, en la referida convención, en la cláusula quinta, se estableció en el tercer inciso que, THOMAS PROSEGUR S.A. no podía contratar personal con otras compañías para desempeñar labores propias del objeto social de la misma; la referida convención colectiva de trabajo estableció en el segundo inciso que, toda persona que le preste sus servicios a THOMAS PROSEGUR S.A. por intermedio de SERDEMPO LTDA., hoy SERDEMPO S.A.S., por cuatro meses, es trabajador de THOMAS PROSEGUR S.A. de ipso-facto mediante contrato de trabajo a término indefinido. Explicó que, el Ministerio del Trabajo mediante la Resolución N°0556 de octubre 17 de 2013 ratificada por la Resolución 354 de septiembre 30 de 2014, sancionó a la COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. por violar el artículo 5° de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita con SINTRAVALORES. Señaló que, se afilió a SINTRAPROSEGUR desde el 09 de septiembre de 2016 y esta misma le comunicó a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. su afiliación ese mismo día; que, SINTRAPROSEGUR, presentó un pliego de peticiones ante PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y el Ministerio de la Protección Social, precisó que todos los trabajadores de PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. afiliados a SINTRAPROSEGUR por la situación del conflicto laboral y por no haberse resuelto el pliego de peticiones, se encuentran amparados por el fuero circunstancial. Y, por último, afirmó que se encuentra amparado por los beneficios del fuero circunstancial que derivan del art. 25 del Decreto 2351 del año 1965. y, que, aun así, fue despedido el día 30 de abril del año 2017, sin justa causa. (Fls. 212 a 234).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada **PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que, nunca ha existido relación laboral de ninguna índole con el actor. Adujo que, entre la compañía y SEGURIDAD COSMOS, último empleador del accionante, existió contrato de colaboración empresarial que se fundó en que PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. tiene

como objeto y actividad principal el ejercicio de actividades en la modalidad de transporte de valores, mientras que SEGURIDAD COSMOS LTDA tiene como actividad principal la prestación remunerada de servicios de vigilancia y seguridad privada con armas, encontrándose dentro de ellas la prestación de servicios de escolta y vigilancia fija y móvil. Explicó que, el contrato suscrito entre las compañías, tuvo como objeto la prestación del servicio de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego en los lugares, instalaciones y bienes muebles e inmuebles que PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. requiriera a nivel nacional, en atención a la necesidad del contratante y la disponibilidad del contratista. Formuló como excepciones de fondo las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «inexistencia de contrato de trabajo», «inaplicabilidad de la convención colectiva Suscrita entre PROSEGUR DE COLOMBIA SA y el sindicato SINTRAVALORES», «inexistencia del fuero circunstancial», «inexistencia de sindicato mayoritario en PROSEGUR DE COLOMBIA SA», «buena fe de la sociedad demandada», «prescripción» y «compensación». (Fls. 350 a 379).

El litisconsorte necesario, **SEGURIDAD COSMOS LTDA**, contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que, el demandante estuvo vinculado inicialmente con la sociedad EMPOSER LTDA, y posteriormente, se acordó entre la aludida sociedad y SEGURIDAD COSMOS la sustitución de su contrato de trabajo, vínculo laboral que finalizó por la expiración del plazo fijo pactado. Expresó que la sociedad no suscribió ni fue parte del acuerdo convencional, motivo que impide la aplicación extensiva de la aludida convención. Agregó que, ante SEGURIDAD COSMOS LTDA no fue radicado pliego de peticiones por parte de SINTRAVALORES, y, en todo caso, tal situación sería ineficaz, toda vez que, el sindicato enunciado es una agremiación de base y no de industria, en consecuencia, no existió obligación en cabeza de SEGURIDAD COSMOS LTDA de reconocer los valores contenidos en la convención ampliamente citada. Advirtió que, el accionante en ningún momento fue trabajador de la entidad. Finalmente añadió que, no es posible validar el cumplimiento de requisitos de afiliación por parte del demandante a la organización sindical SINTRAPROSEGUR. Formuló como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «falta de título y causa», «prescripción», «compensación» y «buena fe». (Fls. 439 a 454).

El litisconsorte necesario, **EMPOSER LTDA.**, contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que el señor BUITRAGO VELANDIA estuvo vinculado con la entidad mediante un contrato de trabajo a término fijo que

inició el 01 de septiembre de 2012 y finalizó el 15 de diciembre de 2016, fecha para cual fue sustituido patronalmente a la sociedad SEGURIDAD COSMOS LTDA. Expresó que, no es viable aplicarle la Convención Colectiva, ya que ninguno de los capítulos que la componen refieren la aplicación extensiva de la misma a los empleados de las empresas contratistas, como en el presente asunto lo es EMPOSER LTDA. Aseguró que, durante la vigencia de la relación laboral el accionante no informó a EMPOSER sobre sus afiliaciones a las organizaciones sindicales SINTRAVALORES y SINTRAPROSEGUR. Destacó que, los sindicatos señalados están catalogados o constituidos como agremiaciones de base, lo que implica que solamente pueden vincularse a él los empleados de la empresa PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., condición que el actor no ostentó. Señaló que, SINTRAPROSEGUR no presentó pliego de peticiones a EMPOSER por lo que estimó que el fuero circunstancial que se pretende es del todo inexistente. Resaltó que no es cierto que EMPOSER LTDA y PROSEGUR DE COLOMBIA S A sean empresas de un mismo grupo empresarial llamado THOMAS GREG & SONS. Finalmente, afirmó que, no es cierto el suministro personal a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., por el contrario, manifestó que entre dichas sociedades existió un contrato comercial de escolta fijo y móvil, servicio que EMPOSER acordó prestar a PROSEGUR para el reforzamiento a la seguridad de la infraestructura. Formuló como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «falta de título y causa», «prescripción», «compensación» y «buena fe». (Fls. 532 a 549).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 17 de septiembre de 2021, declaró que entre OMAR EDUARDO BUITRAGO VELANDIA y la COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. existió una relación laboral regida por un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 30 de agosto de 2011 y finalizó el 30 de abril de 2017, en el que el demandante se desempeñó como escolta vehicular, declaró solidariamente responsables a EMPOSER LTDA y SEGURIDAD COSMOS LTDA de las acreencias laborales y prestacionales; indicó que el primer contrato tuvo duración desde el 01 de septiembre de 2012 al 15 de diciembre de 2016, el segundo desde el 16 de diciembre de 2016 al 30 de abril de 2017. Ordenó el reintegro de OMAR EDUARDO BUITRAGO VELANDIA al cargo que desempeñaba, o a otro de igual o superior categoría y remuneración, junto con el pago de los salarios y prestaciones sociales legales y extralegales dejadas de percibir desde la fecha de la desvinculación hasta cuando se materialice el reintegro, con los respectivos incrementos legales y extralegales, sin

solución de continuidad. Sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago efectivo. Condenó a la COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES DE COLOMBIA-PROSEGUR S.A. a efectuar el pago de los aportes a seguridad social en pensiones del actor desde el momento de su desvinculación, declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones y condenó en costas a prorrata de COMPAÑIA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., EMPOSER LTDA. y SEGURIDAD COSMOS LTDA.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que se encontró acreditado que entre el demandante y PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. existió relación laboral que inicio el 30 de agosto de 2011 y finalizó el 30 de abril de 2020, anotó que, no se encontró probado que la actividad misional permanente de PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. se enmarcó en las labores excepcionales para las cuales se concilió el envío de trabajadores en misión, por lo que consideró tener a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. como verdadero empleador, y a EMPOSER LTDA Y SEGURIDAD COSMOS como simples intermediarios, por lo que son solidariamente responsables, pues en virtud de los artículos 34 y 35 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 71 y 77 de la Ley 50 de 1990 y respecto de las certificaciones laborales expedidas por SERDEMPO S.A., estableció que la relación laboral entre el demandante y la compañía antes mencionada, se llevó a cabo del 30 de agosto de 2011 al 24 de agosto de 2012, posteriormente, se vinculó mediante contrato a término fijo con EMPOSER LTDA del 01 de septiembre de 2002 al 15 de diciembre de 2016, y, a partir del 16 de diciembre de 2016 operó la sustitución patronal con SEGURIDAD COSMOS LTDA, precisó que en todos ellos se desempeñó como escolta vehicular. Anotó que, fue acreditada la prestación del servicio por parte de PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., precisó que respecto de la primera vinculación del actor con SERTEMPO, no se excedieron los límites temporales establecidos en la Ley 50 de 1990, determinó que, la actividad realizada correspondió a una actividad misional permanente, que no se enmarcó en ninguna de las labores excepcionales concebidas para el envío de trabajadores en misión, por lo que tuvo a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. como verdadero empleador y a SERDEMPO como simple intermediario. Anotó como inicio de la relación laboral el 30 de agosto de 2011 y como fin el 30 de abril de 2017, asimismo, dijo que las empresas EMPOSER LTDA Y SEGURIDAD COSMOS LTDA actuaron como simples intermediarios y por lo tanto, son solidariamente responsables de las acreencias y prestaciones a que haya lugar. Afirmó que, el demandante se encontró afiliado a SINTRAPROSEGUR y a SINTRAVALORES desde el 09 de septiembre de 2016. Preciso que, en la Convención Colectiva del Trabajo celebrada entre la demandada principal y sus trabadores, vigente para los años 2008

a 2009, se estableció que los trabajadores de la compañía que prestaran sus servicios dentro del territorio nacional y quienes prestaren sus servicios a THOMAS PROSEGUR S.A., hoy PROSEGUR S.A., tenían contrato de trabajo con la empresa a término indefinido y la empresa podía celebrar contratos por tiempo determinado por obra o labor, distinto al giro propio de las actividades de la empresa y trabajo accidental o transitorio; asimismo, previó que el personal que prestara la compañía a través de SERDEMPO LTDA y que cumpliera 4 meses de servicio, de ipso-facto quedaría contratado a término indefinido con THOMAS PROSEGUR reconociendo el tiempo laborado y aumento de salario a qué tuviere derecho.

De la misma manera, resaltó que, no debe desconocerse que el trabajador no puede beneficiarse de distintas convenciones, sin embargo, para la época en que debió surtirse en manera directa la contratación del demandante, ni siquiera estaba constituida la organización sindical SINTRAPROSEGUR y estaba vigente la convención antes mencionada, la cual era aplicada a todos los trabajadores de PROSEGUR S.A. Aseguró que, las interrupciones que se verificaron en las contrataciones llevadas a cabo por medio de SERDEMPO LTDA, tuvieron el propósito de desconocer las cláusulas convencionales que consagra la vinculación del trabajador de manera automática por vía de un contrato a término indefinido y de allí recalcó que, entre el demandante y PROSEGUR S.A en efecto existió un contrato de trabajo a término indefinido. Resaltó que, respecto de la multifiliación, de acuerdo a la jurisprudencia, ello es válido y el fuero circunstancial es un elemento esencial de la libertad sindical, y, específicamente una condición indispensable para que el derecho a la negociación colectiva sea una realidad y no un simple postulado retórico. Señaló que, en cuanto a la garantía foral que busca la estabilidad en el empleo de los trabajadores que se encuentran en cualquiera de las etapas de negociación colectiva con el empleador, le corresponde al trabajador demostrar el supuesto de hecho que genera una protección foral con la presentación del pliego de peticiones y dejar en claro que a la fecha del despido no había finalizado el conflicto, para que la demandada asuma la carga de probar el hecho contrario que extinga el derecho foral; explicó que, para el caso concreto, se llevó a cabo dicho procedimiento y agregó que, el demandante al momento de ser despedido, es decir, al 30 de abril de 2017, se encontraba amparado por fuero circunstancial, pues aun cuando el despido fue notificado por SEGURIDAD COSMOS LTDA, con fundamento en la expiración del plazo fijo pactado, al haber quedado establecido, entre el actor y la demandada PROSEGUR existió un verdadero contrato de trabajo a término indefinido, agregó que, de cualquier manera, el nuevo empleador para dar pasó al finiquito laboral no podía ser tenido válidamente como una forma legal para ello; en cuanto a

prolongación justificada del fuero circunstancial y el abuso del derecho expuesto por la demandada, estimó que, según la Corte Suprema de Justicia estas garantías no se traducen en abuso del derecho, pues debe ser probado de manera concreta y específica el uso extralimitado por quien alega, y, en el caso de marras no se aportó prueba de ello. Por todo lo antes señalado y con sustento en que el demandante se encontraba bajo la protección contenida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, el Despacho consideró el despido ineficaz, razón por la cual ordenó el reintegro, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución 2388 de 2016, finalmente advirtió que, teniendo en cuenta que ya mediaba afiliación, el término trienal previsto por la Ley, se encontraba ajustado a la Ley, por lo que la excepción de prescripción no operó.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la demandada, presentó recurso de apelación, argumentando que, el Despacho incurrió en yerros jurídicos al momento de analizar el proceso, en principio, por la interpretación errada de las pruebas, en razón a que el demandante allegó documentos a través de los cuales demostró los pagos realizados por SERDEMPO LTDA; manifestó que, se pasaron por alto aspectos relevantes, como el hecho que, no se probó que la referencia Centro de Costos Peajes equivalía a una actividad que desarrollara PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., pues en los desprendibles de nómina aparece como Centro de Costos, lugar a donde fue remitido el accionante en condición de trabajador en misión de EMPOSER LTDA. Adujo que, se encontró demostrado no solamente la interrupción en los contratos, sino la prestación del servicio del demandante en condición de trabajador de misión de SERDEMPO, por lo cual no cumplió con los requisitos establecidos en la Convención Colectiva para que ello le fuera aplicada. Agregó que, el despacho se limitó a estudiar las fechas de inicio y fin del contrato, pero no se refirió a que el actor prestó servicio en otras entidades diferentes a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y que existieron interrupciones en los contratos. Explicó que, no se tiene prueba de que exista vicio del consentimiento que hubiere invalidado el acuerdo laboral suscrito entre el demandante y EMPOSER, de lo que dedujo que, el demandante da plena validez al resto del documento, solicitando únicamente la ineficacia de la cláusula mediante la cual se había dispuesto que la vinculación no fuera a término fijo. Expresó que, según la jurisprudencia, si la sociedad EMPOSER LTDA o SEGURIDAD COSMOS hubieren actuado como simples intermediarias, valdrán los actos jurídicos que celebren las partes y el contrato de trabajo tendría plena validez. En cuanto a la modalidad contractual, aseveró que, se demostró que el contrato lo fue a término fijo, no existiendo prueba alguna que demuestre la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento y adicionalmente porque el Tribunal Superior de Bogotá ha indicado

que SINTRAVALORES es un sindicato minoritario y su Convención Colectiva únicamente aplica a los trabajadores que se afilien a dicha organización sindical. Recordó que, antes del 2010 coexiste al interior de PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. un pacto y una Convención Colectiva que regula los beneficios de los trabajadores sindicalizados y de los no sindicalizados, por lo que no se pueden extender los beneficios de la Convención desconociendo la posibilidad de que los trabajadores no sindicalizados pueden adherirse a un régimen de manera voluntaria y ello transgreda los derechos laborales, por lo anterior, no se puede aplicar la convención de manera indiscriminada cómo ocurrió y más aun no siéndole aplicable al demandante ni por su vinculación con SERDEMPLO LTDA ni con EMPOSER LTDA.

Asimismo, aseguró que, en cuanto a la multifiliación en un sindicato minoritario prevalecen los derechos de la Convención Colectiva que se encuentre vigente o del pliego de condiciones que se está discutiendo, y, en este caso, el demandante no informo de cuál de los dos beneficios deseaba hacerse beneficiario, advirtió que, no puede ser viable considerar que el accionante era beneficiario de la Convención Colectiva del Trabajo suscrita entre PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y SINTRAVALORES, advirtió que, al decir la empresa que el demandante efectivamente prestó servicios de escolta motorizado, fue más que evidente la demostración de la condición personal del servicio. Afirmó que la parte demandante debió haber acreditado la subordinación por parte de PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., lo cual no ocurrió, no bastando simplemente con acreditar la prestación del servicio sino teniendo como elemento diferenciador la demostración de subordinación, lo cual no se demostró con PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., por el contrario, se demostraron comunicaciones laborales con EMPOSER LTDA. Añadió que, el accionante no desarrolló las actividades en las unidades de PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., agregó que, el armamento que utilizó el accionante para desarrollar su actividad no se demostró que fuera entregado por esta misma y tampoco evidenció planillas que evidenciaran que PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. asignaba ordenes al actor, demostrando ausencia de los elementos propios de la subordinación laboral con dicha compañía, y, por el contrario, demostrando subordinación ejercida por SEGURIDAD COSMOS y EMPOSER LTDA.

Por lo demás, anotó que, el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 estableció que para que opere el fuero circunstancial debe acreditarse que la terminación de contrato se dio sin justa causa, en vigencia del conflicto colectivo, y en este caso, no lo dio por finalizado PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. sino SEGURIDAD COSMOS aunado que, la causal de terminación no fue sin justa causa sino expiración del plazo fijo pactado. Manifestó qué, es evidente que, en el presente asunto, para la fecha en que el

demandante se afilió a la organización sindical, no hay prueba alguna que acredite que el sindicato hizo todas las gestiones necesarias para terminar el conflicto colectivo, por el contrario, sí se evidenció el querer perpetuar dicho conflicto y de tal manera, realizar extensiva la solicitud de los trabajadores o terceros de ser beneficiarios de este fuero circunstancial.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada presentó alegatos de conclusión en similares términos a los expuestos en el libelo de contestación, solicitando ser absuelta de todas las pretensiones. De otro lado, el demandante guardó silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

No existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, y reunidos los presupuestos procesales, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si en el presente proceso existió una verdadera relación laboral entre el señor OMAR EDUARDO BUITRAGO VELANDIA y la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA. Establecido lo anterior y en caso afirmativo, determinar si el actor era beneficiario de la Convención Colectiva del Trabajo suscrita entre PROSEGUR DE COLOMBIA y SINTRAVALORES, y si gozaba de fuero circunstancial.

CONSIDERACIONES

Para lo respectivo, cabe advertir que lo alegado por el demandante en inicio, es que se declare la existencia de una relación laboral con la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., por el periodo comprendido entre el 30 de agosto de 2011 y el 30 de abril de 2017, puesto que siempre fue enviado en misión por intermedio de SERDEMPO S.A.S., EMPOSER LTDA y SEGURIDAD COSMOS LTDA.

Así las cosas, se proceden a analizar los medios de prueba legalmente incorporados al proceso, de manera conjunta y dándole el valor que cada uno merece conforme a los principios de la sana crítica, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 61 del CPTSS, encontrando en primer lugar que fueron allegadas las siguientes pruebas documentales:

- Certificado de existencia y representación legal TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. (fls. 3-8, 246-252).

- Certificado de existencia y representación legal SERVICIO DE EMPLEADOS SERDEMPO S.A.S. (fls. 9-12).
- Certificado de existencia y representación legal EMPOSER LTDA (fls. 13-16).
- Certificado de existencia y representación legal SEGURIDAD COSMOS LTDA (fls. 17-18).
- Carnet PROSEGUR, del señor OMAR EDUARDO BUITRAGO VELANDIA, escolta vehicular (fls. 19).
- Fotografías del demandante portando los uniformes de la demandada PROSEGUR, y en los vehículos que esta opera (fls. 20-21).
- Pagos de nómina al actor (fls. 34-42).
- Notificación sustitución patronal (fls. 43).
- Terminación contrato de trabajo del 28 de marzo de 2017 (fls. 44).
- Contrato de prestación de servicios independientes de escolta y vigilancia fija y móvil con armas de fuego, suscrito entre THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A. y EMPOSER S.A. del 14 de enero de 2000 y OTROSI del 30 de abril de 2008 (fls. 45-49, 341-343).
- Afiliación del demandante al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA SINTRA VALORES, de fecha 09 de septiembre de 2016 (fls. 58).
- Convención Colectiva del Trabajo 2008-2009, suscita entre THOMAS PROSEGUR S.A. y el sindicato de trabajadores SINTRAVALORES (fls. 63-94).
- Afiliación del demandante al SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA SINTRA PROSEGUR, de fecha 09 de septiembre de 2016 (fls. 98).
- Pliego de peticiones 2016, presentado por el SINDICATO PROSEGUR, a la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. (fls. 101-114).
- Reforma estatutaria THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A. (fls. 142-152).
- Certificado de existencia y representación legal THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A. (fls. 166-169).
- Reforma estatutaria EMPOSER LTDA (fls. 175-182).
- Contrato de trabajo a término fijo entre EMPOSER LTDA y el demandante OMAR EDUARDO BUITRAGO VELANDIA, con fecha de inicio 01 de septiembre de 2012 (fls. 255-257, 388-390).

- Terminación contrato de trabajo de SEGURIDAD COSMOS LTDA, al demandante, de fecha 28 de marzo de 2017, para finalizar el 30 de abril del mismo año (fls. 261).
- Liquidación y pago de prestaciones sociales SEGURIDAD COSMOS LTDA, al accionante OMAR EDUARDO BUTTRAGO VELANDIA (fls. 264-266).
- Prorroga al contrato de trabajo entre EMPOSER S.A. y el actor (fls. 281, 399).
- Entrega de dotación (fls. 287-291).
- Convención Colectiva del trabajo 2015-2019 suscrita entre PROSEGUR DE COLOMBIA y SINTRAVALORES S.A. (fls. 302-322).
- Contrato de colaboración empresarial entre SEGURIDAD COSMOS LTDA y PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. (fls. 344-349, 424-438).

Igualmente, se recepcionó el interrogatorio al demandante **OMAR EDUARDO BUTTRAGO VELANDIA**, quien señaló que su vinculación con la empresa PROSEGUR, fue desde el 30 de agosto de 2011; que firmó su contrato en la avenida las Américas con 42, llevó su hoja de vida y suscribió directamente en presencia de la señora de recursos humanos Sandra Bedoya; indicó que, trabajo para la demanda hasta el 30 de abril de 2017, transportándose en los vehículos de la compañía. Adujo que, su cargo inicialmente era de escolta vehicular, pero que posteriormente ascendió a escolta vehicular conductor, es decir, que era el conductor del transporte de valores, recogía servicios en los bancos, tenía un carnet que presentaba a las entidades bancarias cuando llegaba a recoger los valores, con su número de registro. Aseveró que, durante la prestación de sus servicios con PROSEGUR, nunca conoció las instalaciones e COSMOS, ya que todo se lo entregaba directamente PROSEGUR, aunado a ello, señaló que siempre recibió órdenes directas de la demandada PROSEGUR por parte de los señores Janeth Rodríguez Jefe de operaciones y Hernán Rodríguez.

En este caso no hay duda en cuanto a que el trabajador en ningún momento dejó de prestarle servicios personales a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., pues durante el tiempo que estuvo vinculado a través de una E.S.T. (esto es, del 30 de agosto de 2011 al 30 de abril de 2017), acudió en misión a prestar servicios de Escolta Vehicular y posteriormente Escolta Vehicular Conductor a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., donde se ocupó de acompañar los operativos de transporte de valores así como su custodia, en vehículos y con uniformes de PROSEGUR S.A., tal como consta de las pruebas arrojadas en su debida oportunidad.

En lo que tiene que ver con las empresas de servicios temporales, con la expedición de la Ley 50 de 1990 se estableció, de una parte, que las mismas pueden contratar con terceros para colaborar en forma temporal con el desarrollo de sus actividades, y de

otra, que dicha colaboración debe estar sujeta a las siguientes situaciones generales: 1) la tradicional del artículo 6º del C.S.T, esta es, para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del patrono; 2) para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad, y 3) para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, y en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 77 de la mencionada Ley 50 de 1990.

A su vez, el artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las Empresas de Servicios Temporales como aquellas que contratan servicios con terceros que son beneficiarios de una labor prestada por personas naturales contratadas en forma directa. El artículo 2º del Decreto 4369 de 2006, define las Empresas de Servicios Temporales como aquellas empresas que contratan servicios con terceros, para ser beneficiarias de una labor prestada por personas naturales contratadas de manera directa por la Empresa de Servicios Temporales.

En relación con este aspecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con Radicación No. 25717 del 22 de febrero de 2006, SL5696-2014, Radicación No. 41777 del 7 de mayo de 2014, y recientemente en las sentencias SL960 de 2020, Radicación No. 77376 del 18 de marzo de 2020 y SL66-2020, Radicación No. 66300 del 10 de marzo de 2020, analizó que frente a los eventos de contratación fraudulenta, y en los casos en que se desconozca el plazo máximo permitido para la vinculación de los trabajadores en misión, de acuerdo a los artículos 77 de la Ley 50 de 1990, las empresas de servicios temporales deben ser catalogadas como un empleador aparente y un intermediario que oculta su calidad, y por tal motivo, se debe tener como verdadero empleador a la empresa usuaria que se benefició de tal intermediación.

De manera que, si el Juzgador de instancia encuentra demostrado un marco temporario que resulte contrario a las nociones precisas de colaboración transitoria en el desarrollo de las actividades de la empresa, o encuentra demostrado que se ha transgredido la finalidad que de manera particular inspira las tres situaciones que regula el mencionado artículo 77 de la Ley 50 de 1990, es imperioso que atienda a esa precisa realidad, incluso pasando por alto la presencia de actos, que vistos de manera individual y solo en su contenido meramente formal, se exhiben con la apariencia de licitud, como son por ejemplo los contratos individuales, la liquidación de prestaciones sociales, o las comunicaciones de terminación del contrato.

Como ya se señaló, conforme a las pruebas aportadas, se pudo evidenciar que el demandante y la empresa EMPOSER LTDA celebraron un contrato de trabajo término fijo desde el 01 de septiembre de 2012, el cual se prorrogó hasta el 30 de abril de 2017, existiendo una sustitución patronal de EMPOSER LTDA a SEGURIDAD COSMOS LTDA a partir del 16 de diciembre de 2016, finalizando el contrato de trabajo el 30 de abril de 2017, por vencimiento del término pactado.

Para el efecto, es menester precisar que el artículo 22 del C.S.T. define el contrato de trabajo como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. A su vez, el artículo 23 *ejusdem* determina los elementos del contrato de trabajo, ellos son la actividad personal, la continuada subordinación o cumplimiento de órdenes, y un salario como retribución del servicio.

Reunidos los citados elementos, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

El artículo 24 del C.S.T. estipula la presunción legal de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. Por ello la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que, al promotor del proceso, le incumbe acreditar la prestación del servicio, para que se active la presunción de la citada norma, evento en el cual le corresponde al eventual empleador desvirtuar la carga probatoria que le asiste, Sentencias SL1389-2020, Radicación 73353 del 5 de mayo de 2020, SL1390 de 2020, Radicación No. 75795 del 5 de mayo de 2020, entre otras.

Dentro del plenario, obra a folios 23-29, un documento emitido por la encartada denominado “CONDICIONES PARA RECIBIR Y/O ENTREGAR VALORES”, donde en uno de sus apartes expresa la encartada: *“En este documento, se encuentran las fotografías, datos básicos de identificación y firmas del personal autorizado por Prosegur para recibir o entregar valores en sus instalaciones y datos de identificación de los vehículos blindados”*, en el que a su vez se relaciona al aquí demandante con la respectiva fotografía como uno de los sujetos del personal autorizado.

Bajo esta óptica, es menester recordar que el artículo 35 del C.S.T. regula:

“ARTICULO 35. SIMPLE INTERMEDIARIO.

- 1. Son simples intermediarios, las personas que contraten servicios de otras para ejecutar trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un {empleador}.*
- 2. Se consideran como simples intermediarios, aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un {empleador} para el beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo.*
- 3. El que celebrare contrato de trabajo obrando como simple intermediario debe declarar esa calidad y manifestar el nombre del {empleador}. Si no lo hiciere así, responde solidariamente con el empleador de las obligaciones respectivas.”*

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL4479-2020, Radicación No. 81104 del 4 de noviembre de 2020, frente al tema de la simple intermediación adujo:

“1. La tercerización laboral

Desde un punto de vista amplio, la tercerización laboral, outsourcing o externalización, es un modo de organización de la producción en virtud del cual se hace un encargo a terceros de determinadas partes u operaciones del proceso productivo. Supone el resultado de un procedimiento en el que actividades que, en principio, se prestan (o normalmente son o pueden ser ejecutadas) bajo una organización empresarial única o unificada, terminan siendo efectuadas por unidades económicas real o ficticiamente ajenas a la empresa.

En una economía globalizada la tercerización ha sido empleada con fines diversos, dentro de los cuales cabe destacar: (i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible.

Ha dicho la Corte que la tercerización laboral en Colombia es «un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas», siempre que se funde «en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero». Por tanto, «no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaborizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades» (CSJ SL467-2019).

2. La tercerización laboral a través de la figura del contratista independiente (art. 34 CST): presupuestos y desviaciones

En Colombia la tercerización laboral en la modalidad de colaboración entre empresas, tiene fundamento normativo, principalmente, en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual consagra la figura del contratista independiente. De acuerdo con este precepto «son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficio de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva» (subraya propia).

Como se puede observar, para que sea válido el recurso a la contratación externa, a través de un contratista independiente, la norma exige que la empresa proveedora ejecute el trabajo con sus propios medios de producción, capital, personal y asumiendo sus propios riesgos. Por ello, la jurisprudencia del trabajo ha dicho que el contratista debe tener «estructura propia y un aparato productivo especializado» (CSJ SL467-2019), es decir, tratarse de un verdadero empresario, con capacidad directiva, técnica y dueño de los medios de producción, y con empleados bajo su subordinación.

Si la empresa prestadora no actúa como un genuino empresario en la ejecución del contrato comercial base, bien sea porque carece de una estructura productiva propia y/o porque los trabajadores no están bajo su

subordinación, no se estará ante un contratista independiente (art. 34 CST) sino frente a un simple intermediario que sirve para suministrar mano de obra a la empresa principal; o dicho de otro modo, se interpone para vincular formalmente a los trabajadores y ponerlos a disposición de la empresa comitente. Estos casos de fraude a la ley, conocidos en la doctrina como «hombre de paja» o falso contratista, se gobiernan por el artículo 35 del Código Sustantivo del Trabajo, en virtud del cual la empresa principal debe ser catalogada como verdadero empleador y la empresa interpuesta como un simple intermediario que, al no manifestar su calidad, debe responder de manera solidaria.

Por tanto, si bien la tercerización laboral es legítima, lo que no es legal es que a través de dicha figura las empresas se desprendan de sus plantillas para entregarlas a terceros que carecen de suficiente autonomía empresarial, bien sea que adopten la forma de cooperativas de trabajo asociado, sociedades comerciales, sindicatos (contrato sindical), empresas unipersonales, asociaciones u otro tipo de estructuras jurídicas.”

Bajo esta óptica, de las probanzas acreditadas, resulta evidente que además que el actor siempre prestó el servicio en las dependencias de la demandada COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., se evidencia que fue esta última quien proporcionó en su totalidad la logística y demás necesidades de las actividades a desarrollar, pues como ya se sostuvo, fue el mismo PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. el que catalogó al actor como su empleado y lo dotó de carné, tópico que atendiendo los postulados jurisprudenciales, advierten que EMPOSER LTDA. no encuadró su conducta bajo la égida de contratista independiente que regula el artículo 34 del C.S.T., pues no obra prueba que demuestre que su actuar siempre estuvo envuelto en el rol de un genuino empresario del contrato de colaboración que celebró con las encartadas.

Otro argumento de trascendental importancia, es que resulta ilógico que la demandada pretenda contratar personal externo a través de EMPOSER LTDA., cuando ambas gozan de un mismo objeto social según se desprende de los respectivos Certificados de Existencia y Representación Legal, más exactamente en lo que atañe a la prestación de servicios de vigilancia escoltada, aspecto que desdibuja o desnaturaliza el concepto de empresa consagrado en el artículo 32 de la Ley 50 de 1990, entendida como toda unidad de explotación económica que tenga trabajadores a su servicio, sin que sea un axioma que no pueda eventualmente suscribir contratos de prestación de servicios, pero solo para actividades que no hagan parte de su objeto

social, pues siendo de dicha naturaleza la contratación, debe realizarse a través de contrato de trabajo de forma directa.

Esto conduce a que resulta inadmisibile que al ser el objeto social de la demandada el transporte de valores y la prestación del servicio de vigilancia fija y escolta asociada al transporte de valores, no contrate directamente su personal laboral con la finalidad que se encargue de tal actividad, y tenga que recurrir a figuras ajenas a la normatividad laboral vigente.

Aunado a lo anterior, hay que señalar que no se derruye por ningún medio de convicción la presunción de existencia del contrato de trabajo ante la prestación del servicio, ni se acreditó que el actor no ejecutara las órdenes emanadas de PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.

Ello implica que, la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA sea considerada la verdadera empleadora del actor como consecuencia de la contratación sucedida entre este y las empresas SERDEMPO, EMPOSER LTDA y SEGURIDAD COSMOS LTDA, en virtud de los contratos de trabajo celebrados desde el 30 de agosto de 2011 hasta el 30 de abril de 2017. En cuanto a la manifestación de la apoderada de la demandada, referente a que el actor prestó sus servicios a otras compañías, dicha afirmación no se encontró demostrada en ninguna forma por parte de esta empresa, ya que de las pruebas debidamente allegadas al plenario se observó, por el contrario, que el actor en todo momento prestó sus servicios a PROSEGUR DE COLOMBIA, sin que pueda advertirse vinculación laboral alguna con otra entidad, razón por la cual esta Sala de Decisión, no acoge dicha manifestación.

Surge de lo anterior que la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. tenía la carga de demostrar que, pese a la prestación de esos servicios personales, no ejerció actos de subordinación sobre las actividades del trabajador, pues los servicios, en su sentir, se prestaron bajo la coordinación de un contratista independiente, quien asumía todos los riesgos para realizar la obra o actividad contratada con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva.

Pues bien, opuesto a esa exigencia, lo que se demostró en el proceso fue todo lo contrario, ya que si bien en este caso los objetos sociales tanto de PROSEGUR como de EMPOSER LTDA no son iguales, el objeto de la primera es el transporte de valores, movilización, custodia de valores, así como la vigilancia fija y escolta asociada al transporte de valores, siendo una actividad propia enmarcada dentro de los servicios de vigilancia regulados el Decreto 356 de 1994, reglamentado parcialmente por el

Decreto Nacional 3222 de 2002 y por el cual se expide el Estatuto de Vigilancia y Seguridad Privada, tal como lo indica el artículo 4, de modo que la empresa estaba autorizada para prestar la labor de escolta a través de sus trabajadores, lo cual aparentemente segmentó con el servicio de EMPOSER LTDA y SEGURIDAD COSMOS, cuyo objeto social es el servicio de seguridad y vigilancia privada con o sin armas.

Pese a lo anterior, lo cierto es que dicho servicio se prestó en o con los vehículos de la empresa contratante, y en desarrollo de actividades inherentes al giro normal de sus negocios, pero además, bajo la dirección, manejo y control de PROSEGUR DE COLOMBIA, tal como lo destaca el demandante en su interrogatorio de parte, donde adujo que ni siquiera conoció las instalaciones de EMPOSER o SEGURIDAD COSMOS, puesto que su contrato fue suscrito en las instalaciones de PROSEGUR DE COLOMBIA, con el personal de talento humano de la misma.

De todo lo anterior se concluye con facilidad que la labor que fue contratada por PROSEGUR con las también demandadas EMPOSER LTDA y SEGURIDAD COSMOS LTDA (esto es, el servicio de escolta y vigilancia), en desarrollo de la cual cumplía sus funciones el demandante OMAR EDUARDO BUITRAGO VELANDIA, está directamente relacionada con el objeto social de la primera, pues no puede entenderse de otra manera cuando precisamente su actividad principal es transportar valores, y aprovisionar cajeros como servicio que presta a sus clientes, la mayoría bancos y entidades financieras, y tan hace parte de la estructura misma del negocio que, con el propósito de desarrollar su objeto, cuenta con personal propio de planta que ejecuta esa misma labor.

De la Convención Colectiva de Trabajo pretendida por el demandante, y suscrita entre la demandada y el Sindicato Nacional de Trabajadores – SINTRAVALORES:

Como ya se refirió en el *petitum* de la demanda, el actor pretende se dé aplicabilidad a la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 que suscribiera la demandada con el Sindicato Nacional de Trabajadores – SINTRAVALORES, la cual goza de la respectiva constancia de depósito (Fls. 63-94), pues en sus artículos 3 y 5 disponen su aplicabilidad a todos los trabajadores de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., los cuales aducen:

“Artículo 3. – Campo de aplicación: La presente convención colectiva de trabajo se aplicará a todo el personal de THOMAS PROSEGUR S.A., dentro del territorio nacional donde esta compañía preste sus servicios, sin

desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean más favorables a sus trabajadores.”

“Artículo 5. – Contratación de personal: *Todos los trabajadores que entren a prestar sus servicios a **THOMAS PROSEGUR S.A.** tendrán contrato de trabajo con la empresa a término indefinido. La empresa podrá celebrar contratos por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada distinta al giro propio de las actividades de la empresa, para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio.*

*“El personal que preste sus servicios a la compañía a través de la firma de **SERDEMPO LTDA.**, que cumpla cuatro (4) meses de servicio, ipso facto quedará contratado a término indefinido con **THOMAS PROSEGUR S.A.**, reconociendo el tiempo laborado en esta firma y cualquier aumento de salario a que tenga derecho, sin nuevo periodo de prueba.*

*“Queda entendido que **THOMAS PROSEGUR S.A.**, no podrá contratar personal con otras compañías o entidades que suministren personal temporal.*

“Parágrafo: *No obstante la estipulación anterior, la empresa puede solicitar los servicios de entidades del estado, cada uno de éstos servidores no podrán laborar más de un mes continuo en la compañía y en ningún caso podrá laborar más de uno de estos servidores en cada vehículo y su labor en los vehículos blindados será de lunes a viernes”.*

De la lectura convencional, en primer lugar, se aprecia que su campo de aplicabilidad es para todo el personal de la demandada en el territorio nacional, por lo que en principio resulta palmario que el actor entraría dentro del marco de aplicación.

En lo que atañe al artículo 5, la Sala debe señalar que el personal que preste sus servicios a la demandada lo debe desarrollar mediante un contrato a término indefinido.

Debe advertirse que la demandada expone en su contestación de demanda que la Convención que se encuentra vigente para el presente asunto, es la suscrita para los años 2015-2019, situación que no se acompasa con la realidad, toda vez que de la Convención 2008-2009 no se evidencia ninguna modificación por lo menos hasta el año 2015, y al haber laborado el actor desde el año 2011, resulta valedera su aplicabilidad en el caso de marras.

Del fuero circunstancial:

Se adentrará esta Sala de Decisión a resolver si el demandante gozaba de fuero circunstancial al momento de la terminación del contrato, para lo cual es necesario mencionar el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, que establece lo siguiente:

«ARTÍCULO 25. PROTECCIÓN EN CONFLICTOS COLECTIVOS.

Los trabajadores que hubieren presentado al patrón un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto».

En virtud de lo anterior, el trabajador no podrá ser despedido sin justa causa probada durante la vigencia del arreglo del conflicto colectivo. Al respecto es menes traer a colación lo que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3317-2019, señaló:

«Como se puede observar, el fuero circunstancial es la garantía de que gozan los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados a no ser despedidos sin justa causa, entre la fecha de presentación del pliego de peticiones y la terminación de la negociación colectiva.

Esta protección es esencial para la libertad sindical, ya que evita que los afiliados a un sindicato sean despedidos selectivamente con ocasión de un conflicto colectivo y, por esa vía, se diluya el movimiento sindical. Por otro lado, le permite a los trabajadores plantear reivindicaciones laborales sin temor a ser despedidos. En tal sentido, el fuero circunstancial sienta las bases para que los interlocutores sociales entablen diálogos constructivos frente a las condiciones laborales y de empleo en la empresa, sin temor a represalias.

Ahora bien, el fuero circunstancial garantiza la continuidad laboral en la empresa, a condición de que el beneficiario del mismo observe buena conducta y cumpla sus obligaciones laborales, es decir, que se comporte como un buen trabajador. Por consiguiente, si incurre en una justa causa de despido, la protección no opera, independientemente que esta haya ocurrido antes o después de la presentación del pliego de peticiones».

Ahora bien, dado que el vínculo laboral del demandante fue terminado por vencimiento del término del contrato que suscribió en su momento con la demandada

EMPOSER LTDA – SEGURIDAD COSMOS LTDA y en virtud de la declaratoria de una relación laboral con la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., el punto central se circunscribe a establecer si para la fecha de la desvinculación aquel gozaba de fuero circunstancial.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó en la sentencia CSJ SL 10 de julio de 2012, rad. 39453, reiterada en las providencias SL 13275-2015, SL 12995-2017, SL4207-2021 y SL2834-2021, lo siguiente:

*«En consecuencia, el artículo 25 mencionado no puede entenderse en los términos sugeridos por el recurrente cuando insinúa que presentado el pliego de peticiones la protección se extiende a todos los trabajadores y en particular en este caso al demandante, dado que la norma no impone el requisito de la afiliación previa al sindicato, con lo cual desde luego, con cierto rodeo, pretende desdeñar la posición del tribunal al negar el reintegro con base en el desconocimiento de la empresa de dicho estado de afiliación del demandante, porque como ya se dijo la norma se refiere a varias hipótesis y **una de ellas ello es que si el conflicto colectivo se hace a instancias de un sindicato el fuero circunstancial protege a los afiliados al mismo, únicamente; mientras que si lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados, sólo estos están protegidos por la anotada garantía**, tal como tuvo oportunidad de precisarlo la Corte en sentencias de 11 de agosto de 2004, radicado 22.616 y de 28 de febrero de 2007, radicado 29.081. Así lo entendió el ad quem, que partió del supuesto de que el pliego fue presentado por la organización sindical y por ende sus afiliados quedaban amparados, en principio, con el aludido fuero.*

En la última sentencia aludida, dijo la Corte:

“El artículo 25 del Decreto 2351, prohíbe los despidos sin justa causa comprobada de los trabajadores que hubieren presentado al empleador un pliego de peticiones, protección que está comprendida desde la presentación de dicho pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para la solución del conflicto.

*Los artículos 10 y 36 de los Decretos Reglamentarios 1373 de 1966 y 1469 de 1978, señalaron que **la protección antes dicha cobijaba a los trabajadores afiliados a un sindicato y a los no sindicalizados que hayan presentado un pliego de peticiones, desde el momento de la presentación de tal pliego al empleador, hasta cuando el conflicto se solucionara mediante la firma de la convención colectiva o del***

pacto colectivo, o hasta que quedara ejecutoriado el laudo arbitral si fuere el caso.

La anterior reseña normativa es clara, en principio, en distinguir cuales son los trabajadores amparados por el denominado fuero circunstancial, que no son otros que los afiliados al sindicato que hayan presentado un pliego de peticiones, o a los trabajadores no sindicalizados que igualmente hubieran presentado un pliego de esa naturaleza.

Así lo ha dejado entrever la Corte, tal como puede observarse en la sentencia de casación del 11 de agosto de 2004, radicación 22616, al expresar que el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, “contiene una verdadera prohibición para el empleador y es la relacionada con despedir sin justa causa a partir del momento de serle presentado el pliego de peticiones, a cualquiera de los trabajadores que lo hubieren hecho, es decir, a los miembros del sindicato si es este el que lo presenta o a los que figuren expresamente en la lista correspondiente cuando lo hace un grupo de trabajadores no sindicalizados”.

Sin embargo, tal entendimiento no se queda en la literalidad de las disposiciones como parece concebirlo el Tribunal, por lo siguiente:

Es indudable que la teleología de las normas apunta a mantener el equilibrio de fuerzas entre los trabajadores comprometidos o interesados en el conflicto --sean o no sindicalizados-- y el empleador con el fin de evitar que éste, prevalido de su poder subordinante, utilice el despido de sus servidores para mermarles su capacidad de negociación y de contratación. Y por ello se ha dicho que un despido producido en esas circunstancias resulta inane, lo cual conlleva el restablecimiento del contrato de trabajo. Es decir que se trata de una protección eficaz.

Pero si esa protección comprende inicialmente a los trabajadores que hubieren presentado el pliego de peticiones, nada se opone a que la misma se extienda a aquellos que en el curso del conflicto decidan, de una parte, afiliarse al sindicato que promovió el conflicto y presentó el pliego de peticiones, o de otra, a aquellos no sindicalizados que se adhieran al pliego de peticiones presentados directamente por sus compañeros igualmente no pertenecientes a ninguna organización sindical. La misma teleología atrás comentada comprende esta hipótesis. (Negrilla y subraya fuera de texto)

En ese orden, se advierte que en tratándose de trabajadores sindicalizados, el fuero circunstancial está llamado a cobijar a quienes están afiliados al sindicato al momento de la presentación del pliego de peticiones y a los empleados que se vinculan en el transcurso del conflicto colectivo. De tal forma que el fuero circunstancial beneficia sólo a los trabajadores que presentan el pliego de peticiones, cuando se trata de un grupo de empleados no sindicalizados que deciden entablar un conflicto colectivo con su empleador, no siendo posible extender el beneficio a todos los trabajadores de la empresa. En consecuencia, es claro que el fuero circunstancial cobija a los trabajadores que estando afiliados a una organización sindical presentan un pliego de peticiones o se vinculan a ella mientras perdura el conflicto colectivo y a los trabajadores que pese a no pertenecer a un sindicato, deciden presentar un pliego de peticiones.

Así las cosas, en el caso de marras se encuentra demostrado que el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR – SINTRA PROSEGUR presentó un pliego de peticiones ante la demandada el día 18 de julio de 2016 (fls. 101-114), iniciando el conflicto colectivo en esa fecha, el cual al momento de presentación de demanda no había sido decidido ni concluido.

Así mismo, se debe poner de presente que el demandante se afilió a la organización sindical SINTRAPROSEGUR el 09 de septiembre de 2016, toda vez que así lo demuestra la Certificación expedida por dicha organización (fls. 98), acto que fue notificado a la demandada.

De conformidad con lo anterior, se vislumbra diáfananamente que cuando el demandante se afilió a la organización sindical SINTRAPROSEGUR, esto es, el 09 de septiembre de 2016, persistía el conflicto colectivo, por lo cual se puede afirmar que el demandante gozaba de la garantía del fuero circunstancial ya que dicha protección cobija a los trabajadores afiliados que presenten un pliego de peticiones y a quienes se vinculan al sindicato mientras perdura el conflicto colectivo, pues aun cuando el despido fue notificado por SEGURIDAD COSMOS LTDA, con fundamento en la expiración del plazo fijo pactado, al haber quedado establecido, entre el actor y la demandada PROSEGUR existió un verdadero contrato de trabajo a término indefinido, el nuevo empleador no podría tener dicha terminación como una forma legal para ello, teniendo en cuenta igualmente que la modalidad del contrato de trabajo lo es a término indefinido.

Para finalizar, advierte la Sala la existencia de dos procesos ordinarios, promovidos por el señor OMAR EDUARDO BUITRAGO VELANDIA en contra de la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., procesos que cursan en el mismo Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

Así las cosas, al haberse analizado todos los puntos de la apelación, y al no encontrar pruebas que desvirtúen lo decidido por la primera instancia, la sentencia se confirmará en su integridad. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

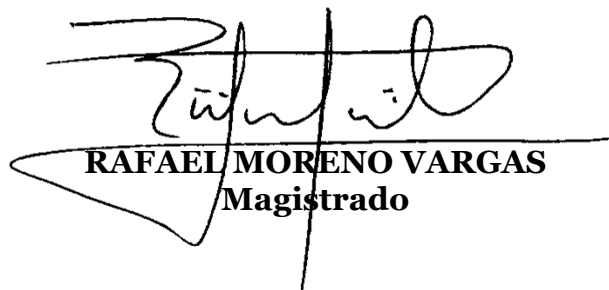
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

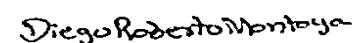
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022).

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por HECTOR ARMANDO RODRIGUEZ Y OTRO contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP. Rad. 110013105-009-2019-00880-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación formulados por las partes contra la sentencia proferida 01 de septiembre de 2021 por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá. De igual manera revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la UGPP (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **HECTOR ARMANDO RODRIGUEZ FIGUEROA** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que su derecho pensional convencional se causó el 27 de junio de 1999, con su despido por parte de la CAJA DE CREDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO. En consecuencia, se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio o mesada 14, desde la fecha en la que cumplió 55 años de edad, es decir, el 18 de agosto de 2019. En ese orden, se condene a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP, a reconocer y pagar las mesadas 14 o adicional de junio debidamente indexadas. Finalmente se condene a la demandada al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, señaló que prestó sus servicios para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero S.A. como trabajador oficial, hasta el 27 de junio de 1999, laborando por más de 20 años. Señaló que adquirió el derecho de la pensión convencional el 27 de junio de 1999, mismo que se hizo exigible a partir del 18 de agosto de 2009, momento en el que cumplió la edad de 55 años. Aseveró que el Fondo de Pasivo de Ferrocarriles Nacionales de Colombia emitió la Resolución No. 2978 del 22 de octubre de 2009, por medio de la cual le fue reconocida la pensión de jubilación convencional a partir del 18 de agosto de 2009, junto con la mesada adicional de junio o mesada 14. Aclaró que presentó una demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP con la finalidad de que se reajustara su pensión de jubilación convencional, pues al momento de liquidar la primera mesada, no se indexó el salario promedio devengado durante su último año de servicios. Aclaró que mediante la Resolución No. 043673 del 21 de noviembre de 2017, la UGPP indexó su mesada pensional, quedando en \$2.015.067 a partir del 18 de agosto de 2009. Afirmó que la UGPP de manera unilateral suspendió el pago de la mesada adicional de junio o mesada 14. Añadió que agotó la reclamación administrativa ante la demandada (Fls. 24 a 34).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

A través auto del 01 de septiembre de 2021, la A quo tuvo por no contestada la demanda por parte de la **UGPP**, toda vez que no subsanó los yerros de la contestación dentro del término otorgado (fl. 48).

Mediante audiencia pública de que trata el artículo 77 del CPT y SS, la A quo ordenó tener como sucesoras procesales a las hijas del demandante, esto es, LAURA TATIANA RODRÍGUEZ PUERRES y GINETH CAROLINA RODRÍGUEZ PUERRES (CD. Fl. 127).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 01 de septiembre de 2021, condenó a la UGPP a reconocer y pagar al señor HECTOR ARMANDO RODRÍGUEZ FIGUEROA la mesada adicional de junio, o mesada 14 de la pensión de jubilación convencional, por lo que condenó a la demandada a pagar la suma de \$30.966.055 a favor de las sucesoras procesales del demandante, es decir, LAURA TATIANA RODRÍGUEZ PUERRES y GINETH CAROLINA RODRÍGUEZ PUERRES, por concepto de mesadas adicionales retroactivas causadas desde el 18 de agosto de 2009 hasta el 30 de junio de 2020, las cuales deberán ser debidamente indexadas. A su vez, autorizó a la demandada a

descontar los aportes al sistema de seguridad social en salud del accionante. Finalmente, condenó en costas a la demandada, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.200.000.

Para arribar a tal conclusión, indicó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 consagró una mesada adicional, la cual fue limitada por el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que aquel estatuyó que, las pensiones causadas a partir de su vigencia no tienen más de trece (13) mesadas pensionales al año, salvo quienes reciben una mesada inferior a tres (3) salarios mínimos sólo si la pensión se causó antes del 31 de julio de 2011. Aseveró que la norma convencional de la Caja Agraria consagró la pensión de jubilación para los trabajadores que hayan cumplido 20 años de servicio, precisando que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha reiterado que el tiempo de servicio es la condición necesaria para la causación del derecho, mientras que el cumplimiento de la edad de 55 años, en el caso de los hombres, sólo se requiere para el disfrute del derecho pensional. Aclaró que el demandante causó el derecho a la pensión de jubilación, al momento de su desvinculación de la Caja Agraria, es decir en el año 1999, puesto que para esa data reunía más de veinticuatro (24) años de servicio y fue retirado de la entidad antes de cumplir los 55 años de edad, encontrando que el Acto Legislativo 01 de 2005 no es aplicable, es decir que sí era procedente el reconocimiento de la mesada adicional.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte demandante, presentó recurso de apelación, con el fin de que se modifique la sentencia, teniendo en cuenta que la pensión del demandante fue sustituida a sus hijas en la misma manera en la que el causante la devengaba, de tal suerte que también se debe condenar al pago de las mesadas que causen con posterioridad al fallecimiento del actor, las cuales deberán ser indexadas hasta cuando la demandada efectué el pago.

De otro lado, la parte demandada interpuso recurso de apelación contra la sentencia, arguyendo que la Ley 100 de 1993 creó una mesada adicional para los pensionados, no obstante, el Acto Legislativo 01 de 2005 modificó dicho precepto, estableciendo que los beneficiarios de la mesada adicional son las personas que adquirieron el derecho pensional antes del 29 de julio de 2005 y quienes lo adquirieron con posterioridad pero antes del 31 de julio de 2011, siempre que recibieran menos de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de efectividad de la mesada pensional. En ese orden, concluyó que el demandante

no cumple con los requisitos para recibir el pago de la mesada adicional, porque pese a que adquirió el 18 de agosto de 2009, lo cierto es que, para la fecha de efectividad de la pensión, aquel devengaba más de tres (3) salarios mínimos mensuales vigentes, momento en el que ya estaba vigente el Acto Legislativo 01 de 2005.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada UGPP presentó alegatos de conclusión en similares términos a los indicados en su recurso de alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, le corresponde a esta Corporación determinar si procede el reconocimiento de la mesada adicional de junio (mesada 14) a favor del demandante en virtud del reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que le fuera reconocida por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero en Liquidación. De otro lado, de debe analizar si procede el reconocimiento de las mesadas adicionales de junio con posterioridad al fallecimiento del actor.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, se ha de precisar que no es materia de controversia que al señor HECTOR ARMANDO RODRÍGUEZ RIGUEROA, a través de la Resolución 2978 del 22 de octubre de 2009 le fue reconocida por parte del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, pensión de jubilación convencional a partir del 18 de agosto de 2009, fecha de cumplimiento de los 55 años de edad, por haber laborado para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero entre el 01 de julio de 1974 y el 27 de junio de 1999, un total de 24 años y 357 días. La prestación se reconoció en la suma de \$1.126.093,69 (fl. 4 a 7), siendo modificada posteriormente, por la Resolución No. RDP 043673 del 21 de noviembre de 2017 en la suma de \$2.158.094,46 (fl. 8 a 15).

Ahora bien, con el ánimo de resolver la controversia planteada debe recordarse que la denominada «*mesada catorce*», fue consagrada en el artículo 142 de la Ley

100 de 1993, precisando que tenían derecho a ella «Los **pensionados** por jubilación, invalidez, **vejez** y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ... , **tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión** que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará **con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994**». Lo anterior, sin distinguir el legislador respecto a la normatividad aplicable para el reconocimiento de la pensión o la calidad del pensionado, para efectos de acceder a ese derecho, esto es, pensiones legales o extralegales.

Por su parte, el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adicionó el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, señala en su inciso 4º que «En materia pensional se respetarán todos los derechos adquiridos», a su vez en el inciso 8º se indica que «Las personas cuyo derecho a la pensión se cause **a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo** no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que **la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento**»; e igualmente, prescribe en el párrafo transitorio 6, que «Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8º del presente artículo, **aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011**, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año» (negritas y subrayas de la Sala).

Dilucidado lo anterior, debemos advertir que la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ya ha tenido la oportunidad de dar alcance al caso específico de la pensión consagrada en el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y su sindicato nacional de trabajadores, para la vigencia del 1º de enero de 1998 al 31 de diciembre de 1999, señalando que «la edad indicada en la norma deviene en una condición personal o individual que lo que permite es la exigibilidad del derecho pensional» (sentencias CSJ SL4550 -2018, SL992-2019, SL5030-2019 y SL5313-2019), de modo pues que una vez cumplidos el requisito de tiempo de servicios y desvinculado el trabajador, se causa el derecho a la pensión de jubilación convencional, puesto que el cumplimiento de la edad es una condición para su exigibilidad, sin que pueda entenderse como un requisito de configuración del derecho.

Así las cosas, tenemos entonces que el actor causó su derecho a partir del 27 de junio de 1999 fecha en que feneció el contrato de trabajo con la entidad, ello se extrae del contenido de la aludida Resolución 2975 del 22 de octubre de 2009, acto administrativo en el que indica que, en el caso particular del actor, el disfrute la prestación es a partir del 18 de agosto de 2009, fecha del cumplimiento de los 55 años de edad.

De acuerdo con lo anterior, advierte la sala que si bien es cierto, el disfrute de la pensión de jubilación se da con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, no es menos cierto que su causación data del año 1999, es decir, 6 años antes de la fecha de emisión de tal enmienda constitucional, circunstancia que sin dubitaciones hace que el actor sea acreedor a la mesada adicional reclamada, y así lo ha sostenido la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras muchas, en la providencia del 09 de octubre de 2019, CSJ SL5030-2019, donde se reiteró:

«En ese orden de ideas, se tiene que las previsiones contenidas en el Acto Legislativo 01 de 2005, específicamente, el límite temporal que consagró para beneficiarse de las prerrogativas de carácter pensional incluidas, entre otros, en convenciones colectivas de trabajo, no afectan la pensión de jubilación deprecada, en el entendido, que se causó desde el 27 de junio de 1999 y, en esa medida, constituye un derecho adquirido no susceptible de ser desconocido por esa reforma constitucional, en el que la edad es sólo un plazo futuro que estaba pendiente de cumplirse, sólo a fines de hacer exigible su pago.

*Es decir, tal restricción no le aplica al accionante por el hecho de haber cumplido la edad establecida en la convención colectiva de trabajo -55 años- el 27 de noviembre de 2010, esto es, después de la fecha indicada por el párrafo transitorio 3º del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005, es decir, después del 31 de julio de 2010, pues para esa fecha en este caso en particular, ya se había causado una prestación en su favor, **sin que ninguna incidencia tenga el nuevo mandato constitucional, que por cierto, salvaguardó los derechos adquiridos** y éste, como se vio, lo era».*

En vista de las anteriores consideraciones, para el actor la mesada adicional de junio se mantiene incólume, toda vez que para el 27 de junio de 1999 no se había expedido aún el Acto Legislativo 001 de 2005, quiere decir que al actor no le fue suprimida dicha prebenda, pues la citada reforma constitucional respetó para todos los efectos legales los derechos adquiridos con anterioridad a su vigencia, de lo que se colige que la decisión adoptada por el Juez de instancia es acertada y por ello resulta imperiosa su confirmación, sin que haya lugar a estudiar el fenómeno de la prescripción en tanto y en cuanto e tuvo por no contestada la demanda.

Frente al pago del retroactivo a las hijas del actor como sucesoras procesales con posterioridad a la fecha del fallecimiento, debe precisar la Sala que la mesada

catorce acá concedida hace parte de los derechos adquiridos del pensionado y de sus potenciales beneficiarios, empero, como no se encuentra que a las hijas del actor se les haya sustituido la prestación no puede la Sala hacer pronunciamiento alguno, de modo que se confirmará la decisión de primer grado.

En este orden de ideas, es claro que no tienen vocación de prosperar las apelaciones propuestas ni hay mérito para revocar la sentencia dada la consulta surtida a favor de la UGPP, por ello se debe confirmar la decisión en su integridad. Así se decidirá sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

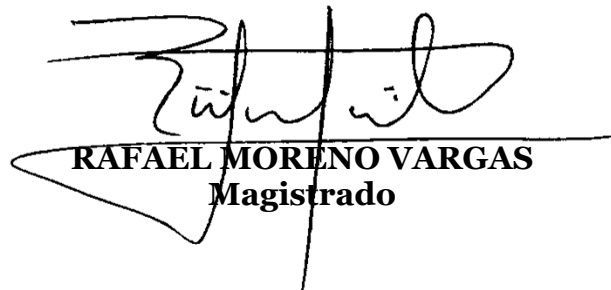
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DILMA MOLINARES PRADA contra MAPFRE COLOMBIA SEGUROS DE VIDA S.A. y CARMEN ROSA ROJAS TORRES como tercer interviniente Rad. 110013105-011-2016-00333-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionada MAPFRE, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la señora CARMEN ROSA ROJAS TORRES contra la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2022 por el Juzgado 02 Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

La señora **DILMA MOLINARES PRADA**, a través de apoderado judicial, pretende declarar que, en su calidad de cónyuge, es la única beneficiaria de la sustitución de pensión de vejez y muerte del señor FELIPE TRIANA RINCON (q.e.p.d.), al haber convivido con él desde 1987 hasta octubre de 2010, momento del fallecimiento, siendo la única persona que vivía con él; se declare descartada cualquier convivencia alterna del causante con otra persona. Se declare que debe reconocérsele y pagársele el porcentaje correspondiente de pensión de sobrevivientes indexado a la fecha de cumplimiento la cual se encontró suspendida por decisión administrativa, así como los intereses moratorios por el no pago de la pensión reconocida, el reajuste pensional correspondiente y la mesada adicional. Como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a la sociedad demandada al reconocimiento y pago en la de

pago modalidad renta vitalicia, al pago hacia futuro del porcentaje correspondiente de la pensión de sobrevivientes como fue reconocida en el año 2011, así como al correspondiente pago del reajuste sobre las mesadas dejadas de pagar, más el pago de intereses moratorios correspondiente, a ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, manifestó que conoció al señor FELIPE TRIANA RINCON en Cartagena en el año 1986, adujo que vivieron juntos desde 1990 y de esa unión nació su hija SHERY ALISON TRIANA MOLINARES en el año de 1993, explicó que cuando se conocieron como pareja se enteró de la existencia de los dos hijos de su esposo Karen y Christian, manifestó que en el tiempo de convivencia como pareja nunca supo que su pareja tuviera una convención alterna con otra pareja. Advirtió que, desde el año 1995, el fallecido fue funcionario de la Procuraduría General de la Nación y en documentos de dicha entidad se referían a su núcleo familiar figurándola como cónyuge y a sus hijos Shery Alison, Christian Felipe y Karen Dallana; expresó que su cónyuge falleció el 06 de octubre del año 2010, por lo que el 30 septiembre de 2011 COLFONDOS la declaró como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en proporción del 50%, por lo que el otro 50% le fue otorgado a SHERY ALISON TRIANA MOLINARES, quien a la fecha de causación la prestación era menor de edad y le fue negado ese derecho de pensión a Christian Felipe y Karen Dallana Triana Rojas también hijos del causante, ya que a la fecha de fallecimiento del causante eran mayores de 25 años. Expuso que, habiéndole sido efectuado un descuento a su mesada, procedió a hacer la reclamación, a lo que en respuesta obtuvo que MAPFRE COLOMBIA S.A. le estaba proporcionando una cuota a Christian Felipe, pero dicha información es de carácter reservado. Puntualizó que COLFONDOS S.A. manifestó haber contratado el pago de la pensión bajo la modalidad de renta vitalicia con MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., por lo que en enero de 2015, esta última le comunicó la suspensión del pago de la mesada pensional a partir de diciembre de 2014, en razón a una solicitud radicada sobre el mismo derecho, informó que en desacuerdo a ello, presentó derecho de petición dirigido a MAPFRE COLOMBIA S.A. solicitando el pago correspondiente a las mesadas, y en respuesta, la entidad se reafirmó en su posición inicial, por lo cual, radicó escrito de tutela ante el Juzgado 50 Civil Municipal de Bogotá, quien tuteló su derecho al mínimo vital con ocasión de la suspensión de la mesada pensional siendo apelada tal decisión, no obstante, se le ordenó a MAPFRE COLOMBIA S.A. cancelarle al menos el 50% del derecho en discusión, quedando pendiente el otro 50% de la mesada pensional, supeditado hasta tanto una decisión judicial dirimiera el asunto. Que así las cosas y transcurrido un año de suspendido el pago de su mesada pensional

y la orden del fallo de tutela ordenando dirimir el asunto, procedió a radicar derecho de petición a MAPFRE COLOMBIA S.A. en diciembre de 2015 para que le fuere pagado el 50% retenido y el pago a futuro de la mesada; sin embargo, expresó que obtuvo como respuesta el 29 diciembre de 2015 la negativa de dicho requerimiento (fls. 02 a 09).

CONTESTACION DE LA DEMANDA

La demandada **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** contestó la demanda manifestando que ni se opone ni se allana a las pretensiones, pues la señora DILMA MOLINARES PRADA es la única compañera permanente del fallecido, y a su vez CARMEN ROSA ROJAS TORRES petitionó el mismo derecho una vez radicó la solicitud de pensión del hijo interdicto, en consecuencia y dada la existencia de conflicto en el presente asunto, manifestó que conforme al artículo 2° numeral 4° de la Ley 712 de 2001, es al juez ordinario laboral a quien le compete desatar la litis, de acuerdo a lo probado en el proceso. Propuso como excepciones previas de las de «Falta de integración como tercera ad excludendum de la señora Carmen Rosa Rojas Torres» y como excepciones de fondo las de «Imposibilidad del reconocimiento y pago de las mesadas suspendidas por parte de la aseguradora, hasta tanto no exista beneficiarias», «buena fe», «pago» e «innominada o genérica» (Fls.92 a 102).

Mediante auto del 15 de junio de 2017 el juzgado de conocimiento dispuso integrar al contradictorio a la señora CARMEN ROSA ROJAS TORRES en calidad de interviniente excluyente (Fls. 132-133), la cual fue notificada por emplazamiento e intervino en el proceso a través de **CURADOR AD-LITEM**, quien impetró demanda de reconvención solicitando se declare que es beneficiaria de la pensión de sobreviviente, en calidad de compañera permanente del señor FELIPE TRIANA RINCÓN (Q.E.P.D), en atención a la convivencia que mantuvieron desde el año 1977 y hasta su fallecimiento, como consecuencia de lo anterior, solicitó se condene a la aseguradora MAPFRE COLOMBIA S.A. al pago de la pensión de sobrevivientes, al pago de los intereses moratorios sobre las sumas que resulten en la condena, todo ello debidamente indexado, así como también al pago de las costas, agencias en derecho y lo que resulte probado extra y ultra petita.

Para ello señaló que, sostuvo una relación sentimental en calidad de compañera permanente con el causante desde el año 1977, afirmó que de dicha relación se procrearon dos hijos, Cristian Felipe y Karen Dallana Triana Rojas, precisó que el 28 de marzo de 2011, el señor CRISTIAN FELIPE TRIANA ROJAS fue declarado

interdicto por el Juzgado 05 de familia de Bogotá, en consecuencia, fue designada la señora CARMEN ROSA ROJAS TORRES como guardadora, finalmente aseguró que como consecuencia del fallecimiento del señor FELIPE TRIANA (Q.E.P.D), presentó solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente el 03 de enero de 2014 (Fls. 185 a 189).

La demandada **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** contestó la demanda de reconvención señalando que ni se opone ni se allana a que se declare que la señora CARMEN ROSA ROJAS TORRES es beneficiaria de la pensión del fallecido, siempre y cuando cumpla los requisitos estatuidos en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, no obstante, anotó que no existe prueba que permita demostrar que la tercera ad excludendum convivió con el señor FELIPE TRIANA RINCON (Q.E.P.D) hasta la fecha del deceso, aunado al hecho que la señora DILMA MOLINARES PRADA petitionó el mismo derecho; en consecuencia, dada la existencia de conflicto de beneficiarias, indicó que no es posible aceptar como única beneficiaria a la promotora de la litis, por cuanto conforme el artículo 6° de la Ley 1204 de 2008 es al juez ordinario laboral a quien le compete desatar la controversia, de acuerdo o lo probado en el proceso. Como excepciones de fondo presentó las de «imposibilidad del reconocimiento y pago de las mesadas suspendidas por parte de la aseguradora, hasta tanto no exista pronunciamiento de la justicia laboral que dirima el conflicto de beneficiarias», «buena fe», «pago», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 194 – 197).

Así entonces, **DILMA MOLINARES PRADA**, contestó la demanda de reconvención argumentando para tal efecto que, la convivencia que la señora CARMEN ROSA ROJAS TORRES argumenta con el pensionado fallecido **FELIPE TRIANA RINCÓN** desde el año 1977 hasta la fecha de su fallecimiento no se dio, pues destacó que fue con ella con quien convivió, incluso en varias ciudades junto con su hija, mencionó que no desconoce que el causante procreó dos hijos por fuera del matrimonio, pero no fueron producto de la relación que se alega en la demanda reconvenida. Adujo que desconoce la petición de reconocimiento de pensión alegada del 03 de enero de 2014, como también ante quien procedió ni las pruebas para ello, y, aun así, no fue notificada de la solicitud con las respectivas pruebas que pretendía hacer valer. Como excepciones presentó las de «presentación extemporánea de la demanda de reconvención» y «carencia total de fundamento legal en derecho solicitado». (Fls. 199 – 189)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 02 Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 29 de septiembre de 2021, declaró como beneficiaria única del 50% de la pensión de sobrevivientes del causante FELIPE TRIANA RINCÓN a la señora DILMA MOLINARES PRADA, condenó a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS a pagar a la demandante DILMA MOLINARES PRADA la suma por concepto del 25% suspendido de las mesadas pensionales causadas desde el 01 de julio de 2015 al 31 de agosto de 2021, debidamente indexado al momento de su pago. Autorizó a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS para que de la anterior cifra descuenta lo correspondiente a los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS y parcialmente probada la excepción de pago, asimismo, negó las pretensiones de la demanda en reconvención presentadas por CARMEN ROSA ROJAS TORRES, finalmente condenó en costas a la demandada MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS y fijó como agencias en derecho la suma de un SMLMV.

Para arribar a la anterior conclusión, en principio, señaló que es el afiliado quien debe dejar causado el derecho pensional, así como quienes solicitan el otorgamiento pensional deben corroborar la dependencia económica, rangos de edad, incapacidades, etc.; indicó que el derecho a la sustitución pensional debe revisarse conforme a la normatividad vigente a la fecha de fallecimiento del causante. Señaló que, conforme al material probatorio, la fecha de fallecimiento del causante fue el 06 de octubre de 2010, por lo que la regulación determinante para el estudio pensional son los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, en ese sentido, advirtió que, respecto de la demandante, MAPFRE COLOMBIA S.A. no debió poner en duda su calidad de beneficiaria, y así suspender el pago de las mesadas pensionales, cuando ya existía un reconocimiento de derechos deprecado. Manifestó que, el trámite prestacional se suspende cuando existen solicitudes simultaneas entre dos o más personas que pretenden el mismo derecho pensional, no siendo este el caso entre la beneficiaria reconocida y la que pretende serlo, pues la señora CARMEN ROJAS TORRES solicitó el reconocimiento del derecho el 03 de enero de 2014, habiendo pasado más de dos años luego de que COLFONDOS S.A. hubiere reconocido la calidad de pensionada a la señora DILMA MOLINARES, por lo que, la demandante ya tenía una situación jurídica consolidada al momento de la reclamación de la compañera permanente. Resaltó que cuando existe una simultaneidad de reclamaciones de un cónyuge o compañero(a) permanente que no convivió los últimos años con el causante pero con quien existe una sociedad anterior conyugal no disuelta, la ley ha establecido que la mesada se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido,

en concordancia a lo establecido por la Corte Constitucional, la cual mediante Sentencia T-002 de 2015 a su vez recordó lo ya establecido en Sentencia T-301 de 2010 frente al alcance del artículo 6 de la Ley 1204 de 2008, y en donde se logra dilucidar dos reglas generales aplicables a todos los casos de simultaneidad de reclamaciones en materia de pensiones de sobrevivientes y unas reglas particulares dependiendo del caso concreto, estas son: 1-La aplicación del criterio material para establecer al beneficiario que será quien haya convivido con el beneficiario hasta su muerte, y 2- La obligación de suspender el pago de la pensión cuando exista controversia en la reclamación hasta tanto la jurisdicción ordinaria no resuelva el asunto. Evidenció que el juez de tutela al amparó los derechos fundamentales de la actora, apoyado en la tesis de la SL CSJ en Sentencia SL 2826 de 2021 donde se plasma el derrotero jurisprudencial frente a las condiciones reconocidas por las entidades reconocidas, y según lo expuesto por la mencionada Sala en Sentencia 31055 del 12 de diciembre de 2007, si los requisitos para la pensión de vejez no están satisfechos para la fecha del fallecimiento, los eventuales beneficiarios de la pensión de sobrevivientes son los mismos de la indemnización sustitutiva. Dicho lo anterior, concluyó que es incuestionable la calidad de beneficiaria de la demandante de la pensión de sobrevivientes con base a lo argumentado en las pruebas testimoniales y el mismo interrogatorio de parte, al dar cuenta de la convivencia que existió entre la demandante y el causante, y la cual no fue simultánea con la tercera ad excludendum no llegando a acreditarla, por lo que tuvo como única beneficiaria a la señora DILMA MOLINARES PRADA. Respecto de los intereses moratorios los consideró improcedentes frente a haberse suspendido el pago de la mesada, en subsidio, reconoció la indexación de las condenas impuestas y declaró parcialmente las excepciones imposibilidad de reconocimiento y pago de las mesadas suspendidas por parte de la aseguradora y la de pago por parte de MAPFRE COLOMBIA S.A.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la parte demandada **MAPFRE COLOMBIA S.A.**, inconforme con la decisión, presentó recurso de apelación de manera parcial, en cuanto a la variación porcentual anual de los porcentajes reconocidos en el incremento de la mesada pensional, teniendo en cuenta que las reglas fijadas para efectos de determinar las mesadas superiores a 2 SMLMV tienen un incremento diferente, adicional a ello, mencionó que debe tenerse en cuenta que aunque la entidad propuso la excepción de pago, habían consignaciones efectuadas con posterioridad a la declaratoria de la suspensión, por lo que solicita revisar las fechas sobre las cuales MAPFRE COLOMBIA S.A. realizó los descuentos y el no pago de la

mesada pensional, finalmente consideró que no debió ser condenado en costas, ya que los intereses moratorios eran improcedentes en la medida que el debate procesal debía efectuarse a través del operador judicial, por lo que deben ir a cargo de la tercero ad excludendum por haber guardado silencio respecto de las pretensiones de la demanda.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionante DILMA MOLINARES PRADA presentó alegatos de conclusión solicitando se confirme la decisión de primer grado. Los demás sujetos del proceso guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no observando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Corporación determinar en virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de CARMEN ROSA ROJAS TORRES y el recurso de apelación aquí formulado, si a la mencionada señora le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes; de otro lado, se estudiará si hay lugar a la condena por concepto de costas y agencias en derecho y, por último, verificará si los valores ordenados en la sentencia se encuentran ajustados a derecho.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico, debe advertirse que se acreditó que el causante FELIPE TRIANA RINCÓ falleció el 06 de octubre de 2010 según se evidencia en el Registro Civil de Defunción visto a folio 30; quien se encontraba afiliado a la AFP COLFONDOS habiendo acreditado más de 50 semanas en los últimos tres años de vida, entidad que le concedió pensión de sobrevivientes a la señora DILMA MOLINARES PRADA en un 50% en calidad de cónyuge supérstite y el otro 50% a la menor SHERY ALISON TRIANA MOLINARES, en su condición de hija del causante y la actora; lo anterior, según comunicación del 30 de septiembre de 2011 (fls. 12 a 15), cuya cuantía del 100% se calculó para el año 2016 en \$1.627.181. Posteriormente, la aseguradora Mapfre que asumió la prestación en la modalidad de renta vitalicia, incluyó un nuevo beneficiario, hijo invalido del causante que responde al nombre de CHRISTIAN FELIPE TRIANA ROJAS, a partir del mes de enero del año 2015, ello en

virtud de la reclamación efectuada por este y su señora madre, CARMEN ROSA ROJAS TORRES (fls. 114, 123 a 128). En tal virtud, MAPFRE procedió a suspender el 50% de la mesada pensional que percibía la señora DILMA MOLINARES PRADA a partir del mes de diciembre de 2014 hasta el mes de junio de 2015 cuando en virtud de una orden emitida por sentencia de tutela, procedió a pagar el 25% de la mesada hasta tanto se dirimiera ante la justicia ordinaria el conflicto con la otra potencial beneficiaria (fls. 53 a 61, 63).

Lo anterior pone de presente de forma preliminar que se dejó configurado el derecho a la pensión de sobrevivientes por parte del causante; de igual modo, al no haber sido objeto de apelación que la señora demandante DILMA MOLINARES PRADA es beneficiaria de la prestación por sobrevivencia en calidad de cónyuge del causante, la Sala no hará ninguna consideración al respecto; y para determinar si la tercera interviniente CARMEN ROSA ROJAS TORRES, tiene derecho al reconocimiento y pago de la prestación por sobrevivientes, específicamente en lo que refiere a la convivencia, el estudio debe realizarse según los requisitos exigidos por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, por ser esta normativa la vigente al momento del fallecimiento del causante.

La aludida norma contempla, para lo que interesa al presente proceso, que tendrán derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el grupo familiar del pensionado por vejez que fallezca por riesgo común, de lo que se colige que el caso del causante se ubica en éste supuesto, por lo que se considera que dejó causado el derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con lo cual el asunto a decidir se centra en la demostración de la convivencia efectiva con el causante, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que exige, tanto para el cónyuge como para el compañero supérstite acreditar un tiempo de convivencia no inferior a 5 años anteriores a la muerte de la asegurada o pensionada fallecida, así como también exige que los beneficiarios a la fecha del deceso tengan 30 o más años de edad.

No obstante lo anterior, la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, recientemente en sentencia CSJ SL1730-2020 del tres (3) de junio de dos mil veinte (2020), fijó *«el verdadero alcance de la disposición acusada, a la luz del precepto constitucional de favorabilidad, in dubio pro operario, esto es, que la convivencia mínima de cinco (5) años, en el supuesto previsto en el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, solo es exigible en caso de muerte del pensionado»*, para lo cual, morigeró igualmente el rigorismo en el sentido de precisar que *«no hay lugar a efectuar ninguna distinción entre beneficiarios de un mismo tipo de causante, para*

el caso un afiliado, esto es, según la forma en la que se constituya el núcleo familiar, si lo es por vínculos jurídicos o naturales, en tanto éste, es decir, el núcleo familiar, es lo que protege el Sistema General de Seguridad Social. Así lo recordó la Corte Constitucional, en el análisis de constitucionalidad efectuado al art. 163 de la Ley 100 de 1993, antes de ser modificado por el art. 218 de la Ley 1753 de 2015, en la sentencia CC C-521-2007, que en torno al concepto de familia y su protección sin discriminación, en consideraciones que se avienen al Sistema Pensional».

Advirtió igualmente el Alto Tribunal, lo siguiente:

«...de la redacción del precepto legal, se itera, el literal a) del art. 13 de la Ley 797 de 2003, que modificó el art. 47 de la Ley 100 de 1993, se advierte con suma claridad y contundencia que **la exigencia de un tiempo mínimo de convivencia de 5 años allí contenida, se encuentra relacionada únicamente al caso en que la pensión de sobrevivientes se causa por muerte del pensionado**; una intelección distinta, comporta la variación de su sentido y alcance, toda vez que, no puede desconocerse tal distinción, que fue expresamente prevista por el legislador en la norma acusada (...)

Desde la expedición de la Ley 100 de 1993, ha sido clara la intención del legislador al establecer una diferenciación entre beneficiarios de la pensión de sobrevivientes por la muerte de afiliados al sistema no pensionados, y la de pensionados, esto es, la conocida como sustitución pensional, previendo como requisito tan solo en este último caso, un tiempo mínimo de convivencia, procurando con ello evitar conductas fraudulentas, «convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes», por la muerte de quien venía disfrutando de una pensión.

La evidente y contundente distinción efectuada por el legislador en el precepto que se analiza, comporta una legítima finalidad, que perfectamente se acompasa con la principal de la institución que regula, la protección del núcleo familiar del asegurado o asegurada que fallece, que puede verse afectado por la ausencia de la contribución económica que aquel o aquella proporcionaba, bajo el entendido de la ayuda y soporte mutuo que está presente en la familia, que ya sea constituida por vínculos naturales o jurídicos, que en todas sus modalidades se encuentra constitucionalmente protegida, como núcleo esencial de la sociedad (art. 42 CN).

En este punto resulta necesario precisar, que conforme al análisis hasta aquí efectuado, de lo dispuesto en el **literal a)** del art. 13 de la Ley 797 de 2003, **para ser considerado beneficiario de la pensión de sobrevivientes, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia**, toda vez que con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y **la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte**, se da cumplimiento al supuesto previsto en el literal de la norma analizado, que da lugar al reconocimiento de las prestaciones derivadas de la contingencia, esto es, la pensión de sobrevivientes, o en su caso, la indemnización sustitutiva de la misma o la

devolución de saldos, de acuerdo al régimen de que se trate, y el cumplimiento de los requisitos para la causación de una u otra prestación.

(...)

Por último, se precisa que, aunque aparentemente la diferenciación implícita en la disposición analizada surge discriminatoria, a la luz de lo dispuesto en el art. 13 de la CN ello no puede entenderse así, por cuanto la igualdad solo puede predicarse entre iguales, debiendo justamente establecerse para salvaguardar ese principio, la diferencia de trato entre desiguales.

En este caso, el elemento diferenciador lo constituye la condición en la que se encuentra el asegurado causante de la prestación, de un lado, el afiliado que está sufragando el seguro para cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, que no tiene un derecho pensional consolidado, pero se encuentra en construcción del mismo, y para dejar causada la pensión de sobrevivientes requiere el cumplimiento de una densidad mínima de cotizaciones prevista en la ley.

Por otra parte, el pensionado, que con un derecho consolidado, deja causada la prestación a los miembros de su núcleo familiar con el solo hecho de la muerte, circunstancia en la que adquiere relevancia la exigencia de un mínimo de tiempo de convivencia, se itera, para evitar fraudes al sistema pensional, proteger su núcleo familiar de reclamaciones artificiosas y contener conductas dirigidas a la obtención injustificada de beneficios económicos del Sistema, cuya sostenibilidad debe salvaguardarse de tales actuaciones, precisamente para que sea posible el cumplimiento de los fines para los cuales fue previsto». <Resaltados fuera del texto>.

En ese orden de ideas, para ser considerado beneficiario de la prestación por sobrevivencia, en condición de cónyuge o compañero o compañera permanente supérstite respecto del afiliado al sistema que fallece, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia, sino que, debe acreditarse tal calidad y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte, sin que haya lugar a efectuarse distinción alguna entre el tipo de beneficiarios, acreditándose en todo caso, también la presencia de ese vínculo dinámico y actuante de solidaridad y acompañamiento espiritual o económico, aún en la separación, toda vez que sólo ante la demostración del perjuicio que causa la ausencia del pensionado o afiliado fallecido, puede colegirse que su muerte le ha generado la carencia económica, moral o afectiva, que es la que busca atender la seguridad social y que justifica su intervención (sentencia SL 11536 de 2017).

De conformidad con los parámetros legales y jurisprudenciales expuestos, una vez analizado el expediente no se evidencia por parte de la Sala ningún elemento material probatorio que permita establecer si la mencionada señora CARMEN ROSA ROJA TORRES convivía efectivamente con el afiliado causante al momento de su fallecimiento, de ahí que, deba confirmarse en el grado jurisdiccional de consulta la decisión absolutoria tomada en primera instancia.

Ahora bien, frente al monto de la prestación, no le asiste razón a la parte apelante al discutir los incrementos anuales, pues según comunicación obrante a folio 125 la misma entidad demandada indica que el valor de la prestación al año 2015 era de \$1.827.114, de modo que el 25% que le faltaba a la demandante para completar el 50% de la prestación corresponde a \$456.779 para el año 2015. De igual manera, como el valor total de la pensión es superior al mínimo legal mensual vigente su incremento anual debe calcularse conforme a la variación anual de precios al consumidor (IPC), tal y como lo efectuó la juez a quo en ese puntual aspecto. En todo caso, se procede a efectuar la respectiva liquidación para verificar las operaciones:

EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES.			25% mesada	No. Mesadas adeudadas	Total
AÑO	IPC Variación	MESADA			
2.015	0,0677	\$ 1.827.114	\$ 456.779	7	\$ 3.197.450
2.016	0,0575	\$ 1.950.810	\$ 487.702	13	\$ 6.340.131
2.017	0,0409	\$ 2.062.981	\$ 515.745	13	\$ 6.704.689
2.018	0,0318	\$ 2.147.357	\$ 536.839	13	\$ 6.978.911
2.019	0,0380	\$ 2.215.643	\$ 553.911	13	\$ 7.200.840
2.020	0,0161	\$ 2.299.837	\$ 574.959	13	\$ 7.474.472
2.021	0,0562	\$ 2.336.865	\$ 584.216	8	\$ 4.673.730
TOTAL, RETROACTIVO					\$ 42.570.222

Dicho retroactivo, resultó inferior al que calculó la juez a quo al mes de agosto de 2021 (\$45.823.585), por lo que habrá de modificarse la decisión en este aparte, precisándose que dicha suma deberá ser indexada al momento del pago; sumado a ello, se le indica a la parte recurrente que no hay lugar a compensar suma alguna en tanto y en cuanto, no se demostraron pagos por parte de la aseguradora con posterioridad a la fecha en que le fue suspendido el pago a la demandante.

Con relación a la condena en costas, estima la Sala que no ha debido elevarse condena, toda vez que la demanda se efectuó en virtud de lo dispuesto por el artículo 6º de la Ley 1204 de 2008, norma que determina que quién debe dirimir las controversias relacionadas con la discusión entre eventuales beneficiarias es la jurisdicción ordinaria laboral, lo que quiere decir que el proceso no se inició por las actuaciones de MAPFRE, sino por imperativo legal, situación objetiva que justifica que no sean impuestas las costas procesales, de ahí que deba revocarse la decisión en este puntualísimo aspecto.

En virtud de los argumentos expuestos, queda agotada la competencia de la Sala y por tanto se modificará la decisión de primera instancia. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional causado por concepto del 25% de la mesada suspendida entre el 1º de julio de 2015 y el 31 de agosto de 2021, asciende a la suma de \$42.570.222, sin perjuicio del que se cause en lo sucesivo, conforme se consideró en precedencia. En lo demás se confirma el ordinal.

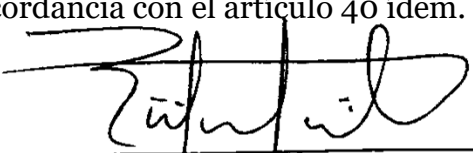
SEGUNDO: REVOCAR el ordinal quinto de la sentencia de primera instancia, para en su lugar absolver de la condena en costas allí impuesta.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primer grado.

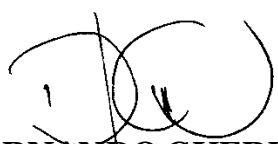
CUARTO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por CLARA INES POSADA DEL VALLE contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y OTRO. Rad. 110013105-011-2018-00412-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, el 28 de octubre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **CLARA INES POSADA DEL VALLE** pretende se declare la nulidad del traslado y afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –RAIS, por falta al deber de información y buen consejo de COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy AFP PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS, que la indujo al error de consentimiento viciado. Como consecuencia de lo anterior, solicita se active su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida –RPMPD, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, de igual modo, pretende se certifique la simulación del valor de la mesada pensional que se devengaría con COLPENSIONES, y del valor a devengar en OLD MUTUAL PENSIONES Y

CESANTÍAS S.A., así también la fecha que fue trasladada, con copia auténtica del respectivo documento mediante el cual se efectuó lo solicitado.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el día 11 de junio de 1961, expuso que el 13 de septiembre de 1984 empezó a cotizar al Instituto del Seguro Social -ISS, acogéndose al RPMPD, y ante la creación y promoción de los Fondos de Pensiones Privados en julio de 1999, se trasladó del RPMPD al RAIS sin que se le informara en su momento por parte de la AFP COLMENA la proyección de la mesada pensional, tanto en el RPMPD, como en el RAIS. De la misma manera. Señaló que, en mayo del 2000 se trasladó de COLMENA S.A. a SANTANDER S.A., a su vez, en enero del 2009, se trasladó nuevamente a ING. S.A., y finalmente, en agosto de 2010, se trasladó de SANTANDER S.A. a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy OLD MUTUAL S.A., en donde cotiza en la actualidad. Aunado a lo anterior, explicó que SANTANDER S.A., nunca le notificó la posibilidades de trasladarse en el año de gracia que otorgó la Ley 797 de 2003, ni mucho menos le notificó antes de cumplir los 10 años para acceder a la pensión que ese era el último término en el que podía realizar el traslado, adujo que si bien firmó el documento de la afiliación y traslado a COLMENA S.A., expresando su voluntad, ello fue realizado por falta de información veraz, completa y suficiente al no ser debidamente asesorada, ni informada sobre las implicaciones y consecuencias de trasladarse de régimen pensional. Manifestó que el 08 de mayo de 2018 elevó derecho de petición a OLD MUTUAL S.A., el 09 de mayo de 2018 a COLPENSIONES y el 10 de mayo de 2018 a PROTECCIÓN S.A., solicitando declarar la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, de lo cual, OLD MUTUAL S.A. y PROTECCION S.A., dieron respuesta negando lo solicitado, y COLPENSIONES no respondió de fondo, en atención ello, efectuó cálculo de ella arrojando un valor al periodo de agosto del 2018 un SMLMV en el RAIS y en RPM un valor de \$2.994.436.00 (fls. 03 a 19).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre toda vez que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con la edad de 32 años, por lo que no contaba con la edad ni con los 15 años de cotización, debido a que para esa fecha llevaba 3.8 años cotizando, por tanto la accionante no puede ser beneficiaria del régimen de transición referido en el artículo 36 de la mencionada Ley, de otro lado informó que para el día 09 de mayo del 2018, fecha en la cual solicitó ante COLPENSIONES el

retorno, contaba con 56 años de edad, encontrándose dentro de una prohibición legal de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993: y mucho menos, cumple los requisitos señalados en las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Agregó que la accionante no hizo uso de su derecho al retracto y dentro del expediente no evidenció prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, ni tampoco nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, finalmente advirtió que tampoco cumple con los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, para poderse trasladar de régimen en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida», «prescripción», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «innominada o genérica» (fls. 88 a 96 fte. y vto.).

Por su parte, **OLD MUTUAL S.A.** contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre, por considerar que el 20 de junio de 2010, la actora suscribió formulario de solicitud de vinculación con SKANDIA S.A, como el traslado de la AFP HORIZONTE, afiliación que se hizo efectiva el 01 de agosto de 2010. Expuso que de acuerdo con la Ley, la selección de régimen dentro del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte de la afiliada, por lo que en tal sentido, al seleccionar el RAIS, la actora aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, más aún cuando el traslado a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., provino de la Administradora HORIZONTE y no de una entidad del RPMPD además indicó que la elección libre y voluntaria de la demandante, se materializa con la suscripción del formulario de afiliación, tal y como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995. Propuso como excepciones de fondo las de «prescripción», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «buena fe» y «genérica» (fls. 108 a 114).

La **AFP PROTECCION S.A.** contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, pasados 20 años desde su vinculación, debe presumirse por razones de buena fe la gestión transparente desplegada por los asesores comerciales de la administradora, por lo que corresponde a la accionante demostrar que omitieron información que indujo a su consentimiento desinformado. Añadió que, no es responsable de la activación de la

afiliación en el Régimen de Prima Media que administra COLPENSIONES, dado que tal pretensión persigue una conducta de parte de entidades distintas a ella y en el evento de un fallo favorable a los Intereses de la parte actora, sería OLD MUTUAL la actual administradora de la demandante, y a su vez la obligada al traslado de aportes solicitados. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «inexistencia de la nulidad alegada por no haber un vicio en el consentimiento», «saneamiento por ratificación de la nulidad alegada», «prescripción» y «excepción genérica» (Fls. 171 a 176).

Mediante auto del 20 de febrero de 2020, se dispuso vincular a la litis a la **AFP PORVENIR S.A.** (fl. 189), la cual, una vez notificada, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que estas no están dirigidas en su contra, sino a un tercero como lo son PROTECCIÓN S.A., OLD MUTUAL y COLPENSIONES; agregando que la parte actora pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Anotó que siempre le garantizó el derecho de retracto al demandante, llamándole la atención que 11 años después de su vinculación alegue vicio del consentimiento, que no existió, cuando tuvo amplio tiempo para solicitar ampliación de la información, expresar inconformidad, o solicitar el traslado de régimen o de AFP. Formuló como excepciones de mérito las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «Buena fe» (fls. 208 a 218).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 28 de octubre del 2021, declaró la ineficacia de la afiliación celebrada entre CLARA INÉS DEL VALLE POSADA y la AFP COLMENA hoy AFP PROTECCION S.A. en abril de 2000, habiendo permanecido siempre en el RPMPD, condenó a la AFP OLD MUTUAL S.A., trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante, tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del Código Civil y los gastos de administración, y así, a admitir el traslado con sus aportes al RPMPD, aunado a ello, declaró no probados los hechos sustento de las excepciones formuladas por la pasiva y condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal conclusión, consideró el a quo, en síntesis, que jurisprudencialmente se tiene decantado que es deber de las administradoras del

RAIS el buen consejo, en aras de darle a conocer al afiliado los beneficios e inconvenientes que comporta el traslado del Régimen pensional: adujo que se debe identificar si la presunta falta de información al momento de trasladarse o al régimen pensional, producía o no un efecto cierto y adverso al potencial afiliado que trasgrediera los principios fundamentales como lo es la autonomía en la voluntad del afiliado, la libre elección y la sostenibilidad financiera. Señaló que en la jurisprudencia se han indicado los parámetros para cumplir con el deber de información de las administradoras de fondos de pensiones y estando en cabeza de estas la carga de probar que se brindó la información pertinente sobre dicho traslado, pero que en este caso no se probó y ni siquiera hubo un hecho de confesión, no obstante, advirtió que hubo negligencia por parte de la actora al momento de efectuar tres traslados horizontales dentro del RAIS no percatándose sobre la información entre uno y otro Régimen pensional, sin embargo, resaltó que las AFP'S no demostraron el contenido y alcance de la información suministrada a la demandante al momento de efectuar su traslado del RPMPD al RAIS. Declaró no probados los hechos en sustento de las excepciones planteadas por parte de la pasiva, particularmente la de prescripción, en el entendido que si bien es cierto existe un término trienal para hacer efectivo los derechos laborales a partir de la simple reclamación, no es menos cierto que se está frente a un derecho pensional de carácter imprescriptible. Finalmente añadió que se logró establecer que más allá del formato de afiliación del fondo de pensiones no obra ninguna otra prueba que permita establecer que en efecto se brindó una correcta asesoría y se cumplió con dicho deber a cabalidad y según lo antes dicho estimó necesario declarar la ineficacia del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PORVENIR** apeló la decisión de manera parcial frente al numeral 6° de la sentencia, señalando para tal efecto que la entidad ha sido en el presente proceso un convocado ante una autoridad en virtud de una demanda instaurada en su contra, añadiendo que las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas deben presumirse la buena fe de las primeras, de manera que aquel que pretenda impugnar sus actos como de mala fe, deberá demostrarlos por los medios idóneos, con lo cual esgrimió que sustentaba la apelación en torno a la condena en costas.

De igual modo, la apoderada de **COLPENSIONES** apeló la sentencia, señalando para tal finalidad que, el artículo 167 del Código General del Proceso ha puesto de presente jurisprudencialmente que frente a la carga de la prueba, los vicios de

error, fuerza y dolo deben ser demostrados por las partes que los alegan y puede trasladarse a la entidad la carga de probar que no actuó con dolo, lo cual estimó desproporcionado, siendo afectada la sostenibilidad pensional, máxime cuando la afiliación se dio en octubre de 1999, transcurriendo 22 años a la fecha y configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción de traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, así entonces, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1516 del Código Civil y el 167 del Código General del Proceso le corresponde a la demandante la carga de probar dicho supuesto, lo que no se evidenció durante el proceso.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión. Las demandadas PROTECCIÓN S.A., PORVENIR y COLPENSIONES solicitando se revoque la decisión. Por su parte, la parte actora solicitó que se confirme la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y en tal sentido, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la

decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 21, obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 11 de junio de 1961, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2018, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a OLD MUTUAL, COLPENSIONES y PROTECCION S.A. el 08 de mayo de 2018 y el 09 de mayo de 2018, respectivamente (Fls. 22 a 29, 34 a 41 y 43 a 50), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 202,29 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Fl. 57), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 02 de agosto de 1999, según información registrada en el formulario de afiliación a la AFP COLMENA S.A. (Fl. 59).

¹ [1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que

guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen, la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (02 de agosto de 1999), plasmado en el formulario de afiliación a COLMENA S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben

retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

De igual modo, es menester precisar que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

« [...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, se debe recordar que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido las AFP accionadas, incluida la vinculada AFP PORVENIR que también adoptó una posición defensiva y se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

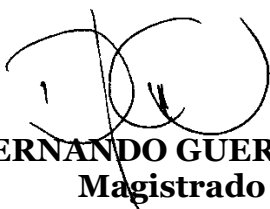
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL**
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Proceso ordinario laboral de PEDRO JULIO LUQUE CORTES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 110013105-011-2018-00706-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las partes, contra la sentencia proferida por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá el 21 de octubre de 2021. De igual manera, revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **PEDRO JULIO LUQUE CORTES** promovió demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que la pensión de vejez debió ser reconocida desde el momento en el que se configuró el derecho, esto es, el 09 de septiembre de 2013. Asimismo, se declare que tiene derecho a la reliquidación de la pensión y al incremento pensional contemplado en el Acuerdo 049 de 1990. En consecuencia, se condene a COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional a partir del 09 de septiembre de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2014, junto con la diferencia entre la mesada que percibe y la que resulte de la reliquidación. Igualmente, se condene al pago de los incrementos contemplados en los literales a) y b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 e intereses moratorios. En subsidio la indexación de las sumas reconocidas en la sentencia, más costas y agencias en derecho, así como lo ultra y extra petita.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, relató que nació el día 09 de septiembre de 1953 y para el 01 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, aunado a que, para el 25 de julio de 2005 había cotizado más de 750 semanas al sistema general de pensiones. Mencionó que reunió los requisitos para adquirir el estatus de pensionado, el 09 de septiembre de 2013, pues para esa data ya había cumplido 60 años y tenía más de 1.000 semanas cotizadas. Indicó que COLPENSIONES le reconoció la pensión de vejez mediante la Resolución GNR 404143 del 19 de junio de 2014, conforme a lo establecido en el Decreto 758 de 1990, en cuantía de \$835.340 efectiva a partir del 01 de diciembre de 2014. Argumentó que cumplió la edad de 60 años el 09 de septiembre de 2013, momento para el que ya había reportado la novedad de retiro del sistema, pues cotizó como trabajador dependiente de la empresa JACARI LTDA hasta el 31 de agosto de 2013. Aclaró que su cónyuge, la señora STELLA CANRO RIVERA, depende económicamente de él, dado que no es pensionada, ni tiene expectativa de acceder a pensión alguna. Agregó que el 23 de agosto de 2017 presentó la reclamación administrativa ante COLPENSIONES, empero la entidad negó sus pedimentos (fls. 2 a 17).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, el demandante tiene derecho al reconocimiento pensional desde el momento en el que adquirió el estatus pensional, esto es el 09 de septiembre de 2013, por cuanto antes de esa fecha no se presenta novedad de retiro. Aseguró que para realizar el cálculo del IBL de la pensión del demandante, se tuvieron en cuenta los aportes realizados durante toda su vida, por ser más favorable, de acuerdo con el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Aclaró que el demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiario de los incrementos contemplados en los literales a) y b) del artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aunado a que, aquellos fueron objeto de la derogatoria orgánica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tal como fue señalado en la sentencia SU 140 de 2019. Como excepciones de fondo, propuso las de «inexistencia del derecho al retroactivo pretendido», «cobro de lo no debido», «buena fe de Colpensiones», «no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno», «no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indexación moratoria», «pago», «compensación», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público», «prescripción» e «innominada o genérica» (Fls. 65 a 74).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 21 de octubre de 2021, el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez desde el 09 de septiembre de 2013, en consecuencia, condenó a COLPENSIONES al pago del retroactivo pensional causado entre el 09 de septiembre de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2014, mismo que deberá ser cancelado debidamente indexado. Absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que el reconocimiento pensional del demandante se dio con ocasión a que es beneficiario del régimen de transición, específicamente del Decreto 758 de 1990, donde se establece que la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión de vejez es de 60 años de edad, junto con 500 semanas de cotización. Arguyó que de acuerdo al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el IBL resulta del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales se haya cotizado durante toda la vida o los últimos 10 años, según sea más favorable. En ese orden, indicó que COLPENSIONES liquidó la mesada pensional en valor de \$835.340, pues el IBL fue de \$928.155 con una tasa de reemplazo del 90%, mientras que, el IBL calculado sobre todas las cotizaciones del demandante es de \$908.388, arrojando una mesada pensional de \$835.340 y con el IBL de los últimos 10 años sería de \$818.449, en consecuencia, la liquidación realizada por la demandada fue más favorable. Manifestó que al demandante se le reconoció la pensión de vejez a partir del 18 de noviembre de 2014, pese a que el momento en el que cumplió con los requisitos de edad y densidad de semanas de cotización, fue el 09 de septiembre de 2013. Preciso que, según la Sala de Casación Laboral de la CSJ, para el disfrute del derecho pensional, es necesario que se presente la novedad de retiro del sistema, circunstancia que se deduce desde que el demandante cumplió 60 años de edad, pues con posterioridad no realizó más cotizaciones al sistema general de pensiones. De allí que consideró procedente el reconocimiento del retroactivo pensional desde el 09 de septiembre de 2013 hasta el 30 de noviembre de 2014. Agregó que dicha suma debe ser pagada debidamente indexada, toda vez que ello equilibra la pérdida del poder adquisitivo del dinero.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la apoderada judicial del demandante interpuso recurso de apelación parcial, argumentando que, hay lugar a reconocer el pago de los intereses moratorios, toda vez que se demostró ante COLPENSIONES que la

causación del derecho pensional se había configurado el 09 de septiembre de 2013, allegando todas las pruebas necesarias y suficientes para acreditar el retiro del sistema de seguridad social, sin embargo, la entidad de mala fe negó el reconocimiento del derecho desde esa data. Por ende, solicitó modificar el numeral segundo de la sentencia para en su lugar condenar a la demandada al pago de intereses moratorios.

Por su parte, el apoderado judicial de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, argumentando que las sentencias de tutela de la Corte Constitucional, han dicho que se debe distinguir entre la causación del derecho pensional y el disfrute de las mesadas. Aseveró que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha dicho que no es dable confundir la causación del derecho con su disfrute, pues la primera ocurre desde cuando el afiliado cumple con los requisitos de edad y densidad de cotizaciones, mientras que el disfrute ocurre cuando el interesado solicite el reconocimiento pensional previa desafiliación del sistema. Aseveró que al demandante se le reconoció la pensión de vejez, haciéndose efectiva desde la fecha de inclusión en la nómina, es decir, el 01 de diciembre de 2014, pues no se acreditó el retiro del sistema de pensiones y según la historia laboral, no presenta novedad de retiro para el ciclo de agosto de 2013.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES alegó en similares términos a los expuestos en la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura establecer si a la parte actora le asiste el derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pretendido, junto con los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES

Previo a descender sobre el problema jurídico planteado, es menester precisar que no es materia de controversia que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE

PENSIONES –COLPENSIONES mediante sentencia GNR 404143 del 18 de noviembre de 2014 le concedió pensión de vejez a PEDRO JULIO LUQUE CORTÉS a partir del 1º de diciembre de 2014, en cuantía inicial de \$3835.340. En el citado acto administrativo, se advierte que la entidad señaló como fecha en que el afiliado alcanzó el estatus jurídico el día 09 de septiembre de 2013, argumentando reconocer el disfrute a partir de la referida fecha por cuanto el asegurado se encontraba activo y no presentaba novedad de retiro en el sistema (fls. 25 a 28 y CD fl. 75).

También se encuentra debidamente acreditado dentro del plenario, de conformidad con las distintas historias laborales allegadas al plenario (folios 29 a 33, 94 a 100, 112 a 114 y Exp. Aditivo. CD fl. 75), que la última cotización efectuada por el demandante lo fue con el empleador «*JACARI LIMITADA*» para el ciclo de agosto de 2018.

Ahora bien, en cuanto al retroactivo pensional solicitado, estima la Sala que si bien el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1993 regula lo referente al disfrute de la pensión de vejez, exigiendo para ello la desafiliación al sistema, no es menos cierto que la Sala de Casación Laboral, en sentencias SL607-2017, CSJ SL163-2018 y CSJ SL2061-2021, ha reiterado lo expuesto en anterior oportunidad por esa Corporación, indicando que por regla general se requiere manifestación expresa acerca de la desafiliación del sistema y que le corresponde en principio al empleador informar la cesación de cotizaciones por renuncia del trabajador, por reunir los requisitos para acceder a la pensión de vejez; no obstante, la jurisprudencia ha consentido que excepcionalmente ante la falta de esa información, ésta puede provenir de actos externos e inequívocos que demuestren que esa es la voluntad del afiliado, como por ejemplo dejar de cotizar, cumplir la totalidad de los requisitos y solicitar el reconocimiento de la prestación por parte de este (Sentencias del 7 de septiembre de 2004, radicación 22630, del 20 de octubre de 2009, radicación 35605 y del 1 de septiembre de 2009, radicación 34514, pronunciamientos que han sido reiterados en las sentencias SL5603-2016, SL11895-2017 y SL11895-2017, SL415-2018 y SL3608-2018), postura que esta Sala de Decisión ha aplicado reiteradamente.

En el caso sometido a consideración de esta Sala, puede observarse claramente como la parte actora satisfizo a cabalidad todos los presupuestos desarrollados por la jurisprudencia para entenderse su desafiliación al sistema:

(i) Desde el 19 de septiembre de 2013 (fl. 22) solicitó el reconocimiento y pago de

su pensión de vejez, es decir, desde dicha fecha ejerció ante la demandada, una conducta inequívoca que era su deseo retirarse del sistema, aunado a que:

(ii) El señor LUQUE CORTÉS, adquirió el estatus de pensionado desde el 09 de septiembre 20013, fecha para la cual, tenía más de 1.000 semanas de cotización conforme al artículo 12 del Decreto 758 de 1990, en aplicación del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y ya había cumplido 60 años de edad.

(iii) El empleador «*JACARI LIMITADA*», dejó de cotizar desde el 30 de agosto de 2018, tal y como lo refleja el reporte de semanas cotizadas en pensiones, sumado a que en el último de ellos se refleja la novedad de retiro para ese ciclo (fls. 112 a 114).

Lo anterior resulta más que suficiente para determinar que le asiste derecho al demandante al disfrute de la prestación en fecha anterior a la otorgada por COLPENSIONES y en tal medida, estima la Sala que se cumple a cabalidad con el requisito legal exigido por el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, de tal manera que no son de recibo los argumentos expuestos por la accionada, puesto que con meridiana claridad, se observa que en éste caso se cumplen no sólo las condiciones analizadas en la jurisprudencia, sino también que se reportó la novedad de retiro por parte del empleador, y en tal sentido, hay lugar a modificar la fecha de disfrute a partir del 01 julio de 2017, fecha en la que el actor ya tenía cumplidos tanto la edad como el requisito de semanas para causar la pensión de vejez, tal como la misma entidad lo reconoció.

Dilucidado lo anterior, se deberá confirmar lo decidido en primera instancia en cuanto a este punto en particular y, con el ánimo de calcular el retroactivo adeudado se tiene que la prestación fue reconocida para el año 2014 en la suma de \$835.340, suma que no es motivo de discrepancia en esta instancia, de modo que debe deflactarse al año 2013. En tal medida una vez efectuadas las operaciones de rigor arrojó una mesada para esa anualidad por un monto de \$819.433.

Se debe anotar que este retroactivo no se encuentra prescrito, en la medida que el mismo se causó a partir del 09 de septiembre de 2013, el demandante solicitó la prestación el 19 de septiembre de 2013 (fl. 22), y esta le fue reconocida mediante Resolución GNR 404143 de 2014, notificada el 27 el noviembre de 2014 (fls. 24 a 28); y el retroactivo pensional fue reclamado el 23 de agosto de 2017, siendo resuelta la solicitud a través de la Resolución SUB 181729 del 31 de agosto de 2017

que a su vez fue notificada el 06 de septiembre de 2017 (fls. 46 a 51), y como quiera que la demanda fue promovida el 14 de diciembre de 2018 (fl. 58), no se excedió el término previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

En ese orden y con la finalidad de verificar si el retroactivo concedido en primera instancia se encuentra debidamente calculado se procede a realizar las operaciones aritméticas del caso, arrojando una suma ligeramente superior de \$13.629.585, empero como este puntual aspecto no fue controvertido por la parte actora, no se modificará porque este aparte de la decisión se revisa en favor de COLPENSIONES tanto por la consulta como por la apelación propuesta, de modo que se estaría en contravía con el principio de la no *reformatio in pejus*. Lo anterior conforme al siguiente cuadro ilustrativo:

AÑO	Mesadas Reajustadas	No. Mesadas	Retroactivo
2013	\$ 819.433	4,40	\$3.605.505
2014	\$ 835.340	12	\$10.024.080
TOTAL			\$13.629.585

Frente a la imposición de los intereses moratorios regulados por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, debe decirse que si bien la H. Sala Laboral de la H. C.S.J. en la sentencia SL – 787 del 6 de noviembre de 2013, determinó que no habrá lugar a la imposición de los mismos cuando se encuentre plenamente justificado la negación del derecho invocado, bien sea porque la entidad hubiera actuado con pleno respaldo normativo, ora porque su postura provenga de la aplicación minuciosa de la ley, sin los alcances que en su momento pueda darse por las autoridades judiciales en su interpretación de las normas sociales, no es menos cierto que ello no se configura en el caso de marras, pues no se observa ninguna razón atendible ni respaldo normativo frente a la renuencia de la demandada en proceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez reclamada desde el 09 de septiembre de 2013, pues como se vio, para ese momento el demandante ya tenía causados los requisitos para acceder a la pensión de vejez, habiéndose incluso reportado la novedad de retiro a pensión, para así reconocer la prestación desde el momento que cumplió la edad requerida, de suerte que no es posible dar aplicación en este caso concreto a la citada jurisprudencia que permita su exoneración.

En este orden, se tiene que la fecha de la petición pensional fue el 19 de septiembre de 2013 (fl. 22), se colige entonces que el periodo de gracia de 4 meses en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la

Ley 797 de 2003, vencería el 19 de enero de 2014, habiéndose producido el reconocimiento pensional hasta el 18 de noviembre de 2014, con fecha de disfrute 01 de diciembre de 2014, de ahí que, los citados intereses sobre el retroactivo adeudado se causan a partir del 20 de enero de 2014, hasta la fecha en que se realice el pago sobre las mesadas retroactivas que se adeudan. Se advierte, los intereses se calculan a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, certificada por la Superintendencia Financiera para el periodo correspondiente al momento en que se efectúe el pago, intereses que no se liquidan en concreto, por cuanto esta liquidación a la fecha de la sentencia resulta innecesaria, pues la tasa de interés moratorio debe ser la vigente en el momento en que se efectuó el pago, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Por esta razón, se modificará el ordinal primero de la sentencia bajo estudio en el entendido de revocarse la indexación allí otorgada, para acceder a los referidos intereses.

De igual manera, se confirma la decisión en el sentido de autorizar a COLPENSIONES para que del retroactivo efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que se debe realizar al pensionado.

En tal virtud, quedan resueltas las apelaciones formuladas por las partes y la consulta a favor de Colpensiones. De tal modo que, se modificará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

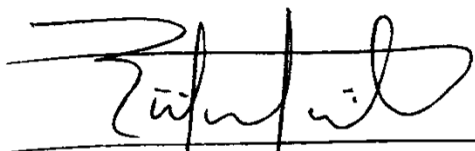
PRIMERO: MODIFICAR EL ORDINAL PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de revocar la condena por indexación y en su lugar, se precisa que al demandante sobre el retroactivo por mesadas pensionales adeudadas se le pagarán intereses moratorios desde el 20 de enero de 2014 hasta el momento que se produzca el pago y se calcularán a la tasa máxima de interés para créditos de libre asignación, vigente en el momento en que se efectuó el pago.

SEGUNDO: Confirmar en lo demás la sentencia recurrida y consultada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

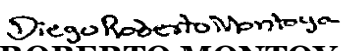
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por RICARDO JESUS PRADA SAFI contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- Y OTRO Rad. 110013105-012-2020-00442-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación incoado, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la accionada PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá el 15 de octubre de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (Art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **RICARDO JESUS PRADA SAFI** promovió demanda ordinaria laboral en la que pretende que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, efectuado a través de la AFP PROTECCIÓN S.A. En consecuencia, se condene a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes existentes en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, intereses, comisiones, cuotas de administración y bonos pensionales. Se condene al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 02 de enero de 1962 y efectuó cotizaciones en el Instituto de Seguros Sociales-ISS desde el mes de julio de 1982 hasta agosto de 1998, cuando se trasladó al RAIS, mediante la AFP PROTECCIÓN S.A. Explicó que la asesora comercial del fondo privado le aseguró que el ISS desaparecería y que de no trasladarse, corría el riesgo de perder sus aportes, guardando silencio sobre las consecuencias del cambio de régimen, las desventajas y ventajas de cada régimen. Manifestó que el 24 de enero de 2019 solicitó a la AFP PROTECCIÓN autorizar su traslado de régimen, sin embargo, la entidad respondió negando la petición e informando que su mesada pensional en el RAIS correspondería a la suma de \$1.097.762. En el mismo sentido, el 01 de octubre de 2020, radicó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, empero negó su solicitud (Expediente Digital: 001. DEMANDA Y ANEXOS (fl. 1-91) Págs. 1-10).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, el actor gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen lo cual demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió para el cambio de régimen y que la selección del mismo y de la administradora, fue producto de una decisión libre, espontánea y sin presiones. En razón a ello, expuso que la accionante decidió trasladarse de fondo, que fue válidamente afiliado a PROTECCIÓN S.A. y no se probó error, fuerza o dolo en su afiliación por lo cual no procede la declaratoria de nulidad y/o ineficacia. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción y caducidad», «inexistencia del derecho y de la obligación», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «declaratoria de otras excepciones». (Expediente Digital: 005. CONTESTACION COLPENSIONES (FL. 124-154) Págs. 3 a 10).

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, la afiliación del actor fue un acto válido y exento de vicios en el consentimiento, pues el formulario de vinculación que suscribió de manera libre y espontánea, documento que tiene la naturaleza de un verdadero contrato por el que surgen derechos y obligaciones a cargo de ambas partes. Recordó que el monto de la pensión en el RAIS está ligado a situaciones económicas y a cambios normativos como los que ocurrieron con la Resolución 1555 de 2010. Mencionó

que no es dable aceptar que la forma en la que se liquida la pensión de vejez en el RAIS cause la ineficacia de la afiliación, pues esa fórmula está consagrada en la Ley 100 de 1993. Indicó que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de régimen establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa» e «innominada o genérica» (Expediente Digital 007. CONTESTACION PROTECCION (FL. 155-242) Págs. 3 a 25).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del día 15 de octubre de 2021, declaró la ineficacia de la afiliación que realizó el señor RICARDO JESUS PRADA SAFI al RAIS realizado el 1 de septiembre de 1998 a la AFP PROTECCIÓN S.A. Declaró válida la vinculación del accionante al RPMPD, administrado hoy por COLPENSIONES. Condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido de la afiliación del accionante, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, rendimientos y costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en el RAIS, dineros debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado al RPMPD. Condenó a COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre PROTECCIÓN S.A. y una vez ingresen los dineros deberá actualizar su información en la historia laboral. Condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, aludió inicialmente a la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en torno a la garantía de la libertad informada y el hecho de que los fondos de pensiones no pueden justificar la falta a su deber de información con decir que al momento de su creación no contaban con la obligación de informar a sus afiliados, pues siempre les ha sido aplicable el Decreto Ley 663 de 1993. Aseveró que es deber de las AFP demostrar que no hubo ninguna irregularidad al momento de brindar la información a los afiliados y por lo tanto tienen la carga de la prueba de proveer a los jueces de todos los medios suficientes que permitan concluir que al momento del traslado, el afiliado contaba con los elementos de juicio suficientes para efectuar su afiliación o traslado de manera libre y voluntaria. En ese sentido,

expuso que el traslado al RAIS se encuentra probado con el formulario de afiliación, sin embargo, estimó, que ello no era suficiente para demostrar la existencia del traslado sino que se imponía la verificación de que se produjo bajo el presupuesto de la libre información, de suerte que le correspondía la carga de la prueba al fondo de pensiones de acreditar que cumplió con dicho presupuesto, lo cual no fue demostrado, existiendo una falta directa al deber de información por parte de PROTECCIÓN. Concluyó indicando que el accionante no confesó haber recibido información por parte del fondo privado, por lo que su consentimiento no fue informado. Precisó que la proyección realizada por la AFP PROTECCIÓN S.A, del 2019 se dio con motivo de una solicitud del actor, aunado a que, ello no es suficiente para dar por cumplido el deber de información al momento del traslado del régimen, esto es, en 1988.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de **PROTECCIÓN S.A.** apeló la decisión contra la orden de trasladar los gastos de administración, argumentando que, la Ley 100 de 1993 estableció la obligatoriedad de efectuar los cobros por concepto de gastos de administración a cargo de los aportes a pensión de cada afiliado, sin que sea posible elegir a quién sí le efectúa el descuento y a quién no. Mencionó que los gastos de administración hacen parte esencial del sistema general de pensiones como la retribución a los fondos de pensiones por la administración de los recursos, labor que permite que el demandante haya obtenido unos rendimientos financieros. Indicó que el demandante no se acercó ante la AFP, ni a COLPENSIONES para preguntar sobre su futuro pensional, así como tampoco realizó ningún acto tendiente a la generación de los rendimientos. En ese orden, afirmó que esas condenas van en contra del ordenamiento jurídico colombiano y constituyen un enriquecimiento sin justa causa por parte del accionante, aunado a que, se configura una condena en perjuicios a cargo del patrimonio de la AFP, pese a que se no se debatió la existencia de la responsabilidad civil, generando una violación al debido proceso. Agregó que carece de congruencia el hecho de que se declare la ineficacia del acto pero para beneficiar al afiliado se ordena el traslado de los rendimientos financieros, como si el acto sí hubiera producido efectos. Aseveró que se debe tener en cuenta lo dicho en el artículo 1746 del Código Civil sobre las restituciones mutuas. En ese sentido, precisó que en caso de que se aplique la ineficacia se debe hacer en estricto sentido, ordenando que la AFP conserve los rendimientos financieros y en ese caso, sí restituya los gastos de administración.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte actora presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleve a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes

de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 15 del archivo «001. DEMANDA Y ANEXOS (fl. 1-91)», obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 02 de enero de 1962, por lo que cumplirá 62 años el mismo día y mes del 2024, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PROTECCIÓN y COLPENSIONES el 24 de enero de 2019 y el 01 de enero de 2020, respectivamente (págs. 16 a 19), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 602.71 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: GRP-SCH-HL-66554443332211_1924-20210217094922), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 21 de julio de 1998, según información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Exp. Digital: 007. CONTESTACION PROTECCION (FL. 155-242), Pág. 26).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integral al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar

el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (21 de julio de 1998), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

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

hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que el demandante no sea beneficiario del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar al demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisonal en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **confirmará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

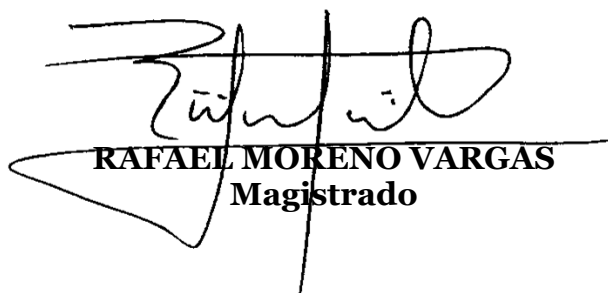
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos y alcances allí consignados.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

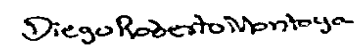
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por WILLIAM ALBERTO ROCHA ORTIZ contra PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA Y OTROS.
Rad. 110013105-014-2017-00459-02.**

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, el día 16 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **WILLIAM ALBERTO ROCHA ORTIZ** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo a término indefinido con PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA, quien terminó sin justa causa la relación laboral. En consecuencia, se condene a PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA y a ECOPETROL S.A. como responsable solidaria, al pago de la ½ hora extra diaria utilizada para la charla obligatoria de seguridad, más la indemnización por terminación sin justa causa del contrato, la indemnización moratoria y la suma de \$58.950.000 por concepto de daños y perjuicios morales. Igualmente, se condene a las demandadas al pago de la reliquidación de las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima legal y la prima convencional, así como la sanción por no consignación de cesantías e intereses a las cesantías. Finalmente, se condene a las demandadas al pago de lo ultra y extra petita, junto con las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que el 12 de marzo de 2010 suscribió contrato de trabajo por duración de la obra o labor con PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA, para desempeñar el cargo de Operador de Subsuelo Nivel B Radio Operador a favor de ECOPETROL S.A. Explicó que dicho contrato fue terminado y liquidado el 29 de enero de 2011, empero suscribió un nuevo contrato el 30 de enero de 2011, mismo que fue liquidado el 07 de febrero de 2012. Manifestó que el 08 de febrero de 2012 firmó un nuevo contrato, el cual fue modificado por un Otrosí y fue finalizado el 04 de octubre el 2012, por lo que al día siguiente suscribió un nuevo contrato, mismo que finalizó el 11 de julio de 2013 y finalmente, el 12 de julio del 2013, firmó un nuevo contrato de trabajo. Aseguró que el 13 de agosto de 2013, la demandada dio por finalizado el contrato de trabajo sin justa causa, aclarando que se trató de una única relación laboral en la que desempeñó el mismo cargo. Mencionó que los salarios, prestaciones y beneficios de ECOPETROL lo cobijan por ser trabajador de una contratista. Afirmó que cumplió con un horario de 5:30 am a 6 pm durante una semana y de 5:30 pm a 6 am en la semana siguiente, precisando que entre las 5:30 am y las 6:00 am se realizaba una charla de seguridad de carácter obligatorio, lo cual ocurría también entre las 5:30 pm y las 6 pm. Aseguró que el 17 de junio de 2014, se acordó entre la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo-USO y PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA, que esta última pagaría el valor de la 1/2 hora extra laborada con motivo de las charlas de seguridad a los trabajadores vinculados al momento del acuerdo. Agregó que la accionada no le canceló la 1/2 hora extra diaria, ni las tuvo en cuenta para liquidar cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio legal y extra legal. Adujo que la finalización de su contrato de trabajo no se produjo porque el objeto del contrato hubiese finalizado sino por las políticas de contratación que la comunidad le exige a ECOPETROL, las cuales quedaron consignadas en el Acta de Reunión del 02 de junio de 2013 en los siguientes términos “no más personal foráneo (...) Ascenso en vigilancia y perforación y Ley 50” (fls. 457 a 489).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada sociedad **ECOPETROL S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra bajo el entendido que entre esta y el demandante no existió ninguna relación laboral, debido a que suscribió el contrato No. 5208459 con PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA, sociedad que presta el servicio de manera independiente, con autonomía técnica y administrativa de acuerdo al artículo 24 del CST. Manifestó que el artículo 1 del Decreto 284 de 1957 describe las actividades consideradas como propias de la

industria del petróleo, criterio con el que establece si el salario a pagar es el convencional o el legal. Aseguró que el actor prestó el servicio de Radio Operador para PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA, es decir, que aquella es la única responsable de cumplir con la normatividad laboral por ser la empleadora. Arguyó que para que se predique la responsabilidad solidaria es necesario que la actividad ejecutada sea propia de la industria del petróleo y que el trabajador desarrolle funciones propias del contrato privado celebrado entre las empresas, es decir, que debe existir nexo de causalidad entre el demandante y el contrato de prestación de servicios celebrado por las empresas, empero ello no se acreditó. Formuló como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación», «falta de causa y título para pedir», «Inexistencia de solidaridad», «Cobro de lo no debido», «buena fe», «Prescripción», «Falta de legitimación en la causa por pasiva» y «la genérica que resulte probada en el proceso» (fls. 597 a 611).

Igualmente, llamó en garantía a **LIBERTY SEGUROS S.A.**, quien una vez debidamente vinculada, contestó la demanda argumentando que no es posible predicar la existencia de responsabilidad solidaria por parte de ECOPETROL S.A., toda vez que la labor contratada con PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA no hace parte del giro ordinario de aquella. Señaló que entre el demandante y PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA se suscribieron varios contratos por obra o labor, los cuales están debidamente diferenciados, dado que cada uno tenía como objeto el desarrollo de la labor en un lugar completamente distinto. Indicó que el actor no tiene derecho al pago de la ½ hora extra diaria, pues el acuerdo celebrado entre la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo-USO y PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA, sólo favorece a los trabajadores vinculados al momento de la celebración de dicho acuerdo, esto es el 17 de junio de 2014, no obstante, la relación laboral del accionante finalizó el 13 de agosto de 2013. Arguyó que el vínculo laboral del demandante finalizó por la culminación de la labor para la cual fue contratado, aunado a que, la acción para reclamar el pago de sus derechos esta prescrita. Propuso como excepciones de mérito las de «Coadyuvancia de las excepciones propuestas por PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA y ECOPETROL S.A.», «Ausencia de solidaridad entre ECOPETROL S.A. y PIONEER DE COLOMBIA SDAD COLOMBIA LTDA», «Inexistencia y/o sobreestimación de perjuicio moral» y «Prescripción» (fls. 754 a 775).

De otro lado, frente al llamamiento en garantía contestó manifestando que cualquier condena a su cargo sólo procede en el evento en el que se determine que ECOPETROL es responsable solidaria de las acreencias laborales del demandante causadas por el incumplimiento del contratista afianzado, es decir, PIONEER DE

COLOMBIA SDAD LTDA. Formuló como excepciones de mérito las de «ausencia de cobertura de la Póliza de Cumplimiento por Ausencia de Responsabilidad de ECOPETROL S.A.», «La responsabilidad de LIBERTY SEGUROS S.A. se circunscribe a lo estrictamente pactado en el Contrato de seguro», «Ausencia de cobertura de la Póliza de Cumplimiento frente a la sanción moratoria», «La responsabilidad de LIBERTY SEGUROS S.A. se encuentra limitada al valor de la suma asegurada» y «Prescripción de las acciones derivadas del Contrato de Seguro de Cumplimiento No. 1619961» (fls. 775 a 792).

A su turno, la demandada **PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que suscribió diferentes contratos de trabajo con el demandante, los cuales fueron ejecutados y liquidados de manera independiente con solución de continuidad. Mencionó que cada contrato celebrado con el actor tuvo un objeto diferente, por cuanto se trató de obras diferentes. Aseveró que los otros íes pactados con el demandante se ajustaron al ordenamiento jurídico, toda vez que fueron acordados de manera consciente, espontánea y libre de cualquier vicio del consentimiento, aunado a que no se afectaron los derechos mínimos del trabajador. Recordó que el accionante no tiene derecho a los beneficios establecidos en el acuerdo suscrito con la USO, en tanto sólo aplica para los contratos de trabajo vigentes al momento de su celebración, es decir, el 17 de junio de 2014, momento en el que la relación laboral del actor ya había finalizado. Agregó que el demandante ni siquiera acreditó su asistencia a las charlas de seguridad. Formuló como excepciones las de «ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales», «prescripción», «Inexistencia de una relación laboral a término indefinido en virtud de la aplicación del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades», «la terminación del contrato de trabajo del día 13 de agosto de 2013 se dio atendiendo a una justa causa, consagrada en el literal D del artículo 61 del CST», «Pago total y oportuno de las acreencias laborales», «reconocimiento y pago de las acreencias convenidas entre la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo-USO y la empresa Pioneer de Colombia SDAD LTDA del 17 de junio de 2014» y «buena fe de Pioneer de Colombia SDAD LTDA» (Fl. 648 a 678).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el día 04 de junio de 2021, absolvió a las accionadas **PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA**, **ECOPETROL S.A.** y a la llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.**, de las

pretensiones de la demanda. Igualmente, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción en relación con los derechos causados y no reclamados con anterioridad al 05 de agosto de 2013.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, expuso que el artículo 45 del CST permite la celebración de un contrato laboral por el tiempo que dure una obra o labor determinada, precisando que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ dice que su duración está sujeta al tiempo necesario para la culminación de la obra o labor pactada, lo cual depende de su propia naturaleza y no de la voluntad de las partes. Explicó que la demandada PIONEER disponía de taladros y herramientas para la perforación de los pozos situados en un mismo lote o porción de terreno, denominado clúster, mismos que estaban ubicados en municipios diferentes de los Llanos Orientales, por lo que la perforación de cada uno de ellos representaba una operación u obra diferente, lo cual fue confirmado por el señor Diego Luis Sandoval Suarez, quien supuso que para cada exploración se hacía un contrato diferente por cuanto era una locación distinta, aunado a que, en la descripción del objeto de cada uno de los contratos suscritos entre las partes, se especificó el número del pozo, el clúster y el municipio en el que estaba ubicado. Además, precisó que, de conformidad con el contrato suscrito entre ECOPETROL y PIONEER, ésta última tenía la obligación de contratar personal idóneo para desarrollar la labor, incluyendo un Radio Operador. Mencionó que, según lo declarado por los testigos, se trató de una labor determinada, por lo que, una vez ejecutadas esas actividades específicas, el vínculo se extinguía. Adicionó que el ordenamiento jurídico no prohíbe que se suscriban contratos por obra o labor de manera sucesiva. De otro lado, señaló que los derechos laborales causados con anterioridad al 05 de agosto de 2013 se encuentran prescritos, toda vez que el vínculo finalizó el 13 de agosto de 2013, la reclamación fue instaurada el 05 de agosto de 2016 y la demanda fue presentada el 16 de julio de 2017. Aseveró que el demandante no tiene derecho al pago de la media hora extra diaria pretendida, dado que su pago se originó en un acto jurídico suscrito con posterioridad a la terminación de su contrato, máxime cuando se aclaró en el mismo documento que el reconocimiento y pago sería a favor de los trabajadores vinculados para esa data. Agregó que no se acreditó que entre el 05 de agosto de 2013 y el 13 de agosto de 2013, el demandante haya prestado sus servicios, pues pudo ser su tiempo de descanso. Por ello, estimó que no hay lugar al pago de las horas extras, ni a la sanción moratoria, así como tampoco a la reliquidación de las acreencias. Indicó que para el reconocimiento y pago de la indemnización consagrada en el artículo 64 del CST, es necesario que el trabajador demuestre el hecho del despido, lo cual no

ocurrió, precisando que dicha indemnización contiene la reparación de los daños patrimoniales, mientras que, el daño moral debe ser acreditado.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte actora presentó recurso de apelación, argumentando que, la A quo incurrió en un defecto sustantivo, al haber interpretado de manera errada el artículo 45 del CST. Arguyó que, durante más de 3 años y 5 meses, el demandante desempeñó la labor de Radio Operador, lo que se acompasa con lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en que los contratos por obra o labor no pueden ser atemporales, sino que se debe especificar el momento de la finalización de forma clara, de lo contrario, se trata de un contrato a término indefinido. Aseguró que la función de Radio Operador es administrativa, pues no está relacionada con la excavación de los pozos, de forma tal que se trata de una actividad que la demandada requiere permanentemente, tanto así que el demandante fue sustituido con otro Radio Operador, tal como lo manifestó el señor Diego Luis Sandoval Suarez. Afirmó que la A quo omitió pronunciarse sobre el Acuerdo suscrito por ECOPETROL y la Junta de Acción Comunal, donde se estableció que no debía existir más personal foráneo, razón por la que ocurrió el despido del demandante. Expresó que los contratos laborales suscritos por el demandante sufrieron modificaciones por medio de varios Otrosí, no obstante, no se trató de nuevos contratos, por cuanto nunca fueron liquidados, aunado a que, el cambio del clúster no implica el cambio de las funciones para las que fue contratado el trabajador. En gracia de discusión, señaló que aun cuando PIONEER y ECOPETROL hubieran celebrado un nuevo contrato comercial de prestación de servicios por cada obra, ello no significa que el trabajador debe correr la misma suerte, dado que se trata de una labor permanente en la empresa. Agregó que ocurrió una terminación sin justa causa, más aún, teniendo en cuenta que no se demostró cuándo finalizó la obra. Señaló que las Juntas de Acción Comunal en los territorios de explotación del petróleo tienen gran influencia, por lo que ECOPETROL influyó en PIONEER para despedir a los trabajadores foráneos, sin tener en cuenta el procedimiento de la sustitución de personal estipulado en el contrato suscrito entre las demandadas. En ese orden, consideró que procede el pago de la indemnización por despido sin justa causa por el tiempo faltante de la obra. De otro lado, afirmó que las horas extras pretendidas deben ser canceladas, toda vez que tal como lo afirmó el señor Diego Luis Sandoval Suarez, los trabajadores sí debían laborar esa media hora adicional, máxime cuando se trata de un tiempo que debe ser retribuido y tenido en cuenta para el pago de los salarios y acreencias laborales, tal como sucedió con los demás trabajadores que sí recibieron

el pago y de acuerdo a los principios de irrenunciabilidad e igualdad. Afirmó que la A quo desconoció el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, pues PIONEER debió consignar la totalidad de las cesantías ente el 2010, 2011 y el 2012, pues se trató de un contrato a término indefinido. Reiteró que los cargos que se requieren permanentemente deben ser a término indefinido, de acuerdo a la jurisprudencia de la CSJ, asimismo que los contratos por obra o labor no pueden ser atemporales, ni pueden ser prorrogados por medio de Otrosí. Agregó que se incurrió en un defecto fáctico, por cuanto no se apreció correctamente el material probatorio, pues se probó que el contrato laboral fue a término indefinido; que no se pagaron las horas extras; que el despido ocurrió por causas imputables a PIONEER y que hubo mala fe por parte de la demandada. Adujo que la A quo no se pronunció sobre la responsabilidad solidaria de ECOPETROL, por ser la empresa beneficiaria de las labores del demandante. Finalmente, solicitó que se revoque la sentencia, para condenar a PIONEER y declarar como responsable solidaria a ECOPETROL.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada ECOPETROL presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión absolutoria de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMAS JURÍDICOS

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Sala de Decisión en los precisos términos del artículo 66A del CPTSS, establecer si hay lugar a declarar que entre el demandante WILLIAM ALBERTO ROCHA ORTIZ y PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA, existió un contrato de trabajo a término indefinido. De otro lado, compete determinar si el contrato laboral del demandante fue finalizado sin justa causa e igualmente, si procede el pago de las horas extras reclamadas por el accionante. Finalmente, en caso de que tales pretensiones sean prosperas, se precisará si existe responsabilidad solidaria por parte de ECOPETROL S.A.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico y en atención a lo dispuesto por el artículo 66A del CPTSS, debe advertirse que en esta instancia judicial no se discute que el

demandante inició a prestar sus servicios para PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA desde el 12 de marzo de 2010, según se desprende de la copia del contrato de trabajo obrante a folios 118 y 119, así como que todo vínculo laboral entre las partes cesó el 13 de agosto de 2013, pues así lo prueba la liquidación definitiva de acreencias laborales (fls. 147 y 148), aspectos sobre los cuales no se realizará manifestación alguna. Tampoco se discute en esta instancia lo relativo a los derechos causados con anterioridad al 05 de agosto de 2013, toda vez que fue el término prescriptivo fijado por la a quo, sin que fuese motivo de alzada.

Ahora bien, con la finalidad de resolver el primer problema jurídico planteado, es necesario recordar que la legislación laboral prevé que los contratos laborales pueden estar sujetos a la duración de una obra o labor determinada, tal como lo consagra el artículo 45 del CST:

*«El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, **por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada**, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio». (Negrilla y subrayas fuera de texto)*

Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencia SL4936-2021, precisó los parámetros que rigen un contrato de trabajo por obra o labor, en los siguientes términos:

*«Cuando se pacta por duración de la obra, ha reiterado esta Corporación que no basta con esa denominación, **debe determinarse y delimitarse con claridad y especificidad la obra o labor contratada, o que indiscutiblemente se desprenda de la naturaleza de la labor tal temporalidad, de lo contrario, se entenderá de manera residual, que su duración es indefinida** (CSJ SL2176-2017, CSJ SL2600-2018); es decir, en oposición a lo discutido por la censura, la naturaleza de la labor es solo uno de los criterios que permiten establecer este tipo de contratación, por duración de la obra o labor, pero no es exclusivo ni excluyente, como lo pretende hacer ver en la sustentación de los cargos, ni las funciones a desempeñar tienen la virtualidad de restarle validez al acuerdo; empero, claro está que, si el contrato se pactó por tiempo determinado, con un plazo o fecha de finalización cierta e incondicionada, mas no simplemente posible o probable, según lo dispuesto en la norma en cita, y en concordancia con lo establecido en el art. 46 ídem, será en verdad uno a término fijo.*

(...) Tampoco aparece acreditada en forma alguna, la afirmación efectuada por la parte actora, respecto a que la actividad era habitual y permanente, puesto que, a más de no hacer parte de las conclusiones fácticas y probatorias del Tribunal, como bien lo enrostra la censura, de las pruebas calificadas acusadas no es posible desprender esa premisa, ni se ofreció mayor argumento al respecto, tan solo aseveró que las funciones asignadas según la relación de labores del actor, no eran de las susceptibles de ser contratadas por duración

de la obra, **lo que en consideración de la Sala, por sí solo, resulta insuficiente para arribar a la conclusión pretendida, puesto que la habitualidad y permanencia del cargo dependerá de múltiples circunstancias, aquellas en las que se ejecute, su finalidad, y en general, de todo el entorno y necesidades del proyecto que se estaba ejecutando, en todo caso, no pueden deducirse o suponerse a partir de especulaciones o conjeturas, sino que debe acreditarse en debida forma en el proceso».** (Negrilla y subrayas fuera de texto)

En ese orden, se acreditó que el demandante suscribió varios contratos de trabajo con PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA, dentro de los cuales se encuentran:

- Contrato de trabajo por duración de la obra o labor celebrado el 12 de marzo de 2010, en que se especificó que «*EL EMPLEADOR contrata, a partir del día 12 DE MARZO DE 2010 y por el término de duración de la obra consistente en las labores de perforación del pozo Castilla 118 con el rig 301 en el Campo Castilla, en el municipio de Castilla la Nueva META(...)*» (Fls. 118 y 119)
- Contrato de trabajo por duración de la obra o labor celebrado el 30 de enero de 2010, en que se especificó que «*EL EMPLEADOR contrata, a partir del día 30 DE ENERO DE 2011 y por el término de duración de la obra consistente en las labores de perforación del POZO CASTILLA NORTE 78 CON EL RIG 51, en el municipio de Castilla (...)*» (Fls. 123 y 124).
- Contrato de trabajo por duración de la obra o labor celebrado el 18 de febrero de 2011, en que se especificó que «*EL EMPLEADOR contrata, a partir del día 18 DE FEBRERO DE 2011 y por el término de duración de la obra consistente en las labores de PERFORACIÓN con el Rig 51, EN EL CAMPO CASTILLA, POZO CASTILLA NORTE 79, EN EL MUNICIPIO DE ACACÍAS, SAN ISIDRO DE CHICHIMENE, META (...)*» (Fls. 128 y 129).
- Contrato de trabajo por duración de la obra o labor celebrado el 03 de marzo de 2011, en que se especificó que «*EL EMPLEADOR contrata, a partir del día 03 DE MARZO DE 2011 y por el término de duración de la obra consistente en las labores de PERFORACIÓN DEL POZO CASTILLA NORTE 84 CON EL RIG 51, en el municipio de Castilla (...)*» (Fls. 130 y 131).
- Contrato de trabajo por duración de la obra o labor celebrado el 30 de abril de 2011, en que se especificó que «*EL EMPLEADOR contrata, a partir del día 30 DE ABRIL DE 2011 y por el término de duración de la obra consistente en las labores de PERFORACIÓN DEL POZO CASTILLA NORTE 86 CON EL RIG 51, en el municipio de Castilla (...)*» (Fls. 132 y 133).

- Contrato de trabajo por duración de la obra o labor celebrado el 08 de febrero de 2012, en que se determinó que la obra o labor contratada era «Castilla Norte 144 Cluster 58» (Fls. 623 y 624).
- Contrato de trabajo por duración de la obra o labor celebrado el 05 de octubre de 2012, en que se determinó que la obra o labor contratada era «Castilla 150 Cluster 46» (Fls. 625 y 626).
- Contrato de trabajo por duración de la obra o labor celebrado el 08 de febrero de 2012, en que se determinó que la obra o labor contratada era «Castilla Norte 144 Cluster 58» (Fls. 623 y 624).
- Contrato de trabajo a término fijo inferior o igual a 30 días celebrado el 12 de julio de 2013, en el que se determinó que la fecha de terminación del mismo, sería el 26 de julio de 2013 (Fls. 626 y 627).

Aunado a lo anterior, las partes suscribieron los siguientes documentos:

- Otrosí al contrato de trabajo, fechado del 07 de noviembre de 2012, donde se acuerda que «*EL TRABAJADOR prestará los servicios al EMPLEADOR para la obra MOVILIZACIÓN Y PERFORACIÓN DEL POZO CASTILLA 151 CLUSTER 53 CON EL RIG 51 que iniciará el día 7 de nov de 2012*» (Fl. 149).
- Otrosí al contrato de trabajo del 03 de diciembre de 2013, donde se acuerda que «*EL TRABAJADOR prestará los servicios al EMPLEADOR para la obra MOVILIZACIÓN Y PERFORACIÓN Y COMPLETAMIENTO DEL POZO CASTILLA 152 CLUSTER 46 CON EL RIG 51 que iniciará el día 3 de dic de 2012*» (Fl. 150).
- Otrosí al contrato de trabajo de fecha 08 de enero de 2013, donde se acuerda que «*EL TRABAJADOR prestará los servicios al EMPLEADOR para la obra MOVILIZACIÓN Y PERFORACIÓN Y COMPLETAMIENTO DEL POZO CASTILLA 153 CLUSTER 46 CON EL RIG 51 que iniciará el día 8 de enero de 2013*» (Fl. 151).
- Otrosí al contrato de trabajo del 03 de diciembre de 2013, donde se acuerda que «*EL TRABAJADOR prestará los servicios al EMPLEADOR para la obra MOVILIZACIÓN Y PERFORACIÓN DEL POZO CASTILLA 149 CLUSTER 46 CON EL RIG 51 que iniciará el día 6 de septiembre de 2012*» (Fl. 152).

Así mismo, obran en el plenario, las siguientes liquidaciones de acreencias de los contratos de trabajo suscritos por el demandante y la demandada, PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA:

- Liquidación definitiva de prestaciones del periodo comprendido entre el 12 de marzo de 2010 y el 29 de enero de 2011 (fl. 121 y 122).
- Liquidación definitiva de prestaciones por el periodo laborado entre el 30 de enero de 2011 y el 07 de febrero de 2012 (fl. 126 y 127).
- Liquidación definitiva de prestaciones por el periodo comprendido entre el 08 de febrero de 2012 y el 04 de octubre de 2012 (fl. 137 y 138).
- Liquidación definitiva de prestaciones por el término del 05 de octubre de 2012 al 11 de julio de 2013 (fls. 142 y 143).
- Liquidación definitiva de prestación por el periodo comprendido entre el 12 de julio de 2013 y el 15 de agosto de 2013 (fls. 147 y 148).

Se debe resaltar que se allegó al plenario el Contrato No. 5208459 celebrado entre ECOPETROL y PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA el día 21 de enero de 2010, denominado «*Servicio de Ejecución de las operaciones de perforación, terminación y complementario de la campaña de perforación de Ecopetrol, durante las vigencias 2010-2012*» obrante a folios 508 a 529.

Por otra parte, el representante legal de PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA, señor GUILLERMO VAQUERO, rindió interrogatorio de parte y declaró que el demandante prestó sus servicios mediante varios contratos por obra o labor, cada uno para un Rig diferente, esto es, un equipo de herramientas que incluye el taladro junto con un equipo de trabajadores de Pioneer, que abarca un Radio Operador, un Rig Manager, los operarios, los ingenieros de petróleo y otros. Igualmente, manifestó que el horario de trabajo de los operadores era asignado de conformidad con los turnos de cada operación, respetando los límites de la jornada laboral ordinaria, aclarando que el actor recibió el pago de todas las horas laboradas por aquel. Indicó que el demandante recibía las charlas de seguridad dentro de su horario laboral, aunado a que, cada contrato suscrito por él tenía una fecha de terminación sujeta a la duración de la obra o labor. Mencionó que, en materia petrolera, cada operación obedece a un pozo específico, agregando que, al finalizar la obra, el cargo de Radio Operador no se requería más. Finalmente, afirmó que el demandante aceptó el pago de las liquidaciones de cada contrato de trabajo.

Asimismo, el demandante declaró que su último vínculo laboral con Pioneer fue desde el 12 de julio hasta el 13 de agosto de 2013, aclarando que había suscrito varios contratos por obra o labor. Indicó que cada vez que finalizaba un contrato, recibía el pago de la liquidación. Mencionó que sólo en dos oportunidades le

consignaron las cesantías y que la relación laboral con Pioneer empezó el 12 de marzo de 2010. Manifestó que prestó sus servicios para Pioneer en diferentes municipios, incluyendo Castilla la Nueva y Chichimene.

También, se recibió la declaración del señor DIEGO LUIS SANDOVAL SUAREZ quién manifestó que desempeñó el cargo de Administrador de Campo en Pioneer desde enero de 2012 hasta agosto de 2015, tiempo en el que conoció al demandante como Radio Operador vinculado mediante varios contratos por obra o labor. Explicó que el Radio Operador era el encargado de asegurar la comunicación entre el director del taladro y Ecopetrol. Aseguró que los Radio Operadores laboraban 12 horas de día y 12 horas de noche, aclarando que ingresaban media hora antes de iniciar su jornada laboral, dado que debían asistir a las charlas de seguridad industrial, cuya concurrencia quedaba registrada en las planillas de asistencia. Aseveró que todos los Radio Operadores habían sido despedidos, luego de que mediante una reunión se acordara que aquellos debían ser trabajadores de la región y no foráneos. Narró que en Pioneer los trabajadores laboraban siete (7) días y descansaban otros siete (7), explicando que su horario coincidía con el demandante y que los días que no era así, él podía verificar en las planillas, las horas laboradas por aquel.

En el mismo sentido, el señor LEO ALEXANDER CIFUENTES ACHURI expresó que trabajó para Pioneer desde el 26 de octubre de 2007 hasta el 26 de julio de 2013, desempeñando el cargo de Radio Operador. Indicó que su horario coincidía con el del demandante y que cada uno estaba adscrito a un *Rig*, en el caso del actor era el número 51. Afirmó que al trasladar el taladro debían firmar un otrosí, pese a que sus funciones no cambiaban. Preciso que los Radio Operadores debían llegar a las 5:30 am o 5:30 pm (dependiendo del turno que les correspondiera) para recibir la charla pre operacional, sin embargo, ese tiempo no les era pagado.

En ese orden, es posible concluir que cada vinculación del demandante estuvo sujeta a la duración de una obra o labor debidamente determinada, pues en cada contrato y otrosí se hacía claridad sobre la obra en la que debía prestar sus servicios y de la cual dependía la duración de la relación. Se debe aclarar que de conformidad con la jurisprudencia precitada, el hecho de que el demandante haya desempeñado el cargo de Radio Operador en cada una de las relaciones, no basta para predicar la existencia de un contrato diferente al de obra o labor, pues se deben observar otros aspectos, tales como la naturaleza de la labor contratada, sin que sea posible obviar que las funciones del accionante estaban relacionadas con la existencia de una obra de perforación de pozo, pues era allí donde se requería un

Radio Operador que garantizara la comunicación entre el director del taladro y ECOPETROL, lo que se acompasa con lo dicho por el señor DIEGO LUIS SANDOVAL SUAREZ. Además, se debe recordar que las labores ejecutadas por el demandante estaban relacionadas con la campaña de perforación de Ecopetrol, la cual tenía una duración definida establecida en el Contrato No. 5208459 celebrado entre ECOPETROL y PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA (fls. 508 a 529). De allí que no le asiste razón al recurrente al afirmar que la labor del actor ameritaba la existencia de una relación a término indefinido, en tanto, el vínculo laboral estaba sujeto a la existencia de determinadas obras, que, por demás, eran ejecutadas en virtud del objeto contractual pactado entre las demandadas, mismo que tenía un término de duración definido.

De otro lado, se observa que, pese a que los contratos por obra o labor fueron celebrados de forma sucesiva, lo cierto es que ello no es prohibido por la legislación laboral, siempre que se establezca la obra o labor de forma clara y precisa, lo cual ocurrió, tal como se dijo anteriormente. Además, huelga decir que los contratos laborales fueron liquidados debidamente, pues las liquidaciones obrantes en el plenario abarcan todos los periodos en los que el demandante laboró para PIONEER.

En torno a los Otrosíes suscritos por las partes, se debe traer a colación lo dicho por la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, en la sentencia SL765-2021:

*«De la lectura del documento, como ya se indicara, no luce desacertada la conclusión a la que llega el Tribunal, pues como de allí se lee, la voluntad de las partes no fue otra que la de modificar el contrato suscrito entre ellas el 26 de agosto de 2010 (f.º 25 cuaderno del juzgado) únicamente en relación con el cargo a desempeñar por el demandante que pasó de conductor de tractomula_1928 al de conductor supernumerario, finalidad para la que se encuentran concebidos los denominados otrosí o adendas contractuales, y que **corresponden a documentos que se anexan al contrato original cuya finalidad es la de modificar, adicionar o cambiar las condiciones del contrato principal, es decir, que el otrosí se integra o incorpora a este y entre los dos se conviene una sola obligación, lo que implica que, no deban ser entendidos como dos actos jurídicos o contractuales independientes sino como una unidad, es decir, no corresponde a un nuevo contrato de trabajo sino a una modificación del inicialmente pactado que, como quedó visto, lo fue bajo la modalidad de duración de la obra o labor determinada**»* (Negrilla y subrayas fuera de texto).

De esta manera, es dable concluir que los Otrosíes firmados entre el demandante y PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA, no constituyeron nuevos contratos de trabajo, tal como lo afirmó el recurrente, sino que se trataron de modificaciones sobre la obra en la que el trabajador debía prestar sus servicios, sin que de forma

alguna se afectara la naturaleza del contrato inicialmente pactado, esto es, uno sujeto a la duración de una obra o labor determinada.

Ahora bien, de las pruebas obrantes en el plenario, se advierte que el último vínculo que unió a las partes fue un contrato de trabajo a término fijo inferior o igual a 30 días, esto es, el suscrito el 12 de julio de 2013 (fls. 626 y 627) y finalizado el 13 de agosto del mismo año (fls. 640 y 641). Sea lo primero decir que llama poderosamente la atención, el hecho de que no se haya mencionado aquel contrato en todo el trámite procesal, no obstante, del mencionado acuerdo se puede deducir que la voluntad de las partes no era tener una vinculación a término indefinido, contrario sensu, establecieron una fecha de terminación del vínculo de manera clara y precisa.

Así, en gracia de discusión, debe tenerse en cuenta el fenómeno prescriptivo, pues el demandante presentó la reclamación administrativa ante las demandadas, el 05 de agosto de 2016 (fls. 153 a 199) e instauró la presente demanda el día 26 de julio de 2017 (fl. 490), en consecuencia, los derechos causados de los vínculos laborales liquidados antes del 05 de agosto de 2013 se encuentran prescritos, de acuerdo con los artículos 488 y 489 del CST, en armonía con el artículo 151 del CPT y SS, es decir que abarca aquellos contratos ya mencionados como de obra o labor contratada.

De esta manera, la Sala confirmará lo atinente a este punto, en tanto y en cuanto, encuentra demostrado que el demandante y PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA celebraron ocho (8) contratos por obra o labor debidamente determinada y un (1) contrato a término fijo inferior o igual a 30 días, en consecuencia, no existió una relación laboral a término indefinido. Por lo anterior, la Sala de Decisión procede al estudio relativo a la terminación del contrato de trabajo, a fin de establecer si existió o no despido injusto.

TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Frente al despido sin justa causa, la jurisprudencia ha precisado que cuando se pretende la indemnización por terminación sin justa causa del contrato, se distribuye a cada una de las partes del proceso la carga de la prueba, al trabajador le corresponde acreditar el rompimiento del vínculo laboral por tratarse de un hecho constitutivo de la responsabilidad del empleador, una vez demostrado, éste último debe justificar su proceder, si lo hay (CSJ sentencias SL2148 del 13 jun. 2018 rad. 61164, SL1166 del 18 abril de 2018 rad. 46384 y SL5523 de 6 abr. 2016

rad. 41280, entre otras muchas). Advirtiéndole que no es admisible, de manera posterior alegar causales o motivos diferentes.

En este caso, no existe elemento de convicción alguno que acredite las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que ocurrió la terminación del contrato, pues ni siquiera se allegó la carta de terminación del contrato y de otro lado, pese a que el testigo, el señor DIEGO LUIS SANDOVAL SUAREZ declaró que PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA había despedido a todos los Radio Operadores, no explicó, ni informó las circunstancias y razones de fondo con suficiente claridad, a fin de permitir a esta Sala determinar que en efecto el despido fue sin justa causa, de ahí que, al no estar acreditado el hecho del despido, no hay lugar a imponer la indemnización pretendida, lo cual es suficiente para confirmar lo decidido por la a quo en este aspecto de la sentencia objeto de estudio.

En gracia de discusión, aun cuando la parte actora hubiera cumplido con la carga de la prueba que le correspondía, esto es, acreditar el hecho del despido, lo cierto es que se probó que el último vínculo entre las partes fue un contrato de trabajo a término fijo inferior o igual a 30 días, por lo que estaba claro el tiempo de duración de la relación laboral, circunstancia amparada como una causal objetiva de terminación del contrato de trabajo.

Adicionalmente, se reitera que los derechos causados en virtud de los contratos laborales por obra o labor finalizados antes del 05 de agosto de 2013, se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, de conformidad con los argumentos antes esbozados, tal y como también lo concluyó la sentencia de primer grado.

HORAS EXTRAS

Respecto del trabajo suplementario alegado por la parte actora, sabido es que la honorable CSJ – Sala de Casación Laboral ha adocinado que atendiendo la carga de la prueba y que se encuentra regulada en el artículo 167 del C.G.P., le corresponde a la parte demandante el demostrar su dicho, tan es así que en reiteradas providencias siendo una de ellas la de radicación No. 42167 de 2012 en la que precisó:

*«[...] recuerda la Corte que la circunstancia de quedar demostrada la prestación personal del servicio, debiéndose presumir la existencia del contrato de trabajo en los términos del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, **no releva al demandante de otras cargas probatorias, pues además le atañe acreditar ciertos supuestos***

transcendentales dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo los extremos temporales de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización por terminación del vínculo sin justa causa, entre otros» (Negrilla y subrayas fuera de texto).

Sumado a lo anterior, la Alta Corporación con ocasión al tema de trabajo suplementario en sentencia SL 2148 de 2018, que trajo a colación la sentencia con radicación No. 27064 de 2006 ha enfatizado que, *«la prueba del tiempo suplementario debe ser fehaciente, de forma tal que permita generar certeza de los horarios y días en que se ejecutó, no siendo dable obtenerla de meras especulaciones surgidas de expresiones genéricas o imprecisas en cuanto a tiempo, modo y lugar, o simplemente a cálculos o suposiciones efectuados sobre un horario ordinario, frecuente o regular de trabajo»*.

En este sentido, resulta diáfano, que en tratándose de horas extras la carga de la prueba está a cargo del trabajador, pero que ésta debe ser concreta y específica de manera que permita determinar la época y duración de la jornada en la que realmente se prestó el servicio.

Lo anterior, obedece a que el trabajador que busca una condena en cuanto a la referida retribución ha de generar en el Juez el firme convencimiento de que el trabajo suplementario efectivamente se ha producido. La mencionada Corporación pretéritamente, en sentencia del 15 de julio de 2008, Rad. 31637, advirtió que para que se condene por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de verificarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión ya que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones teóricas basadas en meras especulaciones o conjeturas para determinar el número probable de las que estimen trabajadas.

Al respecto, se observa que el demandante no cumplió con la carga probatoria a la que se ha hecho alusión, pues no acreditó de manera certera cuál fue el horario en que laboró o en el cual causó las horas extras pedidas y mucho menos si el horario se extendió más allá de la jornada legal, pues los testimonios de los señores DIEGO LUIS SANDOVAL SUAREZ y LEO ALEXANDER CIFUENTES ACHURI no permiten concluir de manera cierta y precisa que el demandante se presentó a la

charla de seguridad media hora antes de iniciar su jornada de trabajo durante el periodo comprendido entre el 05 de agosto de 2013 y el 13 de agosto del mismo año, único interregno de la relación laboral que no se encuentra prescrito, máxime cuando el primero de los testigos mencionó que los trabajadores tenían siete días de descanso y siete días de trabajo, por lo que es incierto si el accionante estaba de descanso durante esos días.

Por otro lado, la parte actora ha sustentado su pretensión, en el Acta de Acuerdo USO-PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA del 17 de junio de 2014 (fls. 209 a 215), mediante el cual se consignó, lo siguiente:

«[...] 18. Solicitamos que se nos pague el retroactivo de las charlas de seguridad de media hora. El ingreso a laborar obligatorio es a las 5:30 A.M, y comienza nuestra jornada de trabajo con la charla pre operacional y culmina a las 2 P.M.

Compromiso:

La empresa liquidara dicho tiempo de acuerdo a lo efectivamente ocurrido en los últimos tres (3) años y para los trabajadores que se encuentren laborando actualmente. Dichos valores serán pagaderos el 15 de julio de 2014.»

En vista de lo anterior, es claro para esta Corporación que la aplicación del acuerdo suscrito entre la USO y PIONEER DE COLOMBIA SDAD LTDA, cobijo a los trabajadores que tenían una relación laboral vigente para el momento de su celebración, es decir, el 17 de junio de 2014, momento para el cual el actor ya no era trabajador de la demandada, pues su contrato fue liquidado el 13 de agosto de 2013.

Así las cosas, la Sala de Decisión concluye que en el juicio no existe prueba de la ejecución de trabajo suplementario por parte del apelante conforme lo establece el artículo 167 del CGP. Por ello, habrá de confirmarse lo decidido en primera instancia y por sustracción de materia, no hay lugar a verificar los reajustes e indemnizaciones que de allí podrían derivarse, así como tampoco la posible responsabilidad solidaria por parte de ECOPETROL.

Corolario de lo expuesto, se confirmará la sentencia de primera instancia. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

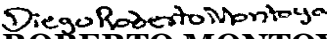
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

**PROCESO ORDINARIO LABORAL de RUBIELA PUENTES TORRES
contra EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO-
TRANSMILENIO Y OTROS. Rad. 110013105 018 2015 00754 02.**

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, dicta la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, el día 13 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

La señora **RUBIELA PUENTES TORRES** presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTION TECNOLOGICA-ADETEK, ANGELCOM S.A.** y la **EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO S.A.**, con la finalidad de que se declare la existencia de una relación laboral desde el 23 de diciembre de 2010 hasta el 01 de marzo de 2013, la cual finalizó por causas imputables al empleador. En consecuencia, se condene a las demandadas al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y trabajo suplementario, mismo que deberá ser tenido en cuenta para efectuar el respectivo ajuste de las prestaciones sociales. Igualmente, se condene al pago de la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, junto con la indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa e indexación. Finalmente, se condene a las demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, indicó que el 23 de diciembre de 2010, suscribió un convenio de trabajo asociado con ADETEK, obligándose a cumplir un horario de 2:15 pm a 11:30 pm. Manifestó que el 03 de enero de 2011, ANGELCOM S.A. le entregó la tarjeta TCA serial No. 224787902, por ser la sociedad encargada de la operación y explotación económica del recaudo del sistema de Transmilenio en Bogotá. Aseveró que tanto ANGELCOM S.A. como TRANSMILENIO S.A., se beneficiaron de la prestación de sus servicios. Expresó que ADETEK le programaba capacitaciones fuera de su horario laboral, aunado a que, le imponía sanciones por llegar tarde o reportar diferencias en su dinero personal. Añadió que ADETEK era quien le asignaba su sitio de trabajo. Afirmó que debía permanecer de pie, durante las nueve horas de su jornada laboral, pues no le permitían sentarse, asimismo, no existía un servicio de baño dentro de su sitio de trabajo y al ingresar debía registrar el dinero que traía sin que pudiera superar la suma de \$10.000. Arguyó que, en vista de lo anterior, presentó su renuncia el 01 de marzo de 2013, la cual fue aceptada a partir del 16 de marzo de 2013, no obstante, le descontaron quince días de su salario por concepto de preaviso (fls. 2 a 18).

El 20 de junio de 2017 desistió de la demanda respecto de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO APOYO DESARROLLO Y GESTION TECNOLOGICA ADETEK, desistimiento que fue aceptado por el A quo mediante providencia del 13 de julio de 2017 (fl. 220).

CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada **ANGELCOM S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones, argumentando que carecen de sustento factico y jurídico, toda vez que no se probó la existencia de una relación laboral con la demandante. Mencionó que el contrato de prestación de servicios de apoyo operativo a la plataforma tecnológica de recaudo jamás consagró una injerencia de su parte dentro de las relaciones laborales de ADETEK, sociedad que no administra, ni dirige. Aclaró que no entregó la tarjeta TIC a la demandante, ya que eso era una obligación de ADETEK, así como, brindarle las capacitaciones. Propuso como excepciones de mérito las de «falta de legitimación en la causa por pasiva», «cobro de lo no debido», «improcedencia de las pretensiones», «buena fe de la demandada» y «excepción genérica» (fls. 242 a 245).

De otro lado, mediante providencia del 22 de noviembre de 2018, esta Corporación ordenó desvincular del litigio a TRANSMILENIO S.A., por falta de reclamación

administrativa, no obstante, el A quo, ordenó de oficio su vinculación como litisconsorte necesario (fls. 296 a 298).

De allí que, una vez notificado, TRANSMILENIO S.A., contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que, la demandante nunca hizo parte de su personal de planta, pues el cargo de «auxiliar de estación» es ajeno a su objeto social, aclarando que la labor de recaudo está en cabeza de ANGELCOM S.A. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia de relación laboral entre Rubiela Puentes Torres y la Empresa de Transporte del tercer Milenio Transmilenio S.A.», «falta de legitimación en la causa por pasiva de la Empresa de Transporte del tercer Milenio Transmilenio S.A.», «inexistencia de solidaridad», «inexistencia de las obligaciones pretendidas», «indebida integración del contradictorio», «prescripción de la acción», «buena fe» y «excepción genérica» (fls. 549 a 563).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia proferida el día 13 de octubre de 2021, declaró que entre la demandante y las demandadas ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO S.A. existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 23 de diciembre de 2010 hasta el 01 de marzo de 2013. Igualmente declaró que ADETEK fue un mero intermediario entre las sociedades ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO S.A., por lo que condenó a la demandadas al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, sanción por no consignación de cesantías e indemnización moratoria hasta por 24 meses. De otra parte, condenó en costas a las demandadas.

Para arribar a la anterior decisión, en síntesis, indicó que de conformidad con la hoja de vida de la demandante, expedida por ADETEK, aquella prestó sus servicios de forma personal desde el 23 de diciembre de 2010 hasta el 01 de marzo de 2013, de forma que había lugar a dar aplicación a la presunción establecida en el artículo 24 del CST. Mencionó que el trabajo cooperado se encuentra regulado por el artículo 63 de la Ley 1429 de 2010, por medio del cual se prohíbe contratar a trabajadores para el desarrollo de actividades misionales permanentes mediante Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral. En ese orden, manifestó que la actividad desarrollada por la actora puede entenderse como una actividad principal ejercida por ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO S.A., pues hace parte del giro ordinario de sus negocios, aclarando que pese a que se celebró un

contrato de concesión, lo cierto es que, las sumas obtenidas por ANGELCOM se dirigen al patrimonio de TRANSMILENIO S.A. Arguyó que la demandante prestó sus servicios de manera subordinada, toda vez que debía cumplir un horario de trabajo y portar un uniforme que le era entregado por ADETEK pero tenía los logos de ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO S.A. Añadió que la señora Martha Jazmín Beltrán Beltrán declaró que la demandante laboraba en las estaciones de TRANSMILENIO, que sus jefes inmediatos eran los coordinadores de la zona de ANGELCOM y TRANSMILENIO, aunado a que, ADETEK era quien impartía las sanciones y multas. Aseveró que pese a que entre la demandante y ADETEK se celebró un convenio asociativo de trabajo, lo cierto es que se debe dar aplicación al principio de la primacía de la realidad sobre las formas, máxime cuando las Cooperativas de Trabajo Asociado no pueden ser usadas para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada. Aclaró que ANGELCOM y TRANSMILENIO se convirtieron en verdaderos empleadores, mientras que ADETEK actuó como un intermediario, no obstante, no se le puede endilgar responsabilidad solidaria, puesto que la sociedad fue liquidada el 26 de enero de 2016. Concluyó que, no obra prueba alguna de que se haya realizado el pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y primas, por lo que procede su pago. Arguyó que no es dable ordenar el pago de la indemnización por despido sin justa causa, puesto que se demostró que la demandante renunció por voluntad propia, sin que se puedan alegar causas diferentes a las esgrimidas en la carta de renuncia. Manifestó que la parte actora no cumplió con su deber de demostrar de forma clara, definitiva y precisa el trabajo suplementario, sin que sea posible realizar suposiciones para calcular las horas extra y trabajo dominical. Agregó que no hay lugar a declarar la prescripción de la acción, toda vez que el vínculo finalizó el 01 de marzo de 2013 y la demanda se presentó el 28 de agosto de 2015.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de **TRANSMILENIO S.A.** presentó recurso de apelación, argumentando que, se debe tener clara la diferencia entre la infraestructura de Transmilenio, el sistema de Transmilenio y la persona jurídica de Transmilenio S.A., lo que se detalla con claridad en el contrato de concesión. Manifestó que no se realizó un estudio del Acuerdo 04 de 1999, en el que se indica que Transmilenio gestiona, planea y organiza el sistema, pero no presta el servicio de transporte, incluyendo la actividad de recaudo. Mencionó que la previsión del numeral 6 del artículo 3 del Acuerdo 04 de 1999 establece que Transmilenio no puede ser socio, ni operador, es decir que la labor de recaudo no hace parte de su giro ordinario. Indicó que los dineros recaudados en el sistema de

Transmilenio se envían a una Fiduciaria y remuneran a varias entidades, incluyendo la Alcaldía y el IDU. Arguyó que pese a que ADETEK no hace parte del litigio, la A quo realizó una declaración relacionada con ella, modificando la fijación del litigio. Resaltó que la demandante suscribió un convenio de asociación con ADETEK, mismo que no fue tachado de falso, por lo que conserva total validez, aunado a que, la actora recibió las bonificaciones que el correspondían según el reglamento de compensación. Recordó que ADETEK era quien le comunicaba los cambios de sede a la accionante, así como, las sanciones disciplinarias eran impuestas por aquella. Aseveró que la A quo desconoció los pagos que la demandante efectivamente recibió en virtud de ese vínculo asociativo. Agregó que en caso de que se confirme la decisión, es necesario estudiar la procedencia de la indemnización moratoria, pues el artículo 65 del CST exige un término para proponer la acción legal, aclarando que la demandante formuló la demanda después de los 24 meses de que habla la ley.

La apoderada judicial de la demandada **ANGELCOM S.A.** presentó recurso de apelación, argumentando que celebró un contrato de prestación de servicios con ADETEK, con el fin de encargar a un tercero, uno de los servicios que se requieren para el cabal funcionamiento del recaudo manual de Transmilenio. Mencionó que pese a que la entidad recibe un beneficio, lo cierto es que ello no es suficiente para declarar la existencia de un contrato realidad con la demandante. Resaltó que ADETEK contrató a sus asociados de manera autónoma e independiente y de la misma manera, era aquella la que fijaba el horario laboral de la demandante, mediante el Régimen de Trabajo Asociado y de Compensaciones aprobado por la Asamblea de la Cooperativa. Mencionó que es lógico que la demandante tuviera que prestar sus servicios dentro del horario de operación de Transmilenio, sin que ello implique su subordinación respecto de ANGELCOM. Esgrimió que no se probó que la demandante haya prestado sus servicios para ANGELCOM, sino que era ADETEK la que programaba el lugar de prestación del servicio e imponía sanciones. Afirmó que la demandante conocía sobre el funcionamiento de la CTA, toda vez que suscribió un documento que da cuenta de ello. Aseveró que ADETEK fue quien afilió a la demandante al sistema de seguridad social, aunado a que, dicha sociedad cumplía con todos los requisitos legales para funcionar como CTA. Manifestó que la demandante recibió la compensación que le correspondía por parte de la CTA. Añadió que la demandante era trabajadora asociada y socia de la CTA, por lo que se sometió al cumplimiento de los estatutos de ADETEK, acatando el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, aclarando que no era trabajadora de ANGELCOM, sino que estaba coadyuvando al cumplimiento de un contrato de prestación de servicios, suscrito

con Transmilenio. Finalmente, afirmó que sí logró desvirtuar la presunción de orden legal por lo que no hay lugar a condena alguna.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la demandada TRANSMILENIO S.A., alegó de conclusión en similares términos a los expresados en el recurso de alzada, manifestando que no existió un contrato de trabajo, por lo que solicitó que se revoque la decisión de primera instancia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si entre la señora RUBIELA PUENTES TORRES y las demandadas ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO S.A., existió un contrato realidad de trabajo y, en caso afirmativo, se estudiará la procedencia del pago de las acreencias laborales y de la sanción consagrada en el artículo 65 del CST.

CONSIDERACIONES

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, es preciso señalar que de acuerdo con la jurisprudencia laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en aquellos casos donde el trabajador es vinculado mediante una Cooperativa de Trabajo Asociado – CTA con el fin de prestar sus servicios en beneficio y bajo la subordinación de un tercero, es necesario considerar que aquel es trabajador del beneficiario. En este punto, cabe destacar que hasta antes del año 2006 no existía disposición legal expresa que así lo indicara, no obstante, el Decreto 4588 del mentado año, subsanó el vacío legislativo, y en su artículo 16 expresamente estatuyó que ante la desnaturalización del objeto del trabajo asociado, el trabajador cooperado debe ser considerado como empleado dependiente de la persona natural o jurídica que se beneficia de su servicio, mientras que, estableció la responsabilidad solidaria del ente cooperado en cuanto al pago de las acreencias laborales, en el artículo 17.

De esta manera, el razonamiento de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la doctrina, fue consignado en el citado Decreto como respuesta a la desnaturalización de la finalidad de las Cooperativas de Trabajo

Asociado, ya que con frecuencia, fueron utilizadas por el sector público y privado para menguar las garantías laborales de los trabajadores y así conseguir una mano de obra a un costo ostensiblemente menor.

En el cauce de este avance legislativo, se expidió la Ley 1233 de 2008, que en su art. 7º estableció las siguientes prohibiciones a la Cooperativas de Trabajo Asociado:

«1. No pueden las Cooperativas de Trabajo Asociado, disponer de la mano de obra de sus asociados para ofrecerlos como empleados en misión a terceros contratantes, menos aún, cuando estos terceros beneficiarios intervengan en la selección del trabajador asociado.

2. Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado no podrán actuar como asociaciones o agremiaciones para la afiliación colectiva de trabajadores independientes al Sistema de Seguridad Social ni como asociaciones mutuales para los mismos efectos.

3. La potestad subordinante propia de un empleador, que se materializa por excelencia en la autoridad disciplinante sobre el trabajador, en ningún caso puede ser ejercida por el tercero contratante. Cabe destacar, que desde el Decreto 4588 de 2006, ya se había estipulado la prohibición consistente en remitir a los trabajadores asociados en misión para que estos atendieran las labores propias del usuario beneficiario, y permitir que sobre ellos se ejercieran actos de subordinación o de dependencia con los terceros contratantes. »

De igual forma, en la citada normatividad se establecieron las consecuencias jurídicas de hallarse comprobadas las citadas prácticas de intermediación laboral, o actividades que son permitidas exclusivamente a las Empresas de Servicios Temporales, siendo las siguientes: (i) la responsabilidad solidaria entre la CTA infractora y el tercero contratante beneficiario de la prestación del servicio en el pago de las obligaciones que se deriven; (ii) disolución y cancelación de la personería jurídica de la CTA, sin perjuicio del debido proceso; (iii) en el caso de la tercera prohibición, se configura automáticamente la existencia de un contrato de trabajo realidad, siendo el tercero contratante quien debe soportar las consecuencias legales.

Siguiendo en el esfuerzo legislativo de evitar que estos entes Cooperados ejerzan intermediación laboral, se promulgó la Ley 1429 de 2010, que en su art. 63, de manera expresa proscribió a la CTA, implementar el suministro de trabajadores a empresas ya sean públicas o privadas, para que estos ejerzan actividades de carácter permanente en aquellos, en los siguientes términos:

«El personal requerido en toda institución y/o empresa pública y/o privada para el desarrollo de las actividades misionales permanentes no

podrá estar vinculado a través de Cooperativas de Servicio de Trabajo Asociado que hagan intermediación laboral o bajo ninguna otra modalidad de vinculación que afecte los derechos constitucionales, legales y prestacionales consagrados en las normas laborales vigentes».

Posteriormente, se expidió el Decreto 2025 de 2011, por medio del cual se reglamentó la citada disposición, aclarando que se debe entender por intermediación laboral, cualquier forma o vinculación que tenga por objeto el envío de trabajadores en misión a prestar sus servicios personales a otras empresas o instituciones, precisándose que este tipo de actividad sólo se encuentra legalmente permitida para las Empresas de Servicios Temporales, en virtud de la Ley 50 de 1990, y se concretó en su artículo 1º, que la actividad misional permanente se refiere a «aquellas actividades o funciones directamente relacionadas con la producción del bien o servicios característicos de la empresa».

Estudiadas las normas aplicables al caso en concreto, es dable concluir que no pueden las Cooperativas de Trabajo Asociado enviar trabajadores a prestar sus servicios a favor de un contratante bajo su subordinación y dependencia, cuando tenga por objeto una actividad misional permanente, esto es, para desarrollar un servicio o producir un bien que hace parte del objeto permanente de la empresa usuaria, pues ésta prohibición ha estado medularmente contemplada desde la expedición del Decreto 4588 de 2006.

En consonancia con las normas que regulan la prohibición de intermediación laboral por parte de las CTA, el máximo órgano de cierre de esta especialidad, ha entendido que se considera ficticio un vínculo Cooperativo cuando estos entes suscriben contratos que tienen por objeto el «suministro de personal», pues dicha actividad corresponde de manera exclusiva a las Empresas de Servicios Temporales, por cuanto, lleva implícita la intermediación laboral, práctica que sólo pueden ejercer aquellas sociedades legalmente autorizadas y que se aleja de la finalidad de las CTA, esto es, la producción de bienes, la ejecución de obras o la prestación de servicios, de manera autogestionaria, de acuerdo con la Ley 79 de 1988. Además, se debe resaltar que los miembros de las CTA se denominan asociados o cooperados, es decir que no son trabajadores en el significado y alcance de la legislación laboral, por lo que reciben compensaciones, en lugar de salario y prestaciones sociales.

También ha sostenido la mentada Corporación, entre otras sentencias, la proferida el día 25 de septiembre de 2013, rad. 36560, que no sólo es reprochable que el objeto contractual con terceros beneficiarios sea para el suministro de personal,

sino, además, cuando estos tienen un plazo de duración indefinido, pues se infiere que el servicio prestado por el asociado tiene vocación de permanencia, máxime cuando se trata de labores propias del giro ordinario del beneficiario. De igual forma, enseña la Doctrina de esta Corporación, que aun cuando el cumplimiento de un horario no puede sugerir de manera inequívoca o inexorable la configuración de la subordinación, si puede entenderse como «un indicio claro de ella», más aun cuando el asociado debe cumplir con las políticas, Reglamentos y directrices que le imparte el tercero contratante dentro de su organización, lo que desvirtúa por completo que el trabajador asociado actúe de manera autogestionaria y en desarrollo de una coordinación libre, es decir que si es el beneficiario del servicio quien de manera unilateral dirige las funciones, es palpable e incuestionable su poder subordinante.

Otro criterio que define la existencia del contrato realidad a juicio del Alto Tribunal, estriba en que de acuerdo con el artículo 5 del Decreto 468 de 1990, las CTA deben ser propietarias, poseedoras o tenedoras de las herramientas indispensables para desarrollar la labor o producir el bien, de lo contrario, también debe tenerse como indicio de la subordinación por parte del tercero contratante. También precisa la jurisprudencia, que otra fórmula para descubrir un contrato realidad, está en cuando la empresa usuaria le solicita a la CTA el retiro de algún trabajador asociado por considerar que incurre en una falta o incumplimiento de sus labores, lo que sugiere que ésta última ejerce el poder vigilante sobre el asociado en cuanto al cumplimiento de sus funciones y su comportamiento disciplinario.

Ahora bien, conviene precisar que el Contrato Asociativo de Trabajo, es una de las figuras que la legislación laboral ha autorizado para materializar la tercerización de bienes y servicios, la cual permite que las empresas se dediquen de manera exclusiva a la actividad principal de su giro ordinario, en vista del actual dinamismo económico, empresarial y tecnológico, de forma tal que la sociedad puede despojarse de alguno de los procesos de la cadena de producción y contratar a un tercero especializado para que se encargue de él bajo su cuenta y riesgo. Al respecto, se ha decir que la tercerización de servicios, obedece principalmente a actividades secundarias o de medio, que no constituyen el eje central de la empresa, tales como el transporte, la publicidad, la comercialización o distribución.

No obstante, la tercerización de bienes y servicios difiere de la intermediación del recurso humano o tercerización laboral, dado que, como se dijo, la primera recae en la desconcentración no sólo de las actividades colaterales, sino también sobre

actividades principales de la empresa, práctica que no se encuentra proscrita por el régimen laboral Colombiano, contrario sensu, la intermediación del recurso humano se encuentra prohibida, en consecuencia, no puede existir tercerización de la mano de obra, pues ello sólo le está permitido bajo circunstancias excepcionales y taxativas a las Empresas de Servicios Temporales.

En conclusión, en la tercerización de servicios un tercero especializado con autonomía administrativa, técnica y financiera, busca alcanzar un resultado que puede traducirse en la producción de un bien, o en la prestación de un servicio determinado, con utilización de sus propias herramientas, maquinaria y equipos, mientras que, la tercerización laboral pretende tercerizar la mano de obra vulnerándose las garantías laborales de los trabajadores.

En este contexto, para determinar si la tercerización se ha hecho de manera correcta, es preponderante establecer si el contratista tiene autonomía en el uso de los medios de producción, en la ejecución de procesos o subprocesos y a nivel financiero. Además, se debe verificar si el contratista ejerce frente a sus trabajadores la potestad reglamentaria y disciplinaria, o si por el contrario, aquella está en cabeza el contratante, así como, si las órdenes sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que se debe ejecutar la labor son impartidas por el contratante.

A partir del presente marco conceptual y normativo, y remitiéndonos a las pruebas obrantes en el plenario encontramos lo siguiente:

- INTERROGATORIO DE PARTE DE LA SEÑORA RUBIELA PUENTES TORRES: Manifestó que acudió a las oficinas de Adetek pensando que suscribiría un contrato de trabajo con Transmilenio, pues en dichas instalaciones no habían logos ni carteles de la Cooperativa; que les entregaron los documentos para firmar y no tiempo tuvieron de leer porque todo ocurrió rápidamente, además, no les dieron a conocer los estatutos. Indicó que Angelcom S.A., le suministró dos tarjetas para desempeñar su cargo, pues las usaba para abrir el turno, atender y vender pasajes. Afirmó que Adetek le pagaba por su labor y la tenía afiliada al sistema de seguridad social, así como también le había brindado capacitación cooperativa; que su jefe inmediato, el señor Giovanny Rivillas, era quien la trasladaba de su puesto de trabajo, no obstante, no conoce con cuál de las empresas estaba vinculado, aclarando que los jefes operativos pertenecían a Angelcom. Aseveró que nunca pagó un aporte social a Adetek, ni fue convocada para

asistir a las asambleas, no obstante, recibió varios llamados de atención por parte la Cooperativa, uno por llegar tarde, otro por haber tenido \$50 de más en su dinero personal y otro por no asistir a una reunión de la entidad. Explicó que tenía muchos jefes, así que pese a que la sanción era impuesta por Adetek, el llamado de atención podía provenir de los trabajadores de la Cooperativa, Angelcom o TM, pues durante su jornada laboral no estaba presente ningún funcionado de Adetek, dado que se hacían presentes los «chalecos rojos» que eran funcionarios que se camuflaban entre el público para verificar que estuvieran haciendo bien su trabajo y los «chalecos azules» que eran los que les hacían poner los memorandos. Añadió que los turnos eran entregados por Adetek y que era ante un trabajador de dicha entidad, que registraba su dinero personal diariamente.

- **INTERROGATORIO DE PARTE DEL SEÑOR JAVIER CORTAZAR MORA** (Representante legal de Angelcom S.A.): manifestó que desde el año 2000 hasta el 2015, Angelcom fue el concesionario del sistema de recaudo de las estaciones de TM de la fase número 1, incluyendo la Av. Caracas y la Calle 80. Explicó que el sistema de recaudo consistía en una sólida y enorme plataforma tecnológica, por lo que, Angelcom la organizó para efectos del recaudo de los pasajes del sistema de TM y decidió subcontratar algunas funciones, en vista de que no es una sociedad que maneje temas logísticos. Preciso que existía un subsistema administrativo que operaba mediante Adetek. Argumentó que dentro de la multiplicidad de operaciones que requería el sistema de recaudo, era normal que se contratara a un tercero, en este caso, Adetek con quien Angelcom se comunicaba pero de ninguna manera actuaba como empleador de los asociados de dicha cooperativa, pues sólo se entendía con su contratista.
- **TESTIMONIO DE LA SEÑORA MARTHA JASMIN BELTRAN:** manifestó que conoce a la actora desde hace aproximadamente nueve años, toda vez que trabajaron juntas en TM, donde fue vinculada tras ir a una empresa que no tenía ningún logo o nombre exhibido, pues sólo les decían que TM necesitaba cajeros, auxiliares de estaciones y otros. Mencionó que de la misma manera, fue contratada la accionante, pues así era como Adetek vinculaba a todos sus trabajadores. Afirmó que la demandante ejercía el cargo de Auxiliar de Estación, es decir, la persona que se encuentra en la parte externa brindando información a los usuarios y facilitando el ingreso de los mismos al sistema de TM, por lo que cumplía un horario de 2:15 pm hasta las 11:30 pm, aclarando que se encontraban en la misma estación durante

aproximadamente dos veces por semana. Mencionó que tenían varios jefes, puesto que en las estaciones había personal de TM, Angelcom y Adetek, los cuales se reconocían por su carnet. Explicó que los funcionarios de chaleco rojo eran de TM, mientras que los de azul eran de Angelcom. Precisoó que el uniforme que portaba la actora tenía el logo de TM y que Adetek les pagaba “aportes” en lugar de salario o primas. Agregó que en caso de presentarse novedades debían llamar a Angelcom mediante unos «IP» o teléfonos con el fin de que les dijeran cómo debían actuar. Arguyó que Adetek les comunicaba a cual estación se debían presentar; que la Cooperativa era quien realizaba los procesos disciplinarios, empero a veces Angelcom los requería para que explicaran determinado suceso; que los permisos los tramitaban ante Adetek; y que si la demandante quería ausentarse de su lugar de trabajo debía ser autorizado por el coordinador de zona, el cual tenía una escarapela de TM y Angelcom.

- **TESTIMONIO DEL SEÑOR WILSON PALOMO QUINTANA:** indicó que fue contador público de Adetek desde el 2002 hasta el 2015, donde conoció a la demandante como asociada de la misma, explicando que aquella se acercó a la oficina el 23 de diciembre de 2020 para presentar la solicitud de asociación, misma que fue aceptada por el Consejo de Administración. Argumentó que Adetek era especialista en el recaudo de dinero, por lo que, contrató a la demandante para prestar servicios en el sistema de TM. Mencionó que a la demandante se le dieron a conocer, tanto los estatutos de la Cooperativa, como las formas de compensación, tanto así que firmó un documento aceptando que los conocía. Resaltó que la zona en la que la demandante debía prestar sus servicios era decidida por unos coordinadores asistentes. Afirmó que Adetek le retribuía mensualmente el servicio a la demandante, incluyendo una compensación ordinaria, una bonificación extraordinaria, un auxilio de alimentos, un auxilio de transporte y cada 6 meses le pagaba una bonificación semestral, así como, una bonificación anual e intereses. Aclaró que Adetek le proporcionaba a cada asociado el uniforme, mismo que tenía una chaqueta con una «T», por seguridad. Aseguró que las órdenes que recibía la demandante eran impartidas por el personal de Adetek, tanto así que él mismo debía hacer una especie de auditorías en las estaciones para constatar que los asociados estuvieran cumpliendo con su labor y utilizaran bien el uniforme. Agregó que los llamados de atención eran hechos por el líder administrativo, es decir, alguien vinculado a la Cooperativa; que si la actora quería ausentarse de su trabajo debía

comunicarse con su jefe inmediato, es decir, el coordinador asistente cooperativo. Adujo que los coordinadores asistentes y los líderes administrativos estaban vinculados con la Cooperativa; que todos los asociados debían participar democráticamente al elegir un delegado para presentar el informe anual a la asamblea. Añadió que Angelcom no tuvo injerencia en la contratación de la demandante, ni en los llamados de atención, ni la forma en la que aquella debía ejecutar sus funciones. Aseveró que le consta que a la demandante se le presentaron los estatutos de la empresa porque él debía realizar la auditoria de las hojas de vida y verificar que estuvieran en orden.

- **TESTIMONIO DE LA SEÑORA YASMINE SANCHEZ RODRIGUEZ:** declaró que fue la gerente de Adetek, por lo que conoció a la demandante cuando presentó su solicitud de ingreso ante el Consejo de Administración de la Cooperativa, misma que quedó vinculada a partir de diciembre de 2010. Mencionó que la demandante ostento el cargo de Auxiliar de Estación de TM, dado que, Adetek suscribió un contrato con Angelcom, con el fin de prestar el servicio de recaudo manual del sistema. Aclaró que Adetek no tenía vínculo con TM, sin embargo, Angelcom sí era cliente de la Cooperativa. Afirmó que Adetek era quien le retribuía la labor a la accionante, de acuerdo con el Régimen de Trabajo Asociado; que la misma entidad era quien entregaba el uniforme a sus asociados, aclarando que tenía la identificación de TM por seguridad; que la Cooperativa brindaba la capacitación a sus asociados sobre el recaudo porque era la actividad principal; que la demandante sólo tenía contacto con asociados de Adetek, dado que no permitían que ningún otro ente interviniera. Arguyó que la demandante recibía una buena capacitación para que pudiera desarrollar su labor sin injerencia de ningún funcionario que no fuera de Adetek, explicando que ella sólo podía comunicarse con el coordinador o el asistente operativo, que también pertenecían a la Cooperativa. Manifestó que Adetek era autónoma en su decisión de vincular o desvincular a una persona. Explicó que la demandante tuvo varios llamados de atención administrativos, relacionados con llegadas tarde y operativos, por algún descuadre de dinero. Aclaró que la demandante recibió el pago de todo lo adeudado incluyendo la devolución de los aportes, dado que también renunció a su calidad de asociada. Indicó que Adetek procuraba que los asociados estuvieran cerca de sus domicilios, así que la actora fue trasladada en varias ocasiones para que quedara cerca de su casa. Mencionó que la demandante solicitó el ingreso a la Cooperativa de manera voluntaria,

momento en el que se le informó el horario de trabajo, la diferencia entre ser una trabajadora asociada y era trabajadora vinculada con contrato laboral, así como los pagos en el sector asociativo. Afirmó que la Cooperativa les explicaba que tenían un cliente llamado Angelcom y un tercero que era TM, no obstante, no tenían nada que ver con esas sociedades, sino que todo lo que necesitaran debían solicitarlo por medio de Adetek. Argumentó que la accionante participó en muchos de los eventos de la Cooperativa, incluyendo las asambleas, tanto así que tuvo un llamado de atención en una ocasión en la que no asistió, momento en el que la actora aseguró que sí había concurrido y tenía testigos de ello. Agregó que Angelcom nunca le consignó dinero a la demandante y que todos los asociados desempeñaban sus labores en las estaciones de TM, aclarando que en caso de un problema, los únicos que podían ingresar a las instalaciones de Angelcom eran los asistentes operativos.

Adicionalmente a lo anterior, fue allegado el contrato de asociación suscrito entre la actora y la señora YASMINE SANCHEZ RODRIGUEZ en calidad de representante legal de la cooperativa de trabajo asociado ADETEK (fl. 29). Asimismo, fue allegado el pagaré firmado por la demandante a favor de ADETEK (fl. 30), junto con la liquidación de derechos económicos del 12 de abril de 2013 (fl. 334), el certificado del curso básico de cooperativismo con énfasis en trabajo asociativo realizado por la accionante (fl. 334), un documento en el que la asociada aceptó que había leído y recibido el Régimen de Trabajo Asociado y el Régimen de Compensaciones de Adetek (fl. 335). También se allegó la solicitud de asociación hecha por la demandante el 08 de noviembre de 2010 (fl. 337); la aprobación de su vinculación a la Cooperativa datada del 29 de noviembre de 2020 (fl. 336). De otro lado, obra documento de Adetek otorgando la compensación por descanso anual a la demandante (fl. 338); las sanciones disciplinarias impuestas a la actora (fls. 339 a 342); comunicaciones de Adetek en las que indicó a la demandante que sería trasladada al cargo de Auxiliar de Estación en la estación Calle 76 y Calle 26 (fl. 343 y 344); certificación de Adetek en la que consta que la demandante prestó sus servicios desde el 23 de diciembre de 2020 hasta el 01 de marzo de 2013, mediante un convenio de asociación (fl. 346); carta de renuncia de la demandante del 01 de marzo de 2013 (fl. 347); documento de Adetek en que acepta la renuncia de la accionante (fl. 348). A su vez, se recibió el Régimen de Trabajo Asociado de Adetek (fls. 356 a 375); el Régimen de Compensaciones de la Cooperativa (fls. 376 a 378); el Convenio Cooperativo de Gestión Administrativa entre Angelcom S.A. y Adetek S.A (fl. 470); el Contrato de Mandato sin representación para la prestación de servicios

de apoyo logístico, administrativos y operativos en la operación de recaudo de dineros celebrado entre Angelcom S.A. y Adetek (fls. 471 a 473); la Resolución No. 1657 del 25 de agosto de 2015 (fls. 512 a 532).

De acuerdo con las mencionadas pruebas, en principio, encuentra esta Colegiatura que efectivamente el demandante en virtud de los contratos comerciales suscritos entre la cooperativa ADETEK y ANGELCOM S.A. sí prestó servicios personales a esta última. En tal virtud, resulta evidente que a favor de la demandante opera la presunción de que trata el artículo 24 del CST, no obstante, la misma puede ser desvirtuada, si como se explicó con antelación, se demuestra por ANGELCOM S.A., que se ejerció en debida forma la tercerización de los servicios, pues como se anunció, la misma no se encuentra proscrita por el ordenamiento jurídico colombiano, por el contrario, esta figura ha tenido cabida con la introducción del contrato asociativo de trabajo, el contrato sindical y el contratista independiente. Atendiendo a ello, se advierte que ADETEK S.A. suscribió con ANGELCOM S.A. un Convenio Cooperativo de Gestión Administrativa del 28 de junio de 2004, en el que se pactó el objeto en los siguientes términos:

«La COOPERATIVA se obliga a prestarle a la Empresa CONTRATANTE el servicio del apoyo administrativo y operativo de sus actividades de conformidad con el convenio que el CONTRATANTE tiene actualmente vigente con TRANSMILENIO, así como las demás actividades propias de la misión del CONTRATANTE con autonomía administrativa y técnica, asumiendo los riesgos inherentes en su ejecución; las labores aquí expuestas se realizarán en la ciudad de Bogotá D.C., y como contraprestación el CONTRATANTE se compromete a pagar al CONTRATISTA el precio enunciado en la cláusula tercera del presente documento».

Ahora bien, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal de la demandada ANGELCOM S.A., su objeto social consiste en las actividades propias de la explotación económica del recaudo del sistema Transmilenio de la ciudad de Bogotá o cualquier otro tipo de sistema de transporte público de pasajeros, así como la prestación de servicios convergentes y de telecomunicaciones dentro o fuera de Colombia, mientras que, ADETEK tenía como objeto social la prestación de servicios en el área de recaudo, mantenimiento de máquinas que se requieran para la operación de recaudo y el manejo y distribución de tarjetas inteligentes para la venta en taquillas. De este primer aspecto, se puede deducir que pese a que Angelcom tiene dentro de su objeto social la explotación económica del sistema de Transmilenio, lo cierto es que, en vista del dinamismo económico, tecnológico y empresarial, dicha sociedad decidió contratar a un experto en el recaudo y distribución de tarjetas inteligentes, una actividad lo suficientemente

especializada como para contratar a una empresa diestra o experta en ella, mientras que la contratante se dedicó al manejo de la plataforma tecnológica que se requiere para la correcta función del sistema, lo cual es posible a la luz de la normatividad y jurisprudencia enunciada con anterioridad.

De otra parte, no se halla dentro del plenario que fuera ANGELCOM quien ejerciera tanto la subordinación técnica como disciplinaria sobre la demandante, incluso, se evidencia que en varias oportunidades la Gerente General de ADETEK le llamó la atención a la accionante, lo que evidencia que era la cooperativa la que tenía la potestad disciplinaria sobre aquella. Aunado a lo manifestado, de las pruebas testimoniales que fueron recibidas en audiencia, se logró constatar que aunque había personal de ANGELCOM y TRANSMILENIO dentro de las estaciones de TM, estos no daban órdenes a los trabajadores asociados de la cooperativa, mientras que, si la demandante requería algo, como un permiso para ausentarse de su lugar de trabajo, debía comunicarse con el coordinador o los asistentes operativos, los cuales eran asociados de la Cooperativa que la vinculó. Además, también se encontró demostrado que la demandante era trasladada del lugar de trabajo por parte de Adetek, pues era aquella entidad la que le comunicaba a la asociada a donde debía presentarse para realizar sus servicios, tal como lo demuestran los documentos obrantes a folios 343 y 344, hecho del que se puede deducir que la facultad subordinante estaba en cabeza de la cooperativa y no de las demandadas. De igual forma, se probó que Adetek era quien otorgaba a la demandante sus tiempos de descanso, ratificando que Angelcom y Transmilenio no tenían injerencia en el horario de la asociada.

Asimismo, se advierte que la actora presentó la solicitud de vinculación a la cooperativa de manera voluntaria, donde incluso aceptó que le fuera descontada la cuota de afiliación, concepto que por demás fue descontado mes a mes, sin que se presenta reclamo alguno por parte de la asociada, pues de ello dan cuenta las liquidaciones de ingresos (fls. 48 a 74). Además, se constató que la demandante recibió un curso básico de cooperativismo con énfasis en trabajo asociado durante el mes de marzo de 2011 (fl. 334), lo que permite deducir que aquella sí conocía el régimen de trabajo asociado y las implicaciones que conlleva, lo cual se ve ratificado con el documento obrante a folio 335, en el que la misma aceptó que había recibido, leído y entendido el contenido del Régimen de Trabajo Asociado y el Régimen de Compensaciones, documento que no fue tachado de falso.

Por demás, se debe resaltar que los contratos comerciales suscritos entre la cooperativa ADETEK y ANGELCOM S.A., estaban sujetos a un término de duración determinado, pues así se verifica de documento fechado del 28 de junio de 2004:

«El presente Convenio Cooperativo de Gestión Administrativa rige por término de un año contado a partir del día 01 de julio de 2004, y se entenderá prorrogado por un periodo igual, en caso que ninguna de las partes manifieste a la otra, por escrito y con antelación de 30 días a la fecha de vencimiento, su intención de no continuar con el contrato».

De lo anterior, es evidente que en la ejecución de las labores de la demandante no medio una contratación para el desarrollo de actividades misionales permanentes, pues como se vio, el objeto contractual pactado entre las demandadas estaba sujeto a un término de duración debidamente limitado.

Bajo este panorama probatorio, en sentir de la Sala, se acreditó por las demandadas que se implementó en correcta forma la tercerización de los servicios prestados por la actora, donde ejecutó labores de Auxiliar de Estación, cargo que por demás, no hacía parte del giro ordinario de la demandada ANGELCOM S.A., pues como lo manifestó la señora MARTHA JASMIN BELTRAN, aquella era la persona que se encontraba en la estación para atender a los usuarios y garantizar la entrada de los mismos, es decir que su labor no se relacionaba con el recaudo del sistema. Cabe concluir que no se evidenció ningún esfuerzo probatorio por parte de la demandante tendiente a acreditar las demás circunstancias en que ejecutó la relación contractual, quedando huérfanas de cualquier respaldo probatorio las aseveraciones plasmadas en el libelo genitor en cuanto a que sus jefes inmediatos lo eran trabajadores de ANGELCOM y TRANSMILENIO S.A., y que fueran estos quienes le impartieron las órdenes acerca de las formas de tiempo, modo y lugar en que debía realizar las labores a ella encomendadas, máxime cuando los testigos fueron contestes en manifestar que los uniformes eran entregados por la Cooperativa, misma que entregaba los turnos y los sitios en los que debían prestar el servicio.

Por todo lo anterior, la sala revocará la sentencia de primera instancia en todas sus partes y en su lugar absolverá a las demandadas ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO S.A. de todas y cada de unas pretensiones incoadas en su contra. Así se decidirá, y sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron, las de primera instancia corren a cargo de la parte actora dadas las resultas del proceso.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

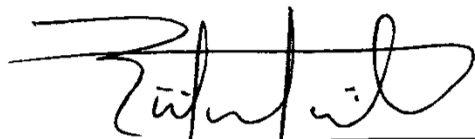
RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, para en su lugar **ABSOLVER** al extremo accionado de las pretensiones de la demanda, de conformidad con los argumentos expuestos en la presente providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primer grado corren a cargo de la parte actora.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado

Diego Roberto Montoya
DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por ROSALBA RODRÍGUEZ ALMEIDA contra COLPENSIONES Y OTRO Rad. 110013105-019-2019-00357-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación formulados, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados judiciales de las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES contra la sentencia proferida por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de junio de 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **ROSALBA RODRIGUEZ ALMEIDA** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad de que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS ante la AFP PORVENIR S.A. En consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES las sumas obtenidas en virtud de su afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración. Igualmente, se ordene a COLPENSIONES contabilizar las semanas que cotizó en el RAIS para efectos pensionales. Finalmente, se condene al pago de lo ultra y extra Petita, junto con las costas procesales.

De manera subsidiaria pretende, se declare la ineficacia del traslado de régimen que efectuó el 08 de abril de 2010, a través de la AFP PORVENIR.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó nacer el 21 de junio de 1962 e iniciar a efectuar cotizaciones en el ISS en enero de 1980, no obstante, se trasladó al RAIS el 08 de abril de 2010, a través de la AFP PORVENIR, luego de un asesor comercial le indicara que el ISS sería liquidado, empero no recibió información completa, clara, veraz y oportuna sobre las consecuencias de ese cambio. Aseveró que al momento del traslado no le informaron aspectos sobre la forma en la que se liquidaría su pensión, ni el derecho de retracto, ni el capital que debía acumular para pensionarse de forma anticipada, entre otros. Manifestó que el 31 de enero de 2019 presentó una petición ante COLPENSIONES, quien guardó silencio (Fls. 3 a 17).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, argumentando que la parte actora no probó la existencia de un vicio en el consentimiento, verbigracia, error, fuerza o dolo. Manifestó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, en los términos de la sentencia SU-062 de 2010. Explicó que la nulidad no fue alegada dentro del término estipulado en el artículo 1750 del Código Civil, y más aún, en caso de existir algún vicio, aquel fue saneado con la ratificación tácita del artículo 1754 ibídem, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado. Formuló como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada» e «innominada o genérica» (Fls. 64 a 72).

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la demandante se vinculó al fondo, a raíz de un traslado horizontal, pues inicialmente se afilió a la AFP ING, por lo que ya conocía el funcionamiento del RAIS. Mencionó que la accionante se afilió de manera libre, voluntaria, espontánea y sin presiones, tal como lo aceptó al suscribir el formulario de afiliación a la AFP. Resaltó que la accionante fue debidamente asesorada sobre las implicaciones del traslado de régimen, los beneficios del régimen de transición y el derecho de retracto. Aseveró que para el momento del traslado de la demandante, las AFP no tenía a su cargo el deber de asesoría e información, pues el mismo fue creado con el Decreto 2555 de

2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015. Agregó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de fondo las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Fls. 104 a 129).

Mediante auto del 28 de octubre de 2020, la A quo dispuso vincular a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** como litisconsorte necesario (fls. 212 y 213), entidad que una vez notificada, contestó la demanda, argumentando que, la afiliación de la demandante fue un acto válido y exento de vicios en el consentimiento, pues aquella suscribió el formulario de vinculación de manera libre y espontánea, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando su derecho a la libre elección de régimen. Aseveró que la firma del formulario de afiliación constituye una manifestación inequívoca de la voluntad de la actora de trasladarse de régimen pensional. Resaltó que la forma en la que se liquida la pensión en el RAIS, está establecida en la ley, por lo que no puede ser la causa de la nulidad de la afiliación. Explicó que no es dable declarar la nulidad de la afiliación porque la mesada pensional no satisface las expectativas económicas de la demandante, puesto que un acto es nulo cuando existe un vicio en el consentimiento. Agregó que a la luz del artículo 1509 del Código Civil, el error de derecho no vicia el consentimiento, pues el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. Propuso como excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de recursos públicos y del Sistema General de Pensiones», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «innominada o genérica» y «traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir» (fls. 217 a 258).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 03 de junio de 2021, declaró la ineficacia del traslado efectuado por la accionante a la AFP PROTECCIÓN el 10 de junio de 2004 y la declaró válidamente vinculada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD, administrado por COLPENSIONES, como si nunca se hubiere trasladado. En consecuencia, condenó a la AFP PROTECCIÓN devolver a COLPENSIONES todos los valores recibió con

motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros, incluidos intereses y comisiones, sin lugar a descontar los gastos de administración.

Para arribar a la anterior conclusión, señaló, en síntesis, que cuando se trata de los traslados de regímenes pensionales son las Administradoras las encargadas de garantizar a los usuarios que la elección sea libre y voluntaria con la entrega de la información completa y transparente acerca de los dos regímenes pensionales que le permitan elegir la entidad que más le favorezca según su situación pensional participar. Explicó que la información no se debe brindar sólo a los beneficiarios del régimen de transición, pues las AFP tienen el deber de información para con todos sus afiliados sin hacer distinción alguna. Recordó que cuando el afiliado afirma no haber recibido la información por parte del fondo, la carga de la prueba se invierte, por tratarse de un supuesto negativo, de tal suerte que le corresponde a la AFP acreditar que sí cumplió con su deber de información, máxime cuando está en mejor posición de probar. En ese orden, encontró que la AFP no aportó prueba alguna tendiente a demostrar que le informó a la afiliado sobre las implicaciones, crecimientos, condiciones y proyección del futuro de su pensión de vejez entre ambos regímenes, lo que demuestra que no le suministró una información veraz y completa, por el contrario le brindó una falsa información asegurando la desaparición del ISS y manifestándole su conveniencia de pertenecer al RAIS, dándole una falsa expectativa. Agregó que la acción que pretende la ineficacia de la afiliación no prescribe por cuanto está relacionada con el derecho irrenunciable a la seguridad social.

RECURSOS DE APELACION

El apoderado judicial de la **AFP PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, argumentando que se vulneró el principio de legalidad, toda vez que el momento en el que se realizó el traslado de régimen de la demandante, no existían requisitos adicionales a la suscripción del formulario de afiliación, mismo que sí fue firmado por la afiliada y no fue tachado de falso. Recalcó que la A quo mencionó sentencias y normas expedidas con posterioridad al traslado de la accionante, haciendo evidente que se está exigiendo a las AFP cumplir con requisitos que surgieron con posterioridad al acto demandado. Aseveró que el fondo no actuó de mala fe porque sólo recibió a la demandante, confiando en que su voluntad era pertenecer al RAIS. Indicó que la afiliación al Sistema General de Pensiones se realiza con arreglo de lo establecido en la ley. Solicitó que en caso de confirmar la sentencia, no se ordene la devolución de los gastos de administración, dado que, aquellos tienen una

destinación específica según la ley, de tal suerte que fueron invertidos en lo que ordena la ley, esto es, la correcta administración de los aportes con el fin de generar rendimientos financieros. Mencionó que se debe observar el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues se debe hacer un análisis macro de las consecuencias que se derivan de los traslados que son ordenados cuando los afiliados no cumplen con los requisitos legales. Mencionó que la Superintendencia Financiera ha dicho que cuando se requiere hacer un traslado de recursos entre regímenes pensionales, se debe atender lo dispuesto en el Decreto 3995 de 2008, donde no se incluye la devolución de los gastos de administración.

A su vez, el apoderado judicial de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, arguyendo que la demandante ejerció su derecho de libre escogencia de régimen, y en ese sentido, aceptó las condiciones propias del RAIS. Recordó que para el momento del traslado de la actora, sólo se exigía la aceptación libre, voluntaria y espontánea del afiliado de cambiarse de régimen, misma que se manifestaba mediante la suscripción del formulario de afiliación. Por lo anterior, afirmó que no es posible exigir el cumplimiento de normas que para el momento el traslado de la actora no se encontraban vigentes, pues se violaría el principio de legalidad y el de confianza legítima. Recalcó que los actos jurídicos tienen efectos inter partes, por lo que no se puede afectar a COLPENSIONES. Aclaró que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003, la cual busca proteger el fondo común del que dispone COLPENSIONES para pagar las pensiones de quienes cumplen con los requisitos para alcanzar el derecho pensional en el RPMPD.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los expresados la alzada, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como

consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias de tutela STL3199 de 2020, rad. 58288, STL3432 de 2020, rad. 58980, rad. 59424, rad. 59356, rad. 59370, STL3226 de 2020, rad. 58266, STL3187 de 2020, rad. 58450, STL8156-2020, rad. 60682, STL11370-2020, rad. 61470, STL11871-2020 rad. 61596, STL11928-2020, rad. 61438, STL11384-2020 rad. 61532, STL213-2021, rad. 61510 y STL850-2021, rad. 61816, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que la carga de la prueba en estos procesos se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, y en ese orden de ideas, se hace insostenible mantener la posición que la mayoría de sala venía manejando frente a este puntual tema, ello a pesar que tales decisiones no constituyen doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001, pero es evidente que dada la nueva composición de Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia va a mantener este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, en lo sucesivo las decisiones sobre esta problemática se adoptarán conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 18 obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 21 de junio de 1962, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2019, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a PORVENIR y COLPENSIONES, el 31 de enero de 2019 (fls. 43 y 189), es decir, cuando evidentemente estaba a menos de 10 años para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 37.28 semanas cotizadas al ISS (CD fl. 68), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 10 de junio de 2004, según información registrada el formulario de afiliación a SANTANDER, hoy PROTECCIÓN S.A. (fl. 236).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias de tutela referidas, que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los

especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las Administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información al demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquel, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (10 de junio de 2004, Fl. 236), lo del formulario de afiliación, éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados

por la AFP PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte, la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de procesos), le hayan dado información en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias de tutela ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN, antes SANTANDER, omitió en el momento del traslado de régimen (10 de junio de 2004, fl. 236), el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es*

aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima».

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual del demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a aquella cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, quedan resuelta tanto las apelaciones como la consulta que opera en favor de Colpensiones. De tal modo que se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

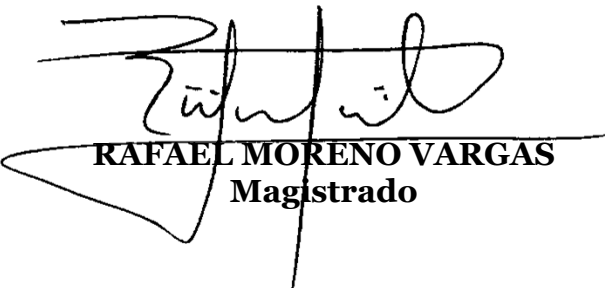
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, según los argumentos expuestos en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

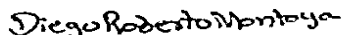
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARTHA MARLENY BOTTIA BOHORQUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES- y AFP PORVENIR S.A. Rad 110013105-021-2020-00272-01.

Con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación interpuestos por quienes integran la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, el 13 de octubre de 2021. Así mismo surtirá el Grado Jurisdiccional de CONSULTA en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARTHA MARLENY BOTTIA BOHORQUEZ** promovió demanda ordinaria laboral con la finalidad que se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad -RAIS con la AFP PORVENIR S.A., declarándose que para todos los efectos jurídicos siempre ha permanecido en el RPMPD por COLPENSIONES y advirtiendo que no existió solución de continuidad en la afiliación ya que el traslado al RAIS no puede producir efectos jurídicos al no haberse realizado en forma libre y espontánea. Se ordene a la AFP PORVENIR S.A. la devolución a COLPENSIONES de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros y devolución de los gastos de administración que han sido descontados durante todo el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron en poder de las administradoras. Se ordene a COLPENSIONES reactivar la afiliación,

considerando que para los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPMPD recibiendo los aportes y rendimientos devueltos por PORVENIR S.A., actualizar, corregir la historia laboral. Asimismo, que se le reconozca y pague la pensión de vejez por haber cumplido los requisitos de ley, con el pago de las mesadas ordinarias y extraordinarias con la indexación. Se condene a las demandadas a pagar los costas y agencias de derecho, así como a la condena extra y ultra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el día 28 de diciembre de 1960 y en la actualidad tiene 59 años de edad. Estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el inicio de su vida laboral hasta enero de 1998 en donde cotizó para varias empresas. De manera posterior y ante una campaña de desinformación de la AFP PORVENIR, firmó un formulario de traslado de régimen de prima media al de ahorro individual, con destino a la AFP PORVENIR el 09 de enero de 1998. La anterior afiliación se realizó por parte de la AFP PORVENIR sin haber suministrado información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen. Señaló que el asesor comercial de la AFP PORVENIR no le explicó la naturaleza propia del RAIS ni sus características ni su diferencia con el RPMPD administrada en ese momento por el ISS, es decir, omitió darle información de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional. En el formulario de solicitud de vinculación o traslado al Fondo de Cesantías y Pensiones AFP PORVENIR, no existe constancia alguna de la que se pueda inferir que le fue suministrada información pertinente y completa, además, el mismo no prueba que la decisión que estaba tomando se ajustaba a los parámetros de libertad informada. Al momento de trasladarse a la AFP PORVENIR, el asesor comercial no le informó, cuáles eran las condiciones que tenía que cumplir tanto en el RAIS como en el RPMPD para acceder a una pensión por las contingencias de vejez, invalidez o muerte, por lo que omitió información de las condiciones para lograrlo y lo que le era más conveniente para su futuro pensional. Señaló que el asesor del fondo privado no le mencionó e informó que el monto de la mesada pensional dependía del total del capital que lograra acumular en su cuenta individual. El asesor de la AFP PORVENIR, no le informó que en el RPMPD el valor de la pensión de vejez no depende del ahorro sino del tiempo acumulado en semanas de cotización, edad y salario base de cotización; tampoco le informó que el valor de la pensión en el RPMPD no está sujeta al comportamiento de la economía y el mercado financiero, mientras que, en el RAIS, el monto acumulado por los afiliados si depende del mercado financiero que puede variar de forma muy desventajosa. Que no le indicó que podría hacer aportes voluntarios para incrementar el valor de la pensión siendo ésta la única posible ventaja de trasladarse a dicho fondo privado de pensiones. Durante su periodo de cotizaciones a las Administradoras de

Fondo de Pensiones, no recibió una asesoría por el personal capacitado que debe tener estas administradoras de pensiones sobre cuál sería su futuro al llegar a la edad de disfrutar su pensión. Los asesores de la AFP PORVENIR S.A., no le informaron el valor aportado al fondo privado se descontaría porcentaje por concepto de gastos de administración. Antes de los 10 años para alcanzar la edad de 57 años, el fondo privado no informó que tenía plazo para iniciar los trámites tendientes a retornar al régimen de prima media, el cual era el que más le convenía para sus intereses pensionales. La AFP PORVENIR S.A., no le informó sobre las proyecciones que debía prever para asegurar un monto pensional en condiciones dignas en el momento de su retiro. Destacó que ya cumple con los requisitos de semanas y edad para que se le reconozca la pensión de vejez (Expediente digital: 01DemandayAnexos.pdf, Fls. 08 a 22).

Posteriormente, desistió de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento pensional (Exp. Digital: 04SubsanaciónDeLaDemanda.pdf)

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda con oposición a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante arguyendo que cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional (1998), además, si lo que arguye el demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda. Así las cosas, señaló que, de acuerdo con los documentos aportados por el demandante, no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. Indicó que, si lo solicitado es la ineficacia, se debe tener en cuenta que esta consecuencia jurídica prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, solo se debe reconocer cuando medio un atentado contra la voluntad de elección de régimen pensional del afiliado, situación que no se encuentra acreditada en el caso concreto. Sin perjuicio de lo anterior, anotó que el demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada pues recibió asesoría de manera verbal por parte de esta entidad con la información suficiente y necesaria para el traslado de régimen pensional. Afirmó que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la falta de deber de información que lleve a la ineficacia del acto jurídico de traslado de régimen pensional. Propuso como excepciones las de «prescripción», «prescripción de la acción de nulidad», «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación» y «buena fe» (Expediente digital: 08ConstestaciónDePorvenir.pdf, Fls. 3 a 24).

A su turno, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** manifestó su oposición a las pretensiones, declaraciones y condenas, toda vez que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente el demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante y al contrario se observa que las documentales se encuentran sujetas a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Presentó como excepciones de mérito las de «errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil», «descapitalización del sistema pensional», «inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida», «prescripción de la acción laboral», «caducidad», «inexistencia de causal de nulidad», «saneamiento de la nulidad alegada», «no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público» e «Innominada o genérica» (Expediente digital: 09ContestaciónDemandaColpensiones.pdf, Fls.03 a 45).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 13 de octubre de 2021, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARTHA MARLENY BOTTIA BOHORQUEZ al RAIS el 9 de enero de 1998 con fecha efectiva el 01 de marzo de 1998 por intermedio de PORVENIR S.A. y en consecuencia declaró como afiliación válida a la del RPMPD administrado por COLPENSIONES. Ordenó a PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, aportes pensionales, cotizaciones, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados a la garantía de la pensión mínima así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz, los cuales deben asumir con cargos sus propios recursos sin deducción alguna por gastos de traslado obtenidos en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por ello se les concede el término de un mes al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores junto con el detalle de los ciclos, los ingresos base de cotización, aportes y demás información relevante que lo justifique. Condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y actualizar su historia laboral. Condenó en costas a PORVENIR.

Para arribar a la anterior conclusión señaló en síntesis que no se demostró, ni con la documental allegada ni con el interrogatorio de parte que efectivamente la AFP hubiera suministrado a la señora MARTHA MARLENY la información necesaria para que tomara la decisión de trasladarse, información trascendente que tendría impacto directo en sus derechos prestacionales futuros en materia pensional, precisando que la única documental que se allega con tal de demostrar el deber de información es el formulario de afiliación y unos comunicados de prensa, señalando que tal formulario no genera un convencimiento de que efectivamente haya ofrecido la información y si bien se muestra que hay una firma y que pese a que la demandante en su interrogatorio de parte dijo que se vio obligada, consideró que no se está hablando de vicios de consentimiento sino a una ineficacia de traslado por falta de información, lo que es disímil y el estudio se debe adoptar bajo esta óptica, en ese sentido pese a formular una leyenda preimpresa no era suficiente para demostrar el consentimiento informado, que a lo sumo un consentimiento exento de vicios pero no un consentimiento informado como lo ha señalado la jurisprudencia en diferentes pronunciamientos donde se ha señalado que estos formatos pre-impresos no demuestran ese consentimiento informado que es el que se debe tener por los fondos de pensiones al momento del traslado para advertir la trascendencia de la decisión adoptada. Agregó que del interrogatorio de parte de la demandante no se logra obtener esa prueba de confesión en aceptar conocer y obtener la información suficiente, conocer características de uno u otro régimen pues nada de esto se logra confesar o se logra probar a través de este medio diseñado por el legislador. Que el hecho de que la demandante conociera los extractos y no hubiera actualizado su información, no conlleva a demostrar que en el momento del traslado tuvo una información necesaria que era el momento donde estaba abandonando el RPMPD. Bajo esas premisas, consideró que ese tránsito era ineficaz y sin que esto sufra variaciones con que la demandante no fuera beneficiaria de un régimen de transición ni que tuviera derechos adquiridos.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la accionada **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación solicitando se revoquen las condenas impuestas en contra de PORVENIR S.A., argumentando para tal efecto que si bien es cierto la existencia de un precedente jurisprudencial, amplio y pacífico en materia del deber de información, también debe tenerse en cuenta que la misma corporación ha indicado que se deben analizar las particularidades concretas de cada uno de los afiliados que demandan o que pretenden la nulidad o ineficacia de su traslado de régimen pensional, en ese sentido, en el caso objeto de estudio, no se configuran causales suficientes para declarar ineficaz el

traslado de régimen pensional efectuado por la demandante para el año de 1998, recordando que para dicha oportunidad PORVENIR cumplió con las cargas en materia de información que eran de su cargo, como era, primero, brindar una asesoría respecto de las características esenciales del RAIS, acto seguido la suscripción de un formulario de afiliación el cual se encontraba autorizado y aprobado por la ley y la superintendencia bancaria y en tercer punto requisito que esta afiliación se diera en el marco de la libertad informada y libre de algún tipo de presión o coerción sobre este. Que la suscripción del formulario de vinculación por parte de la actora a PORVENIR, se da luego de una asesoría que recibe en las instalaciones de su lugar de trabajo y en ningún momento los asesores comerciales de la AFP PORVENIR presionaron a la señora demandante que se vinculara o que firmara este formulario de afiliación. De igual manera, recordó que en ningún momento PORVENIR ha desconocido ese deber que le era impuesto por mandato legal de su misma creación o más bien, desde la misma creación del régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia brindó a la actora todos los canales de información suficientes, necesarios e idóneos para que si a bien no tenía y en caso de que se presentara inconforme con la información allí señalada, pudiera acudir a esta infraestructura y canales de información que ha proporcionado esta entidad para todos y cada uno de los afiliados, así mismo se le ha hecho entrega de sus extractos de su cuenta de ahorro individual, por lo cual no solo cumplió con el deber de información para el momento en que se trasladó de régimen pensional sino que a lo largo de su vinculación también ha estado proporcionándole o en procura de brindarle la información necesaria sobre sus condiciones y su ahorro pensional. De igual manera, no está conforme con la condena de devolver los rendimientos financieros y gastos de administración a la luz de la figura de la ineficacia porque esta figura tiene el negocio jurídico como si nunca se hubiera realizado y las cosas se deban retrotraer a su estado inicial, lo lógico es que los rendimientos financieros no sean entregados a la demandante como quiera que al ser privativos del RAIS, resultarían o pondrían a la demandante en una condición distinta al haber permanecido vinculada a lo largo de su vida laboral en el RPMPD. Agregó que al respecto se ha pronunciado la Corte Suprema advirtiéndole que el traslado de estos rendimientos financieros iría en una clara contravención establecida en el artículo 897 del Código de Comercio. Asimismo, anotó que los gastos de administración y sumas por seguros previsionales, son sumas que han sido autorizadas por la misma Ley 100 de 1993 en su artículo 20 con el único fin de amparar a la demandante ante los riesgos de la invalidez o la muerte. Señaló que al respecto se ha pronunciado la Superintendencia financiera indicando que estos traslados de recursos se deben hacer también a la luz del decreto 3995 del año 2008 en su artículo 7°, disposición normativa que contempla las restituciones mutuas que deban hacerse cuando se genere la nulidad

o ineficacia de los traslados al régimen pensional. En ese sentido, consideró que habiendo una norma que regula tal situación no se ve razón atendible para apartarse de esta e incluir conceptos que esta entidad por razones lógicas ya no posee ya que la mayoría de estas sumas se han ido descontando con el tiempo y entregado a las aseguradoras que han amparado a la demandante.

El apoderado judicial de la accionada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación manifestando para tal efecto que le compete al demandante demostrar los vicios del consentimiento alegado, no basando para ello la simple afirmación de la demandante. Advirtió que resulta desproporcional colocar la carga de la prueba a esta administradora, en el caso particular en COLPENSIONES, que en los casos que sea declarado la nulidad nada más lo ateniende a la sostenibilidad del sistema pensional, máxime cuando la afiliación se dio en 1999, queriendo decir que han transcurrido más de 21 años a la fecha configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado, fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental de la misma, por lo cual es completamente aplicable en estos casos el principio que reza que nadie está obligado a lo imposible. Luego entonces al haber fundado a la actora en su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de la AFP del fondo privado en las cuales esto estaba fijado en conformidad con lo expuesto en el artículo 1516 del Código Civil y 167 del Código General del Proceso, le correspondía la carga de probar dicha afirmación lo que brilla por su ausencia en el presente caso. Que, de igual modo, al condenar en costas y agencias en derecho en esta instancia se presenta un detrimento patrimonial en el fondo.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES presentaron alegatos de conclusión, en similares términos a los de la alzada, y solicitaron revocar la sentencia en todas sus partes. La parte actora, solicitó que se confirma la decisión.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación del aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 42 del archivo «01DemandayAnexos.pdf», obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 28 de diciembre de 1960, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2017, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y PORVENIR, el 14 de julio de 2020 respectivamente (págs. 35 a 37), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 719 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: GRP-SCH-HL-66554443332211_1549-20190716085824),

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 09 de enero de 1998, según información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (Exp. Digital: *01DemandayAnexos.pdf*, Pág. 24).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que,

cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PORVENIR S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (09 de enero de 1998), plasmado en el formulario de afiliación a PORVENIR S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PORVENIR S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte la accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria correspondiente al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado la información pertinente en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PORVENIR S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de

información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargas que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

De igual forma, no tiene incidencia alguna la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene incidencia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contará con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a el demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

Finalmente, en lo que a la imposición de costas procesales se refiere, se debe recordar que la finalidad de la condena en costas es cubrir los gastos y erogaciones económicas que trae consigo la atención de un proceso judicial, las cuales deben ser asumidas conforme al artículo 365 del CGP, por la parte que resulte vencida en juicio, esto es, derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago, como en el presente asunto, donde resultaron vencidas en estricto sentido las AFP accionadas, por lo que de acuerdo a lo considerado, procede la condena en costas.

En ese sentido y con este alcance, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

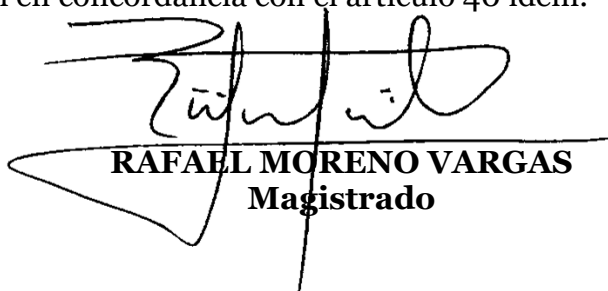
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por DANILO EVER GUTIERREZ ORDOÑEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y OTROS. Rad. 110013105-024-2019-00647-01.

En la fecha, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos, la Sala Cuarta de Decisión Laboral previa la deliberación correspondiente al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, el 14 de septiembre del 2021. De igual manera, se revisará la aludida sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de Colpensiones (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

El señor **DANILO EVER GUTIERREZ ORDOÑEZ** pretende se declare la nulidad de su afiliación al RAIS ante la AFP PROTECCION y consecuentemente los traslado a las AFP COLFONDOS y OLD MUTUAL (SKANDIA); se declare que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD. Que se condene a PROTECCION, COLFONDOS, PORVENIR, OLD MUTUAL a registrar en su sistema de información que su afiliación en pensión es nula y se condene a PROTECCION a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar. Se condene a COLPENSIONES a activar su afiliación a pensión y a recibir la totalidad de los aportes a pensión incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar.

Finalmente solicitó se condene en costas agencias en derecho, así como lo ultra y extra petita.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, informó que nació el 5 de enero de 1960 y que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 21 de enero de 1983 donde cotizó 556.29 semanas al RPMPD. Que se afilió a PROTECCION el 28 de enero de 1997, en la medida que le aseguró que solo con el hecho de su afiliación aseguraría una pensión de mayor valor a la que podría reconocerle Colpensiones, por otra parte, le aseguró que no tendría problemas con retrasos en los pagos de su pensión. Manifestó que la AFP PROTECCION no desplegó ninguna actividad de asesoramiento responsable y transparente a fin de brindarle información veraz, oportuna, pertinente y objetiva para prever las consecuencias futuras que le acarrearía el traslado del RPMPD al RAIS. Omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado, así como también de las características de ambos regímenes pensionales, tampoco le informaron cuales eran las modalidades de pensiones y condiciones de acceso en ambos regímenes, ni se le informó en qué condiciones podría obtener una pensión superior al salario mínimo mensual legal vigente. Adujo que tampoco se le informó mediante una proyección el valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos a la que tendría derecho en caso de no poder acceder a la pensión de vejez. Comentó que el 19 de marzo de 1999, suscribió formulario de afiliación a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCION donde tampoco se le informó cuales eran las características y diferencias del régimen al que se encontraba afiliado. Añadió que el 27 de junio de 2000 suscribió afiliación con la AFP COLFONDOS donde no recibió información sobre las características del RAIS, ventajas y desventajas respecto del RPMPD. Que en el mes de julio de 2003 se afilió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR donde durante su vinculación no recibió asesoría alguna sobre las características del RAIS respecto del RPMPD así como tampoco recibió información sobre los requisitos necesarios para acceder a una pensión de vejez en el RAIS y en el RPMPD. Expresó que la AFP HORIZONTE no le informó la posibilidad que tenía de regresar al RPMPD antes del cumplimiento de sus 52 años a través de comunicación escrita remitida a su dirección de correspondencia, a pesar de existir una obligación expresa según se indica en la circular externa 01 de 2004 de la Súper Intendencia Bancaria, numeral 4. Mencionó que el 12 de julio de 2006, suscribió formulario de afiliación con la AFP SKANDIA – OLD MUTUAL hoy SKANDIA donde informó que tampoco recibió asesoría alguna ni tampoco se le informó que podría retornar al RPMPD antes de cumplir los 52 años de edad ni se le informó si le resultaba más conveniente permanecer en el RAIS o retornar al RPMPD; informó que tampoco se le hizo entrega de una proyección pensional antes del cumplimiento de los 52 años de edad. Manifestó que SKANDIA no adelantó ninguna

gestión tendiente a brindarle una asesoría pensional a fin de revisar si según sus condiciones le resultaría más conveniente permanecer en el RAIS o retornar al RPMPD antes de que le faltaren menos de diez años para cumplir la edad mínima de pensión a pesar de contar con todos sus datos de contacto. Refirió que el 20 de junio de 2017 decidió suscribir formulario con la AFP PROTECCION y que igualmente en COLPENSIONES no adelantó ninguna gestión tendiente a brindarle asesoría sobre su decisión de traslado de régimen pensional. Añadió que por petición propia, la AFP PROTECCION le informó que tendría derecho a obtener una pensión de vejez equivalente a \$3.348.730 y que el ingreso base de cotización es de \$13.190.989 de acuerdo con la liquidación de la firma YABAR LIQUIDACIONES, donde de acuerdo con su proyección le habría correspondido en Colpensiones \$9.717.966. Adujo que debido a su inconformidad por la falta de información de la que aseguró ser víctima por parte de los fondos de pensiones, solicitó ante PROTECCION que se procediera a anular la afiliación a dicha administradora mediante petición radicada el 21 de junio de 2019, igualmente elevó petición de nulidad ante COLFONDOS, PORVENIR y OLD MUTUAL el mismo día. Así mismo, mencionó que solicitó el 27 de junio de 2019 ante COLPENSIONES con el número de radicado 2019-8570269, que se procediera a la activación de su afiliación a COLPENSIONES por cuanto existió vicio en el consentimiento en la afiliación al RAIS. Informó que las AFP PROTECCION, PORVENIR y OLD MUTUAL respondieron que no era posible acceder a la solicitud del demandante ya que no se encuentra afiliado a ese fondo de pensiones. Adujo que COLFONDOS negó la petición y adjuntó el formulario de vinculación. Expresó que COLPENSIONES por su parte informó en qué casos procede la solicitud de traslado. Que la apoderada de la accionante, elevó consulta ante la Superintendencia Financiera de Colombia a fin de que se pronunciara sobre el deber de información que está en cabeza de los fondos de pensiones el 9 de mayo de 2017 y que la misma emitió respuesta a los interrogantes planteados el 12 de junio de 2017. Finalmente adujo que COLPENSIONES como respuesta a requerimiento de la procuraduría general informó que en el presente proceso desde octubre de 2012 se viene adelantando por parte de la entidad actividades tendientes a informar adecuadamente a sus afiliados sobre los traslados de régimen (fls. 03 a 15).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **AFP SKANDIA** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones incoadas en su nombre toda vez que la accionante al momento de su afiliación tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, de sus características y ventajas, por lo tanto, la asesoría sería una reafirmación de los argumentos conocidos. Manifestó que la selección de régimen es libre y voluntaria

por parte del afiliado por lo que al momento de su traslado aceptó todas y cada una de las condiciones propias del régimen. De igual forma, aclaró que el traslado se dio siguiendo los lineamientos de la ley siendo totalmente válida donde se le proporcionó toda la información necesaria para la misma. Propuso como excepciones de fondo las de «cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación», «Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen», «el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado», «ausencia de configuración de causales de nulidad», «inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS», «ausencia de falta al deber de asesoría e información», «los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante», «prescripción», «buena fe» y «genérica». (Fls 158 a 170.)

Por su parte, la **AFP COLFONDOS** contestó la demanda allanándose frente a la prosperidad de las pretensiones indicando que la vinculación de la accionante con COLFONDOS se dio como traslado entre fondos del RAIS, por lo cual no tuvo injerencia en el traslado efectuado por el accionante del RPMPD al RAIS. Así mismo, mencionó que cuando se suscribió el formulario se dio de manera libre, voluntaria e informada, por lo tanto, no existió vicio del consentimiento ni se le omitió información para obtener ningún beneficio. No formuló excepciones de mérito (Fls 194 a 195).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que se encuentra válidamente afiliada al RAIS cuando suscribió formulario de afiliación de manera libre y voluntaria. Manifestó que en cuanto a que se tenga como nulo el traslado de régimen pensional porque existieron vicios del consentimiento, indicó que no es conocedora de la información suministrada por las demás AFP donde si bien es cierto la obligación recae en el fondo privado, la accionante también debió corroborar la información que le fue brindada por los asesores que le ayudaron con el trámite de la afiliación al RAIS. Adicionalmente para la fecha de afiliación a la accionante le era aplicable la prohibición establecida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993 para las personas que están a menos de 10 años para cumplir la edad de pensión de vejez. Mencionó que Colpensiones no puede actuar en contra de las disposiciones legales y que en virtud del principio de legalidad no puede activar la afiliación en el RPMPD de un afiliado que se encuentra vinculado a un régimen diferente. Formuló las excepciones de fondo que denominó como «inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante

Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen», «responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social», «sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación», «el error de derecho no vicia el consentimiento», «inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política)», «buena fe de Colpensiones», «cobro de lo no debido», «falta de causa para pedir», «presunción de legalidad de los actos jurídicos», «inexistencia del derecho reclamado», «prescripción» e «innominada o genérica». (Fls. 315 a 332.)

La **AFP PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, la afiliación del accionante con Horizonte en el 2003 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, mencionó que Horizonte siempre brindó la información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo a lo contenido en la ley 100 de 1993 en la que se expresa el funcionamiento, características y requisitos del RAIS, también se mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen razón por la cual no existe vicios en el consentimiento para que sea declarada la nulidad y/o ineficacia del traslado. . Formuló las excepciones de fondo que denominó como «prescripción», «buena fe», «inexistencia de la obligación», «compensación» y «genérica». (Fls 333 a 351.)

Por su parte, **PROTECCION S.A.** contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que se encuentran frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Del formulario, observó que se hizo de forma libre y espontánea, y que dicha manifestación estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento solemnizándose su afiliación acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud de la cual se generaron derechos y obligaciones de ambas partes. Por lo anterior, no puede prosperar la pretensión de nulidad del traslado, pues el acto jurídico celebrado entre las partes cumplió con todos los requisitos de existencia y validez y por lo tanto produce todos los efectos jurídicos. Formuló las excepciones de mérito que denominó como «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional

cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe», «innominada o genérica» (Fls. 397 a 410).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de septiembre del 2021, declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS a través de PROTECCION el 28 de enero de 1997. Declaró que el accionante nunca se vinculó al RAIS, contrario a ello, siempre estuvo en el RPMPD. Ordenó a PORVENIR, COLFONDOS, SKANDIA y PROTECCION a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir, lo que tenga el accionante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración. Ordenó a COLPENSIONES a recibir al accionante como su afiliado, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de PROTECCION y demás entidades demandadas. No condenó en costas.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el traslado de régimen pensional debe estar precedido de información clara, completa, oportuna y comprensible sobre las características, condiciones de acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, obligación que en caso de no cumplirse configura la ineficacia del traslado. Señaló que la carga de la prueba recae directamente en el fondo de pensiones que realizó la primera afiliación, esto es, PROTECCIÓN, no obstante, no se logró acreditar que al demandante se le haya dado una información completa, clara y comprensible sobre ventajas y desventajas con todos los impactos y consecuencias que tenía el cambio del traslado de régimen, pues la única prueba allegada fue el formulario de afiliación, documento que no es suficiente para corroborar que efectivamente se le haya brindado la debida información, que la llevaría a tomar una decisión libre y adecuada, concluyendo así, que el demandante no fue debidamente informado. Indicó que las demás accionadas tampoco acreditaron que haya cumplido con la obligación de brindar a la demandante una información clara y completa sobre las características, funcionamiento, ventajas y desventajas del RAIS.

RECURSO DE APELACIÓN

La **AFP PROTECCION S.A** apeló la decisión parcialmente señalando para tal efecto que en el caso concreto, en motivo que al trasladar a COLPENSIONES el concepto de gastos de administración manifestando que no es procedente toda vez que se trata de comisiones ya causadas por los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley como contraprestación a una buena gestión de administración como lo es legalmente permitido, expresó que con la orden de primera instancia que se le ordena a devolver el capital que se encuentra en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros y adicionalmente lo descontado por comisión de administración se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES por recibir una comisión que no está destinada a financiar la pensión de vejez del demandante, estaría recibiendo un capital por un dinero que nunca administró y adicionalmente se le estarían trasladando unos rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión de administración realizada por lo que se tiene el derecho a conservar la comisión como restitución mutua y no hay razón para trasladarla, además no existe norma que así lo regule. Además mencionó que si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que si las cosas van para el estado anterior en el sentido en que se producen consecuencias concluyendo que el contrato de afiliación no existió, que PROTECCION no debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual del demandante, los rendimientos que produjo dicha cuenta no se causaran en consecuencia que no existió comisión de administración por lo que entonces también se manifestó que se estaría desdibujando la consecuencia de la declaratoria de ineficacia porque supone negar los efectos del traslado por ello se ordena trasladar la comisión de administración pero si se reconoce que esa afiliación pudo ser cuando esta ordenando al mismo tiempo trasladar los rendimientos de la cuenta de ahorro individual que obedece a la comisión de administración. Solicitó tener en cuenta el artículo 1747 del código civil que habla de restituciones mutuas e intereses y mejoras y con base se debe entender que una ineficacia y se haga la fricción de que nunca existió el contrato de afiliación, no se puede desconocer que un bien administrado produjo mejoras, así las cosas, producto de la buena gestión de la AFP la cuenta de ahorro individual del accionante tuvo rendimientos y por eso tiene derecho a conservar la administración. Resaltó que frente al 3% se encuentra lo que concierne al seguro previsional teniendo en cuenta que es un tercero de buena fe que actuó en el acto que se suscribió con el demandante además de que se debe preservar las contingencias de invalidez y sobrevivencia las cuales durante el tiempo que el demandante estaba no estaba cubierto debidamente. Finalizó expresando que el 3% destinado para la comisión de administración y para financiar el seguro previsional opera la prescripción toda vez que son conceptos que se van descontando, así como lo dispone la ley y que lo financia la prestación económica por vejez del demandante

por lo que se prescribe de acuerdo a lo establecido en el artículo 488 del CST en armonía con el artículo 151 del CPTSS, que el transcurso del tiempo de 3 años en que opera este fenómeno jurídico.

La AFP **PORVENIR S.A.** apeló la sentencia solicitando revocar la decisión conforme a que no existe ningún tipo de vicio que dé lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado realizado, la decisión adoptada resulta contrario al principio de seguridad jurídica, señalando que el estado no puede antelar de manera súbita las reglas que regulan las relaciones entre ellas tal como lo expuso la corte constitucional en sentencia C- 131 de 2004, esto en tanto a la CSJ a través de su jurisprudencia donde se resta valor probatorio al formulario de afiliación como prueba de la información brindada al actor, documento que según el artículo 11 del decreto 692 de 1994, constituía plena prueba tanto de la existencia como de la validez del acto de afiliación viniendo a exigir ahora pruebas adicionales cuando es bien sabido que no existen, dado que para la época ninguna AFP tenía la obligación de guardar lo que ha llevado que se encuentre sujetas al mero dicho de quienes demandan la ineficacia del traslado, aclarando no están realizando esfuerzo probatorio en comprobar que no se les brindó información. Adujo que con fundamento en el principio de seguridad jurídica y conforme al formulario de afiliación debe darse por acreditado el deber de brindar información que le asistía, en tanto para la época en que se realizó el traslado los fondos no tenían la obligación de documentar las asesorías y otros documentos diferentes al formulario y en este caso la carga que ha venido imponiendo la jurisprudencia donde se aporte otro documento resulta desmedida, haciendo necesario que la información suministrada por las AFP y sus asesorías sean valoradas bajo la normatividad vigente para la suscripción de dichos formularios. Indicó que la providencia emitida por esta instancia se desconoce lo manifestado por el acto en el interrogatorio de parte frente al conocimiento de aspectos básicos del funcionamiento de los dos regímenes pensionales y las condiciones de pensión en el RAIS, circunstancias que deben llevar a tener por acreditado el deber de brindar información que le asistía tanto a la AFP con quien el actor realizó su traslado al RAIS así como con PORVENIR en tanto la jurisprudencia ha señalado que para la época de la afiliación inicial al RAIS los encontraba en la etapa de información y por ello lo indicado por el actor resulta suficiente a tener por acreditado el requisito exigido. Finalmente, solicitó tener en cuenta lo expuesto por la CSJ en sentencia SL 2220 de 25 de marzo de 2020, en aquella decisión la corte avaló decisión anterior del tribunal superior de Bogotá en la que los múltiples traslados ejecutados por el demandante en el RAIS le permitían tener por acreditado su deseo de permanencia en el mismo, circunstancia que es similar a lo que ocurre aquí que si se tiene en cuenta que fueron 5 los traslados realizados por el actor dentro del RAIS y adicional a ello que realizó

cotizaciones en forma constante desde el año 1997 y aunado a ello consideró importante tener en cuenta las calidades profesionales del actor al momento de su vinculación al RAIS, de otra parte, en lo que tiene que ver a los gastos de administración y a la orden de dirigida de su reintegro es importante tener en cuenta que el descuento en proporción al 3% frente a las cotizaciones realizadas obedeció a una expresa autorización señalada por el legislador en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, aclaró que dentro de la sentencia se declara una ineficacia del traslado del RAIS declaratoria de que la ley y en la jurisprudencia más reciente de la CSJ tendría como consecuencia el excluir los efectos del acto contractual, en este caso, del acto de afiliación, lógica frente a la cual resulta absolutamente contraria a que se obliga a restituir los gastos de administración que por expresa limitación legal había deducido de las cotizaciones cuando por otra parte la actora está habilitada para conservar los rendimientos financieros que se generaron en la cuenta de ahorro individual pese a que la misma declaratoria de ineficacia se tiene que el actor nunca perteneció al RAIS donde es bien sabido que en este régimen es posible la generación de este tipo de rendimientos en los cuales mencionó y reiteró fueron generados justamente por la buena administración de PORVENIR quien actuó de buena fe y conforme a la ley; frente a lo anterior solicitó que se le exonere de la condena impuesta frente a la devolución de gastos de administración, resaltó que el traslado de recursos cuando existe un traslado entre regímenes pensionales es un asunto regulado en el artículo 7 del Decreto 3935 de 2008, dicha normativa establece como conceptos a trasladar en estos eventos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual más los correspondientes rendimientos y dineros destinados a garantizar la administración a garantizar la pensión de garantía mínimo pero allí en ningún momento se hizo alusión a los gastos de administración al corresponder al reconocimiento que recibe el fondo por la comisión de administración ejecutada y en caso de que el tribunal decidiese mantener la condena impuesta frente a devolución de gastos de administración, solicitó tener en cuenta la prescripción que frente a los mismos ha de generarse conforme al artículo 1081 del código de comercio.

De igual modo, la apoderada de **SKANDIA** apeló la sentencia proferida parcialmente, señalando el numeral 3 donde se señala que se debe retornar hacia COLPENSIONES conceptos de gastos de administración y frutos e intereses de los rendimientos, fundamentándose en que la falta de apreciación en primera instancia del certificado aportado con la contestación a la demanda donde se acreditó dentro del proceso oportunamente que el 5 de septiembre de 2017 SKANDIA realizó traslado de los recursos hacia PROTECCIÓN, fondo que fue seleccionado por el accionante para dicho traslado; dichos emolumentos que constituye esta generación de estos traslados de recursos hacia protección, están constituidas por cotización obligatoria

por la mora, cotización voluntaria presa y el fondo de garantía de pensión mínima para un saldo total de \$361.607.551.81, solicitando consideración y que con fundamento en la ley vigente para el momento que estaba realizándose el traslado del demandante de los recursos estando vigente el decreto 3925 de 2008 artículo 7, dicha norma indica de manera clara y precisa cuales son los emolumentos o conceptos que se deben generar o se deben trasladar de un régimen a otro en el caso particular cuando se estaban trasladando de fondo. Encontró que dicha forma no indica que deba trasladarse en el caso particular lo referente a los gastos de administración, en el mismo orden de idea y teniendo en cuenta la normatividad encontró que la Superintendencia Financiera ha emitido conceptos donde se ha indicado que cuando se declara una ineficacia como en el presente caso no es obligatorio retomar los porcentajes de gastos de administración, dicha norma que obedece que en cumplimiento de la ley 100 de 1993 cumplió con sufragar una parte de gastos de administración, sufragando las primas correspondientes para cubrir las contingencias de invalidez o muerte del demandante y en ese orden dichos dineros o dichas sumas no están a disposición de la entidad representada. Adujo que teniendo en cuenta a lo anterior, solicitó considerar dicha norma en su precepto jurídico que específicamente señala cuales son los emolumentos y como se observa el certificado de traslado, dichos emolumentos fueron pagados o sufragados en su oportunidad desde el 2017 hacia PROTECCION, teniendo en consideración dicha manifestación solicitó al tribunal que es imposible reiterar el porcentaje por comisión de administración teniendo en cuenta que los recursos fueron utilizados por la administración de la cuenta de ahorro individual del demandante, si en efecto como se señaló en primera instancia se declaró ineficaz el traslado, debería devolverse los mismos dado que no surte efecto alguno a aquellos rendimientos que se generaran, por lo tanto no se pueden devolver los mismos, dichos conceptos han sido emitidos por varios pronunciamientos, igualmente menciono a la superintendencia Financiera. Resaltó que el artículo 964 del Código Civil, habla sobre la restitución de los frutos y señala que el poseedor de buena fe no es obligado a la restitución de los fondos percibidos y en el mismo orden se debe considerar que se obró de buena fe y que en el proceso nunca se acreditó y no se probó la mala fe que es la que se debe acreditar en un juicio y por el contrario al presente caso se presume la mala fe cuando lo que hizo SKANDIA era dar cumplimiento a la ley y teniendo en cuenta que dicha normatividad solicitó igualmente no se condene a retomar o devolver hacia COLPENSIONES los respectivos rendimientos y además cualquier fruto de intereses que se hayan generado y compensar las sumas de dinero trasladadas hacia PROTECCIÓN desde el 2017 y que se declare la prescripción dado que se debe analizar que existen dos relaciones jurídicas que son simultaneas que son las del contrato que existe entre la AFP y el afiliado y la que existe entre la AFP y la

aseguradora y se hizo contrato de seguros previsional y bajo él se tiene fuente en la prescripción de las acciones solicitando declarar sobre la misma que existe la figura de la prescripción originada en el contrato.

Por su parte, **COLPENSIONES** apeló la decisión indicando que se revoque la sentencia emitida por el a quo, considerando que no está sujeto a los señalamientos o al orden del debate jurídico en cuestión, señalando como primer término que el pronunciamiento de la CSJ indican un deber de información de las AFP, se tendrán que acreditar en todos los procesos sin aunar en circunstancias especiales como que el accionante es beneficiario del régimen de pensión, lo cierto es que el deber de información ha evolucionado con el tiempo lo que para el año 1997, fecha en la que el accionante se trasladó del RPMPD al RAIS que en su momento administraba PROTECCION y su estancia en él, en el nuevo sistema general de pensiones establecido en la ley 100 de 1993 donde se hablaba que la elección del régimen procedía en conocer en debida forma, la legislación no decantó lo atinente a la obligatoriedad de efectuar simulaciones teniendo en cuenta el número de semanas o las fluctuaciones del mercado y como se tiene en el caso para la época el demandante apenas acreditaba 448 semanas y contaba con 33 años de edad lo que era imposible para los fondos de pensiones prever en qué circunstancias o condiciones de cotizaciones serian continuas teniendo en cuenta el deber de información exigido a las AFP, quedaron debidamente acreditadas para 1997 lo que el formulario de afiliación es totalmente valido y produce efectos jurídicos, de igual forma solicitó tener en cuenta la jurisprudencia en el sentido de analizar las particularidades del caso, además no se encuentran ante un derecho adquirido, tampoco como una expectativa decantado por la corte constitucional teniendo en cuenta que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, es decir, que para el año 1997 la ley aún no ha anunciado el deber de información o hacer comparaciones como tal teniendo en cuenta el número de semanas, edad o fluctuaciones del mercado, sin embargo para la época el demandante no tenía acreditadas las semanas y solo tenía 33 años de edad por lo que no se convierte tampoco en una expectativa donde se pretenda proteger en los fallos de la corte por lo tanto solicitó tener en cuenta que la firma que se plasmó en los formularios de afiliación de los fondos demandados son válidos teniendo en cuenta que la voluntad plasmada no obedece vicios del consentimiento quedando así probado por lo que es procedente declarar la ineficacia por lo que fue firmado libre y sin presiones entre otras personas capaces y conforme al marco legal que se exigía en la época. Solicitó tener en cuenta la causal o la prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003 teniendo en cuenta que el accionante si tuvo tiempo para decir como quería construir su pensión en un régimen pensional diferente al RAIS porque tenía hasta antes de cumplir los 52 años para

solicitar el traslado de régimen y solo lo hizo hasta el año 2019 lo que permite concluir que la voluntad de permanecer en el RAIS y su falta de cuidado con sus aportes al sistema general de pensiones demuestra su negligencia y falta que no puede endilgarse a nadie más sino al demandante, por lo que no se puede desconocer situaciones en el caso y que de alguna manera le permitían obtener información mínima durante el paso del tiempo lo que la corte constitucional también hace o distingue y establece que un afiliado con el paso del tiempo en principio la situación se vea teniendo en cuenta la permanencia del demandante en el fondo privado. Por último, teniendo en cuenta un escenario en la actual AFP vea todos los valores provenientes a cuenta de ahorro individual se ve afectado el principio de sostenibilidad financiera, una vez Colpensiones tenga que reconocer las futuras pensiones por lo que es dable aplicar la provisión de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003 en aras de garantizar el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Finalmente, **COLFONDOS S.A.** presentó recurso de apelación parcial, mencionando la condena a devolver todos los valores recibidos como motivos a la afiliación del demandante como aportes cotizaciones, bonos pensionales como los gastos de administración. Solicitó tener en cuenta y revocar el numeral teniendo en cuenta que Colfondos no tiene en sus arcas ningún emolumento a nombre de la demandante así como consta en la contestación donde se presentó traslado en el 2003 hacia Horizonte, motivo por el cual fueron trasladados en su oportunidad a dicho fondo de pensiones, actualmente mencionó que existen constancias de que fue trasladado en estado inactivo, motivo por el cual Colfondos no contiene ningún dinero en la cuenta de ahorro individual, en cuanto a los gastos de administración, solicitó ordenar o no confirmar lo ordenado por el juez de primera instancia teniendo en cuenta que los mismos fueron usados en beneficios del demandante teniendo en cuenta lo establecido en la ley 100 de 1993 donde fueron descontados en la normativa legal vigente. Así mismo lo ordenado que se debe devolver los gastos de administración que se está causando un desconocimiento de restituciones mutuas que se hizo referencia que las cosas se deben devolver a su estado natural, no obstante, al declararse la ineficacia se está ordenando a los fondos de pensiones a devolver los rendimientos y así mismo se desconoce el trabajo que se desempeñó durante el tiempo de afiliación, no se le ve motivo para que Colpensiones reciba dichos dineros a favor del demandante por conceptos de rendimientos financieros. Aunado a lo anterior, solicitó tener en cuenta que se da un enriquecimiento sin justa causa en atención a que se ha impartido que conjunto con lo deducido quede a cargo de Colfondos, generándose un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones teniendo en cuenta que al trasladarse todos los dineros habientes de la cuenta de

ahorro individual, estos no están destinados directamente a una cuenta destinada como ocurre en el fondo privado sino que va destinado al fondo común como bien es conocido por Colpensiones donde precisamente todos los aportes van a una bolsa común donde se ve provechoso los terceros que nada tienen que ver en el presente acto. Adujo que se le indicaría que se dan los presupuestos de la sentencia 219 de 1995 en cuanto a los elementos constitutivos del enriquecimiento sin justa causa al saber que hubo un aumento en el patrimonio donde va dirigido hacia Colpensiones como quiera que no solamente recibe los aportes sino que recibe también los rendimientos que nunca fueron causados por la AFP, el RPMPD sino que fueron obra y labor de los fondos de pensiones de las gestiones realizadas por un buen manejo y movimiento de la cuenta de ahorro individual, que haya un empobrecimiento donde se da a conocer el trabajo que se ha desempeñado al momento de administrarle los recursos por concepto de aportes pensionales al accionante, generar unos rendimientos adicionales teniendo en cuenta que se le está aumentando el patrimonio a Colpensiones y se le está desconociendo las restituciones mutuas como es con el desconocimiento de los gastos de administración y que se le haya producido sin justa causa, es decir, que se le aplica la ineficacia de la afiliación también lo es dichos descuentos que se establecieron de acuerdo a la ley en pro y beneficio del accionante como quiera que no solo los gastos de administración contemplan los costos o comisiones de administración por el manejo de la cuenta sino que también está incluida los porcentajes de seguros previsionales y seguros que durante el tiempo de permanencia el demandante se vio beneficiado teniendo en cuenta que tuvo la cobertura para los riesgos de invalidez y sobrevivientes, si bien es cierto no presentó contingencia lo cierto es que si estuvo cubierto y se cumplió con el deber legal del fondo de pensión de mantenerlo cubierto en todas las contingencias de invalidez y muerte.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, las partes presentaron alegatos de conclusión. Las demandadas SKANDIA S.A., PORVENIR y COLPENSIONES, en similares términos a los expuestos en la alzada solicitaron que se revoque la sentencia de primer grado. Por su parte, el demandante solicitó que se confirme la sentencia.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la

ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS con ocasión al incumplimiento del deber de información y en tal sentido, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

A folio 17, obra copia de la cédula de ciudadanía del demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 05 de enero de 1960, por lo que cumpliría 62 años el mismo día y mes del 2022, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante petición dirigida a COLPENSIONES el 27 de junio de 2019 (Fls. 110 y 124), es decir, cuando evidentemente le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios

¹ [1] En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 484,71 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Fl. 89), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 28 de enero de 1997, según información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Fl. 83).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando está en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber

de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen el accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (28 de enero de 1998), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que al accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A. Desde luego que en el interrogatorio de parte el accionante no confesó que en ese momento se le haya brindado la información necesaria correspondiente al de asesoría y buen consejo a fin que tomará una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional y aunque haya asegurado haber firmado dicho formulario sin presiones, lo cierto es que

no confesó que al momento de afiliarse (que es lo que se revisa en esta clase de juicios), le hayan dado la información pertinente en los términos expuestos.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con el promotor del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En la misma dirección se debe señalar, no tiene importancia alguna que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicios cotizados antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

Sobre los actos de relacionamiento, se precisa inicialmente que el hecho de que la parte actora hubiese efectuado traslados entre AFP's, no implica necesariamente que se le haya dado la información oportuna y necesaria para mantenerse en el RAIS y así lo asentó recientemente el Alto Tribunal en la ya mencionada sentencia CSJ SL5188-2021, señalando:

« [...] la Sala insiste y reitera que el solo hecho de que el afiliado se traslade en varias oportunidades dentro del RAIS, no puede convalidar, ni suplir el incumplimiento del deber de información por parte de la AFP al momento del traslado inicial y los traslados posteriores, así como tampoco resulta ser evidencia de que el afiliado fue informado debidamente en los términos exigidos por la ley y la jurisprudencia y, menos aún puede considerarse que dicha circunstancia modera las consecuencias que ello supone en la eficacia del acto jurídico celebrado; todo esto bajo el contexto de que en el proceso quede por establecido que efectivamente el demandante no fue debidamente informado.»

Aunado a ello, debe acotar la Sala que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia de tutela STP15228 – 2021 del 7 de septiembre de 2021, dejó sin efectos el fallo SL2440-2021 de 15 de junio de 2021, refiriendo que:

«Así las cosas, de estimar los magistrados integrantes de -Sala de Descongestión No. 4- de la Sala de Casación Laboral que resultaba necesaria la modificación de la línea jurisprudencial en materia de eficacia del traslado de régimen pensional, con el fin de introducir como factor de definición la tesis de los llamados «actos de relacionamiento», debieron abstenerse de emitir sentencia y, en su lugar, surtir el trámite previsto en el artículo 2º de la Ley 1781 de 2016».

De otro lado, tampoco tiene incidencia la financiación del sistema, o que la demandante no hubiese retornado al régimen de prima media antes de encontrarse a 10 años de adquirir el derecho pensional, pues basta con señalar en este punto, que no se está avalando el traslado de un régimen a otro, sino que se está declarando la ineficacia de un traslado inicial, es decir, se deja sin efectos la afiliación o cambio al régimen de ahorro individual, lo que conlleva retornar al régimen de prima media con prestación definida, como ya se indicó, todos los saldos incluyendo rendimientos que puedan existir en la cuenta de ahorro individual de la demandante, aunado a ello, la sostenibilidad del sistema pensional no es objeto de debate en el caso de marras y escapa de la órbita de la competencia de la jurisdicción laboral.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta de manera eventualmente positiva el estatus pensional del demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de

casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se confirmará la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

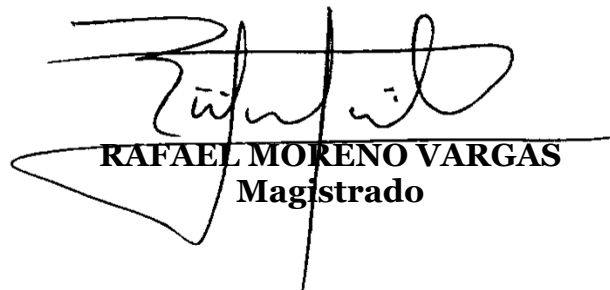
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

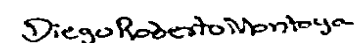
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibidem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN
Magistrado

Firmas escaneadas según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por MARLENY MAYA ALVAREZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES Y OTRO. Rad 110013105-026-2020-00276-01.

Con la finalidad de resolver el recurso interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada PROTECCIÓN S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, el 02 de junio de 2021. Igualmente se surtirá el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES (art. 69 CPTSS).

ANTECEDENTES

La señora **MARLENY AMAYA ALVAREZ** promovió demanda ordinaria laboral con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad - RAIS. En consecuencia, se ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A., trasladar sus aportes a pensión, bono pensional y rendimientos financieros a COLPENSIONES, quien deberá recibir dichos dineros y contabilizar esas semanas en su historia laboral. Finalmente, se condene a las demandadas al pago de las costas procesales y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 09 de marzo de 1959 y realizó cotizaciones en el ISS, hoy COLPENSIONES desde el 14 de noviembre de 1979 hasta el 05 de diciembre de 1989. Explicó que se trasladó a

PROTECCIÓN S.A., donde efectuó aportes desde el mes de febrero de 2000. El 17 de mayo de 2019 presentó solicitud de traslado ante COLPENSIONES, y en el mismo sentido radicó petición ante PROTECCIÓN S.A. el día 24 de octubre de 2019, empero, ambas entidades negaron su pedimento. Aseguró que cotizó 185.14 semanas en el RPMPD, mientras que en el RAIS reunió 967.86 semanas, dando un total de 1.448,72 semanas de cotización (Expediente digital: 01. DemandaAnexos. Pág. 2 a 22).

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda oponiéndose a cada una de las pretensiones, argumentando que la parte actora no probó causal alguna, aunado a que, la afiliación a la AFP PROTECCIÓN cumple con los requisitos legales para su existencia, de acuerdo con el Decreto 692 de 1994 y el Decreto 720 del mismo año. Aseveró que la demandante ejerció su derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, al aceptar que la AFP PROTECCIÓN administrara y gestionara su cuenta de ahorro individual. Afirmó que la posibilidad de declarar la nulidad de la afiliación al RAIS se encuentra prescrita, por cuanto ya transcurrieron los tres (3) años de los que trata el artículo 151 del CPTSS y los cuatro (4) años establecidos en el artículo 1750 del Código Civil. Manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 100 de 1993. Resaltó que la demandante nunca tuvo una inconformidad con la administración de sus aportes en el RAIS, conducta que permite deducir su voluntad de pertenecer a dicho régimen. Presentó como excepciones de mérito, las de «prescripción», «cobro de lo no debido», «buena fe» y «presunción de legalidad de los actos administrativos» (Expediente digital: 06. Contestación de la demanda Colpensiones 08-03-2021. págs. 4 a 16).

Por su parte, la **AFP PROTECCIÓN S.A.** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando para tal efecto que, la afiliación de la demandante fue un acto válido y exento de vicios en el consentimiento, pues el formulario de vinculación fue suscrito de manera libre y espontánea, documento que tiene la naturaleza de un verdadero contrato por el que surgen derechos y obligaciones a cargo de ambas partes. Mencionó que no es dable aceptar que la forma en la que se liquida la pensión de vejez en el RAIS cause la ineficacia de la afiliación, pues esa fórmula está consagrada en la Ley 100 de 1993. Indicó que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Formuló como

excepciones de fondo las de «inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir», «buena fe», «prescripción», «falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal», «reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa», «inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe» e «innominada o genérica» (Expediente Digital: 07. Contestacion Proteccion 08-03-2021, Págs. 3 a 37).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de junio de 2021, declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al RAIS. Por ende, condenó a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto los rendimientos causados, sin descuento alguno por concepto de administración. Igualmente, condenó a Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. Finalmente condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Para arribar a la anterior conclusión, en síntesis, indicó que, conforme a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ y al CGP, la AFP debe probar que brindó al afiliado información completa sobre los riesgos y ventajas del traslado, de tal suerte, que aquel pueda actuar bajo los parámetros de un consentimiento informado, so pena de declarar la ineficacia del acto. En ese sentido, no encontró que la accionada haya informado a la demandante, sobre las características propias del RAIS, así como beneficios, desventajas y condiciones de cada régimen pensional, pues pese a que la demandante aceptó no haber leído el formulario de afiliación, lo cierto es que tal documento no contiene una información completa, clara y precisa sobre el RAIS y sus diferencias con el RPMPD. Aclaró que la re asesoría y la proyección pensional que obran en el plenario, se realizaron 9 días antes de que la demandante cumpliera 47 años de edad, de forma que, la AFP debió acreditar que le suministró la suficiente información como para que supiera que tenía sólo 8 días para tomar una decisión. Agregó que en la proyección pensional ofrecida a la demandante, no se evidencia que la AFP le haya brindado una información clara, suficiente y oportuna. En ese orden concluyó que procede declarar la ineficacia del traslado de la demandante. Respecto de la excepción de prescripción, explicó que al tratarse de un tema íntimamente relacionado con la

construcción del derecho pensional, no corre con la suerte del fenómeno prescriptivo.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada judicial de la demandada PROTECCIÓN S.A., presentó recurso de apelación contra la orden de devolver los gastos de administración, argumentando que, dichos emolumentos fueron descontados en virtud de una autorización legal a favor de todas las Administradoras de Fondos de Pensiones. Aseguró que los gastos de administración son la retribución que perciben los fondos privados por el manejo de los recursos de los afiliados, en tanto, con su labor logran obtener rendimientos financieros favorables para aquellos. Explicó que desde el año 2000, el fondo realizó la debida administración de los recursos de la demandante, por lo que, la misma se vio beneficiada con los rendimientos financieros, en consecuencia, la AFP tiene derecho a conservar los gastos de administración, en aplicación al principio de las restituciones mutuas. Señaló que los gastos de administración no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la accionante, por lo que su devolución implicaría una condena en perjuicios en contra del patrimonio del fondo, perjuicios que no fueron debatidos dentro del proceso. Agregó que el traslado de los gastos de administración causaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES y la demandante. Indicó que en caso de aplicar los efectos de la ineficacia en estricto sentido, sólo serían susceptibles de devolución, los aportes realizados, sin los rendimientos financieros que se generaron por el sistema de capitalización del RAIS. Por lo anterior, solicitó revocar parcialmente la decisión de primera instancia.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la parte demandante presentó alegatos en procura de que se confirme la decisión de primera instancia. Los demás sujetos procesales guardaron silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causales de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si procede la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la aquí demandante al RAIS y como consecuencia de lo anterior, en caso de ser positiva dicha pretensión, asignarle los efectos jurídicos que ella conlleva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, esta Sala de Decisión aclara que con sentencias CSJ SL2208-2021, SL2209-2021, SL5174-2021, CSJ SL5205-2021, SL5188-2021, SL5280-2021, SL4865-2021, en entre otras, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia avala que en los procesos judiciales en los que se ventila la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen pensional, la carga de la prueba se invierte a cargo de las Administradoras de Fondos Privados que diligencian el traslado, lo cual constituye doctrina probable en los términos de la Sentencia C-836 de 2001 y desde la nueva composición de la Sala de Casación Laboral, la Corte Suprema de Justicia viene manteniendo este criterio, incluso para quienes no son titulares de régimen de transición. Por consiguiente, en virtud del respeto a la seguridad jurídica que comporta el derecho a la igualdad de trato, la decisión sobre esta problemática se adoptará conforme a las argumentaciones que a continuación se verterán.

Pues bien, para resolver la controversia es menester precisar, al tenor de lo previsto en el artículo 2 de la ley 797 de 2003 el traslado entre regímenes pensionales puede realizarse cada 5 años, siempre y cuando al afiliado le falten más de 10 años para adquirir el derecho pensional, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002¹.

En la página 47 del archivo « 01. DemandaAnexos», obra copia de la cédula de ciudadanía de la demandante, donde se registra como fecha de nacimiento el 09 de marzo de 1959, por lo que cumplió 57 años el mismo día y mes del 2016, procediendo a solicitar su traslado y/o nulidad de la afiliación, mediante peticiones dirigidas a COLPENSIONES y PROTECCIÓN el 17 de mayo de 2019 y el 24 de octubre de 2019, respectivamente (págs. 24 y 38), es decir, cuando evidentemente ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho y de otra parte, no contaba con 15 años de servicios para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994, pues para esa data, según las probanzas incorporadas a los autos, tenía 480.86 semanas cotizadas al sistema general de pensiones (Exp. Digital: 06.

¹ En relación con la posibilidad de traslado de régimen, en virtud del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al sistema general de pensiones podían escoger el régimen de pensiones que prefirieran y que una vez efectuada la selección inicial, éstos sólo podrían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres (3) años, contados a partir de la selección inicial, disposición que fue modificada por la Ley 797 de 2003, en su artículo 2º, indicando que dicho traslado solo podría realizarse cada 5 años, y que: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente Ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”, y de igual forma se estableció la posibilidad de trasladarse de régimen al margen del tiempo que faltara para cumplir la edad de pensionarse, para quienes cuentan con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, en los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

Contestación de la demanda Colpensiones 08-03-2021, págs. 36 a 39), por lo que no se encontraba en la excepción prevista en la Sentencia C-789 de 2002, para retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo.

No obstante, pretende la parte actora a efectos de continuar válidamente vinculada al régimen de prima media, la declaratoria de la nulidad del traslado realizado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPMPD al de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, el cual según las documentales obrantes en el proceso, acaeció el 10 de enero de 2000, según información registrada en el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. (Exp. Digital: 07. Contestacion Proteccion 08-03-2021, Pág. 49).

Así las cosas, debe precisarse frente al tema y en virtud de la serie de sentencias referidas que, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sostiene que para el estudio de la procedencia de la ineficacia o nulidad del traslado, según sea el caso, se traslada la carga de la prueba quedando esta en cabeza de las AFP, quienes en consecuencia deben demostrar que al momento en que se efectúa el traslado por cada afiliado, suministraron de forma completa la información integra al mismo afiliado, tales como ponerle en conocimiento las diferencias que existen entre los dos regímenes pensionales, verbigracia las modalidades pensionales del RAIS, el capital que se debe acumular a efectos de obtener el reconocimiento de la pensión en dicho régimen, el manejo de los recursos en un régimen y otro y los requisitos legalmente establecidos en el régimen de prima media con prestación definida para adquirir el derecho pensional, entre otros aspectos que diferencian los regímenes pensionales y de igual forma se debe acreditar el suministro de la información suficiente relacionada con las implicaciones que conlleva el traslado, tales como la pérdida del régimen de transición y los términos legales para el retorno al de prima media con prestación definida entre otros.

En ese orden de ideas, la obligación de las AFP de acreditar o probar que dio la información a cada afiliado al momento de la vinculación, deriva de que la obligación de suministrar dicha información surge desde la misma creación de las AFP, las que tienen a su cargo el deber de la asesoría y el buen consejo, por ser los especialistas en el tema y en aras de garantizar la libertad informada de los afiliados.

Así, la doctrina le ha adjudicado una serie de obligaciones a las administradoras de pensiones que emanan de la buena fe, como son la transparencia, vigilancia, y el deber de información, último que debe presentarse desde la etapa anterior a la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional, de manera completa y comprensible en materias de alta complejidad, con la prudencia

de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado, aunado a que, cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, estimándose en el proveído, se produce engaño no solo en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba de la parte actora al fondo accionado PROTECCIÓN S.A.

Ahora, en ese contexto decisional se verifica si en el momento del traslado de régimen la accionante recibió la información correspondiente, y en esa dirección, advierte la Sala, brillan por su ausencia medios probatorios tendientes a acreditar el suministro de información a la demandante, en los términos aquí referidos, al momento de realizar el traslado de régimen pensional, pues no existen medios de prueba que permitan constatar la información suministrada a aquella, pues en manera alguna se encontró acreditado siquiera de manera sumaria que se le hubiese informado sobre las condiciones pensionales en el RAIS o de las ventajas y desventajas que traería el cambio de régimen pensional.

De otra parte, a efecto de zanjar cualquier duda, en lo que hace al aparte de manifestación de voluntad y selección del régimen (10 de enero de 2000), plasmado en el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., éste no constituye en manera alguna, medio probatorio que permita inferir que a la accionante se le proporcionó la información adecuada y veraz en los términos referidos precedentemente, como quiera que, tal como se dejó suficientemente explicado, dichos supuestos no fueron acreditados por la demandada PROTECCIÓN S.A.

En este orden de cosas, conforme a las sentencias ya referidas, la AFP demandada PROTECCIÓN S.A., omitió en el momento del traslado de régimen, el deber de información para con la promotora del juicio, en los términos que han quedado vistos, esto es relevándose de su obligación de indicar las consecuencias derivadas del cambio del régimen, los términos para retornar al régimen de prima media entre otros y en esa medida, al tenor de lo señalado ello deriva en la INEFICACIA DEL TRASLADO del régimen pensional así realizado, precisando en este punto a la parte recurrente, que como quiera que se está declarando la ineficacia de un traslado

inicial, es procedente la devolución de los rendimientos, inclusive lo relacionado con gastos de administración dado que ante la ineficacia de la afiliación o traslado de régimen el descuento de dichas sumas queda sin soporte legal, y conforme lo visto, tal condena no es una sanción sino una consecuencia lógica de la declaración de ineficacia, sin que exista razón para que el fondo privado no verifique la devolución de los gastos de administración que hayan cobrado frente a la administración de los valores ni las primas de seguros, los cuales, deben retornar de manera íntegra a Colpensiones, pues dichos montos pertenecen al Sistema de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión (CSJ SL1421-2019 y SL638-2020).

Desde luego que, la AFP tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, los cuales soportan los cargos que tiene que asumir la accionante al no haber cotizado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual, como ya se dijo, se financiará la pensión, independientemente si se hayan efectuado en un fondo público o en una cuenta individual.

Recientemente el Alto Tribunal, en las sentencias CSJ SL2208-2021 y SL2209-2021 del 26 de mayo de 2021, reiteró, con relación a las consecuencias de la ineficacia y la devolución de los gastos de administración que *«en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que tal declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL4811-2020 y CSJ SL373-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima»*.

En la misma dirección se debe señalar, tampoco tiene incidencia que la demandante no sea beneficiaria del régimen de transición o que no contara con 15 años de servicio antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, pues tales circunstancias no tienen relación alguna con la información que se le debía suministrar a la demandante cuando se trasladó de régimen.

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta esta no prospera, como quiera que al hacerse viable la ineficacia del traslado, resulta evidente que este hecho afecta

de manera eventualmente positiva el estatus pensional de la demandante, dadas las diferentes condiciones para la exigencia de los derechos que se derivan de ella, la cual es permanente y vitalicia, resultando en consecuencia imprescriptible la acción para impetrar su reconocimiento. Sobre la prescripción y el sentido decisional en este tipo de acciones judiciales, se puede consultar la reciente jurisprudencia de la sala de casación laboral de la CSJ, identificada como SL1421 de 2019, así como las ya mencionadas SL2208-2021 y SL2209-2021.

En ese sentido, se **confirmará** la decisión de primer grado. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

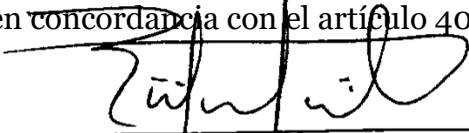
RESUELVE

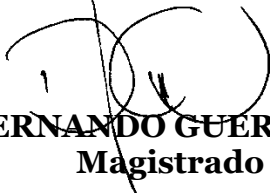
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme a lo expuesto en precedencia y con los efectos y alcances allí consignados.

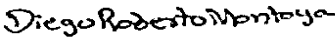
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.


RAFAEL MORENO VARGAS
 Magistrado


DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
 Magistrado


DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
 Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C. - SALA LABORAL
MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS**

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

Proceso ordinario laboral de CARLOS ALBERTO ROZO MORENO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Rad. 110013105-028-2019-00738-01.

Con la finalidad de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de octubre de 2021.

ANTECEDENTES

El señor **CARLOS ALBERTO ROZO MORENO**, promovió demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** con el fin de que se declare la nulidad de los siguientes actos administrativos: Resolución SUB 205347 del 01 de agosto de 2018, Resolución SUB 53052 del 28 de febrero de 2019, Resolución DPE 1406 del 04 de abril de 2019, expedidas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES. Como consecuencia de lo anterior, y a título de restablecimiento del derecho, se declare la improcedencia del reintegro de las sumas en dinero que COLPENSIONES le solicitó mediante los actos administrativos antes citados, y así, se condene a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho que se causen con ocasión de este proceso.

Como sustento fáctico de sus pretensiones, relató que nació el 30 de enero de 1943 y actualmente se encuentra percibiendo su pensión de vejez a cargo de

COLPENSIONES. Mencionó que, el Instituto de Seguro Social –ISS– hoy COLPENSIONES, no liquidó correctamente su mesada pensional por lo que agotada la vía administrativa interpuso demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES ante los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá. Manifestó que, una vez realizado dicho trámite, en sentencia del 22 de julio de 2015 el Juzgado 29 Laboral de Oralidad De Bogotá declaró la reliquidación de la mesada pensional del accionante en una cuantía de \$5.837.786.23, pagadera a partir del 01 de enero de 2004 y, consecuentemente condenó a COLPENSIONES reajustar dicha mesada conforme a lo aludido, detalló que la sentencia antes descrita fue confirmada por Tribunal Superior de Bogotá — Sala Segunda de Decisión Laboral el día 01 de septiembre de 2017. Adujo que mediante la Resolución SUB 294445 del 22 de diciembre de 2017, COLPENSIONES dio cumplimiento a los fallos proferidos por el Juzgado 29 Laboral De Oralidad de Bogotá y confirmado por Tribunal Superior de Bogotá — Sala Segunda de Decisión Laboral. Aclaró que tiempo después, mediante la Resolución No. SUB 205347 del 10 de agosto de 2018, COLPENSIONES ordenó el reintegro de unas sumas de dinero, por concepto de un "Pago de lo no debido" por valor de \$39.237.124, alegando que, desde el reconocimiento de su pensión de vejez, esta le ha venido realizando pagos por encima de lo decretado por el Juzgado 29 Laboral Del Circuito de Bogotá y confirmado por el Tribunal Superior de Bogotá — Sala Segunda de Decisión Laboral, dentro en el proceso con Radicado No. 29 2014 00505 01, advirtió que COLPENSIONES también sustentó el "Pago de lo no debido", en un supuesto cumplimiento de la sentencia proferida por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada por el Tribunal Superior de Bogotá el proceso con radicado No. 29 2014 00505 01. Asimismo, añadió que el día 22 de enero de 2019, se presentó ante COLPENSIONES un recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra la Resolución No. SUB 205347 del 10 de agosto de 2018, solicitando la revocatoria directa de la resolución recurrida por considerar erróneos los argumentos esgrimidos en dicho acto administrativo. Aseguró que COLPENSIONES mediante la Resolución SUB 53052 del 28 de febrero de 2019, resolvió el recurso de reposición contra la Resolución No. SUB 205347 del 10 de agosto de 2018, en el sentido de confirmar el artículo primero de la resolución recurrida. Así entonces, explicó que, por medio de la Resolución No. DPE 1406 del 04 de abril de 2019, COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación contra la Resolución No. SUB 205347 del 10 de agosto de 2018, en el sentido de confirmar también el artículo primero de la resolución recurrida, por lo que, considera inexplicable la razón por la cual COLPENSIONES ordenó el cobro de diferencias en las mesadas pensionales pagadas desde el año 2004 al 2017, cuando esta misma sentencia decretó el pago tres años hacía atrás de los emolumentos causados.

Finalmente resaltó que el ISS desde la Resolución No. 002911 del 2004, le ha venido reconociendo erróneamente la pensión de vejez, como se puede corroborar con las resoluciones y desprendibles de pagos expedidos por el Seguro Social en su momento (Fl. 114 a 120).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que, en el estudio fáctico y jurídico se evidenció que los Actos Administrativos expedidos a favor de la parte actora se encuentran ajustados a lo establecido dentro del fallo judicial de Radicado 1100131050-29-2014-505 e igualmente no se presentó dictamen pericial que evidencie errores aritméticos al momento de la liquidación pensional de la parte actora. Afirmó que, si bien es cierto, jurisprudencialmente se ha establecido que los actos administrativos que reconocen prestaciones están sujetas a estipulaciones de legalidad por la legítima confianza en su actuación pública y no le asiste recuperar dineros asignados por errores administrativos pues iría en contra del constitucional de Buena Fe de quien confían en estos postulados, no es menos cierto, que el Principio constitucional de Buena Fe no es absoluto, pues se debe revisar la identidad, características de tiempo y modo que dieron lugar al pago de lo no debido y revisado el presente caso, se evidencia que la parte actora y su apoderado en la instancia judicial que reliquidó la pensión de vejez que arrojó una suma inferior a la reconocida por mi representada presuntamente hicieron silencio respecto de las sumas superiores reconocidas y pagadas. Como excepciones de mérito propuso las de «inexistencia del derecho y cobro de lo no debido», «mala fe», «pago de lo no debido», «prescripción y caducidad parcial y/o total sobre mesadas pensionales y otros», «innominada o genérica», y como excepción de fondo la de «buena fe» (Fls. 130 a 133).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 26 de octubre de 2021, el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, declaró que el reintegro de los valores solicitados por COLPENSIONES al demandante mediante Resolución SUB 205347 del 01 de agosto de 2018, así como los actos administrativos expedidos posteriormente dentro del proceso de cobro activo no resultan procedentes, asimismo declaró no probados los medios exceptivos propuestos por COLPENSIONES y condenó en costas a la demandada.

Para arribar a esta decisión, en síntesis, indicó que el CPACA en el art. 164 núm. 1 lit. c prevé que no hay lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, así mismo, indicó que, con base en precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, en consonancia del art. 48 de la Constitución Política y la Corte Suprema de Justicia, el legislador impone un límite en la declaratoria de nulidad de los actos administrativos, consistente en que no puede recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe, por lo que le corresponde al Estado probar que el beneficiario de la pensión actuó de mala fe al considerar el reconocimiento o la reliquidación pensional. Manifestó que la buena fe se presume en la actuación de los particulares, por tanto, debe desvirtuarse. En ese orden de ideas, estimó que COLPENSIONES debe acreditar que el actor, al solicitar el reconocimiento y posterior reliquidación de la pensión de vejez, no obró con lealtad, rectitud y honestidad, sino por el contrario acudió a maniobras engañosas o documentos falsos para inducir en error a la administración y a las autoridades judiciales, por lo tanto, estimó que la conducta del demandante al interponer los recursos de reposición y en subsidio de apelación contra los actos administrativos que le reconoció la pensión, y siendo insistente en la reliquidación de su mesada al considerar que no se le había tenido en cuenta todas las semanas cotizadas, ni se le había aplicado la tasa de reemplazo correcta, en principio, no denota un actuar fraudulento ni evidencia la intención de engañar a la administración, como lo muestra el fallo del Juzgado 29 Laboral del Circuito al determinar el monto de la mesada pensional, y el cual no advirtió una conducta de tal tipo, como tampoco se probó en el litigio, por lo que consideró que acudir a los recursos contemplado en la normatividad no puede hacer presumir un actuar ilegal o fraudulento, en ese sentido, en el caso concreto, declaró que no se probó la mala fe en la actuación del accionante, por lo que COLPENSIONES debe abstenerse de continuar con el proceso de cobro coactivo administrativo, para en su lugar acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener el reintegro de lo cancelado de más.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES alegó en similares términos a los expuestos en el escrito de contestación, solicitando se revoque la decisión de primera instancia. La parte actora guardó silencio.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no encontrando causal de nulidad que invalide lo actuado, corresponde a esta Colegiatura establecer si hay lugar al recobro y/o restitución de los valores cancelados de más al actor por concepto de diferencias de mesadas pensionales por parte de COLPENSIONES.

CONSIDERACIONES

Con el objeto de resolver el problema jurídico expuesto, la Sala encuentra como hechos probados, que mediante Resolución No. 2911 de 01 de marzo de 2004, el Instituto de Seguro Social - ISS le reconoció al actor una pensión de vejez en cuantía de \$5.290.948 a partir del 01 de marzo del 2004, en los términos de la Ley 100 de 1993; posteriormente, a través de la Resolución 0017908 de 10 de junio de 2005, reliquidó la prestación en la suma de \$5.502.664 efectiva a partir del 01 de enero de 2004. Luego, mediante resolución No. GNR 116063 del 29 de mayo de 2013, la Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES, ordenó la reliquidación de la pensión en cuantía de \$5.907.710 a partir del 01 de enero del 2004, en los términos del Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, decisión que fue confirmada por medio de la Resolución GNR 638635 del 05 de marzo de 2015. Ulteriormente, COLPENSIONES reliquidó nuevamente la prestación por medio de la Resolución GNR 306912 del 07 de octubre de 2015, en cuantía inicial de \$8.690.540, con una tasa de reemplazo del 90% a partir del 23 de julio de 2012. Más adelante, en cumplimiento del fallo judicial proferido por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial De Bogota D.C - Sala Laboral, el 01 de septiembre de 2017, profirió la Resolución SUB 294445 del 22 de diciembre de 2017 reconociendo un pago único por concepto de indexación a favor del hoy demandante y estableció una mesada para el 2018 de \$10.243.393.

Posteriormente, a través de la Resolución SUB 205347 de 01 de agosto de 2018, COLPENSIONES ordenó el reintegro de unas sumas de dinero al accionante, por los valores pagados por concepto *pago de lo no debido* por el periodo comprendido entre el 01 de enero de 2004 al 30 de diciembre de 2017, por un valor total de \$39.237.124, y ante la interposición de los respectivos recursos de Ley, COLPENSIONES confirmó la decisión por medio de las Resoluciones SUB 53052 y DPE 1406 de 2019 (fls. 15 a 90).

Clarificado lo anterior, debe la Sala precisar con relación al tema que nos convoca, artículo el 19 de la Ley 797 de 2003, faculta a quienes respondan por el pago o

reconozcan prestaciones económicas con cargo a los recursos del erario, para que revoquen directamente los actos administrativos sin necesidad de autorización del particular, si se reconocieron de manera irregular. Disposición normativa que fue objeto de estudio por parte de la Corte Constitucional en la sentencia CC SU182-2019, donde analizó el principio de buena fe, todo dentro del marco de la revocatoria directa de actos administrativos que otorgaron prestaciones económicas periódicas de irregularmente; la cual resulta pertinente traer a colación con la finalidad de determinar el actuar del particular en el marco de la buena fe, con la precisión de que el análisis se enmarca dentro de lo establecido en el inciso 2.º del artículo 136 del CCA, en cuanto a que *«los actos que reconozcan prestaciones periódicas podrán demandarse en cualquier tiempo por la administración o por los interesados, pero no habrá lugar a recuperar las prestaciones pagadas a particulares de buena fe»*, pero igualmente válidos en el caso que nos ocupa para verificar si hay lugar al retorno de los dineros pagados con ocasión de la prestación periódica pensional que percibe el actor.

En la providencia en cita se esgrimió lo siguiente:

«4.1. La Sentencia C-835 de 2003 no supeditó la procedencia de la revocatoria directa al proceso penal

Al revisar la constitucionalidad del mecanismo de revocatoria directa para pensiones obtenidas irregularmente, la Sala Plena sostuvo que no cualquier sospecha habilita este recurso extraordinario de control; sino que debe tratarse de unos “motivos reales, objetivos, trascendentes, y desde luego, verificables”. Con ello, blindó al trabajador de decisiones arbitrarias o desproporcionadas por parte de las administradoras de pensión que -como ya se reseñó en algunos casos- pusieron en riesgo derechos adquiridos por la simple sospecha de fraude, o por meras divergencias en la interpretación de las normas.

Por esta razón la Sentencia C-835 de 2003 (MP. Jaime Araujo Rentería) declaró la exequibilidad condicionada del artículo 19 de la ley 797 de 2003, “en el entendido que el incumplimiento de los requisitos o que el reconocimiento se hizo con base en documentación falsa, se refiere siempre a conductas que estén tipificadas como delito por la ley penal”. Pero allí mismo precisó que “basta con la tipificación de la conducta como delito, para que la administración pueda revocar, aunque no se den los otros elementos de la responsabilidad penal”

*De ahí que los supuestos que trae el artículo 19 de la Ley 797 de 2003 deben entenderse como el resultado de conductas u omisiones especialmente graves, al punto que pudieran enmarcarse en algún tipo penal; y **no simplemente tratarse de discrepancias jurídicas, o inconsistencias menores en el cumplimiento de los requisitos**. Esto supone un estándar alto de prueba a cargo de la administración, pero no implica una suerte de prejudicialidad, que restrinja el mecanismo de revocatoria a la espera que se produzca una sentencia penal condenatoria. Lo que la Corte exigió a través de la sentencia C-835 de 2003 es un comportamiento lo suficientemente grave como para ser enmarcado en algún tipo delictivo, aunque la conducta no sea finalmente sancionada en un juicio penal. La condena criminal es la máxima prueba a la que puede aspirar la administración para desvirtuar la buena fe de una persona; si bien es suficiente,*

tan alto grado de convencimiento no es necesario para habilitar el instrumento de la revocatoria directa.
[....]

4.2. El ordenamiento penal castiga a quien se aprovecha de un error ajeno para obtener un beneficio personal

Contrario a lo que sostuvieron varios de los afiliados involucrados en este expediente, el solo hecho de apropiarse conscientemente, de dineros o bienes ajenos, que por error o negligencia hayan sido entregados, es una conducta grave que puede entrar en la órbita del derecho penal. Más específicamente, del delito de aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito, definido en los siguientes términos:

“Artículo 252. Aprovechamiento de error ajeno o caso fortuito. El que se apropie de bien que pertenezca a otro y en cuya posesión hubiere entrado por error ajeno o caso fortuito, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años // La pena será de prisión de uno (1) a dos (2) años cuando la cuantía no exceda de diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes”.

Esta conducta integra el Título VII del Código Penal, que consagra los delitos contra el patrimonio económico. Si bien no hay mayores desarrollos doctrinarios sobre este tipo, es claro que el Legislador busca castigar a quien se apropia de un bien, que por error ajeno o por el azar entró en su posesión. La descripción típica no se concentra en las conductas que pudieron haber ocasionado el error, pues para eso existen otros tipos penales, sino que castiga el mero hecho de aprovecharse del infortunio ajeno.

Hay un precedente relevante de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia al respecto. Es el caso de una persona que fue denunciada por la compañía de seguros Positiva. Según la Empresa, por error consignó en favor de aquel la suma de \$45.779.213, como pago de retroactivo de pensión, pese a que dicha suma no le era adeudada. Pese a aceptar que el dinero no le correspondía, el acusado se apropió del mismo, negándose a devolverlo. Esta situación, en la que era claro que el acusado no realizó ninguna maniobra ilegal para apropiarse del dinero, sino que éste llegó a su cuenta por un error de la Compañía, la Corte Suprema hizo las siguientes consideraciones sobre los elementos definitorios del delito de aprovechamiento:

“Como claramente se aprecia, el verbo rector que delimita el núcleo de la conducta, remite a la “apropiación” de algo “en cuya posesión”, se hubiese entrado por error ajeno o caso fortuito // Lo destacado en negrillas obedece a que la conducta punible no existe o comienza a materializarse si, de un lado, no se ha dado la efectiva posesión del bien; y, del otro, si esa posesión no deriva en consecuente apropiación, entendida como la tenencia con ánimo de señor y dueño // Huelga resaltar que si bien, el tipo penal obliga acudir al error ajeno o caso fortuito, estas circunstancias por sí mismas son ajenas al delito, o mejor, no hacen parte del iter criminis, como quiera que sin la efectiva posesión y subsecuente apropiación, apenas se estiman irregularidades ajenas al derecho penal y sin ninguna trascendencia dentro del mismo // El delito, por esencia doloso, solo comienza a ejecutarse cuando la persona entra en posesión del dinero, para el caso, y decide apropiarse del mismo”

Ahora bien, es menester aclarar que nadie puede ser acusado penalmente por el simple hecho de recibir un dinero o un bien que no le corresponde. Nadie está en la posibilidad de conocer, ni mucho menos evitar, que una entidad cometa un error a su favor, sobre todo cuando la falla es imperceptible al ciudadano común. Lo que censura el ordenamiento penal es que, una vez conocido o informado de la irregularidad, la persona pretenda apropiárselo

[...]

124. Para terminar este acápite, es importante señalar que cuando una persona, además de apropiarse de una prestación o consignación equivocada, realiza acciones adicionales para mantener en error a la administración, la conducta típica puede escalar al campo de la estafa. Esto fue lo que ocurrió justamente en la Sentencia SU-240 de 2015 (MP. Martha Victoria Sánchez). En aquella ocasión, la Sala Plena conoció el proceso contra la cónyuge superviviente que se aprovechó del error de la administración que liquidó la pensión de su difunto esposo como si fuese un Congresista, a pesar de que el mismo era un auxiliar administrativo. Tal error significó un incremento de casi 10 veces en la mesada pensional, frente a lo cual era difícil alegar la buena fe o el desconocimiento:

“Pues bien, el Tribunal interpretó la citada disposición en el sentido de que incluso en aquellos supuestos en los cuales la administración motuo propio había incurrido en un error de hecho, es decir, no se le había inducido al mismo, y terminaba reconocido indebidamente un derecho, dicho acto era considerado ilegal, si el beneficiado guardaba silencio; tanto más y en cuanto el equivoco era manifiesto // Así las cosas, la interpretación acordada por los falladores al segundo inciso del artículo 73 del C.C.A. es perfectamente acorde con la Constitución, por cuanto: (i) se encamina a proteger de manera inmediata al erario público, en tanto que bien jurídico constitucionalmente amparado; (ii) evita que la administración tenga que acudir a la justicia en acción de lesividad, y en el entretanto, pagar lo no debido; y (iii) sanciona al ciudadano que de manera consciente se aprovecha de un error manifiesto de la administración pública”.

Es claro entonces que el derecho penal castiga no solo a quien realiza maniobras fraudulentas o aporta documentos falsos para hacerse a una pensión, sino que también cuestiona a aquel que se aprovecha del error o el infortunio ajeno. Tal comportamiento, en determinadas condiciones y según su gravedad, entra en la órbita del derecho penal y, por ende, también puede ser enfrentado a través del mecanismo de la revocatoria directa.

4.3. Quien se aprovecha del error ajeno o incumple su deber de buena fe, actúa en contravía de la Constitución, y no merece protección sobre los derechos así adquiridos

[...]

[...] se tiene el principio general de la buena fe, que el artículo 83 Superior elevó a rango constitucional y consagró como un deber. Según este, “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante éstas”. En su acepción más simple, la buena fe equivale a “obrar con lealtad, rectitud y honestidad, es la que se exige normalmente a las personas en todas sus actuaciones”.

La buena fe no solo se reclama a las autoridades públicas, imponiéndoles la obligación de abstenerse de modificar abruptamente sus decisiones, sino que también se predica de los particulares. Esta busca materializar la confianza mutua, lo cual exige una disposición respetuosa y leal de ambas partes:

[...]

Es por lo anterior que frente a una circunstancia de ostensible ilegalidad, la Corte ha defendido que “la aplicación del principio de buena fe deberá operar es en beneficio de la administración para proteger el interés público, pues en este caso la actuación fraudulenta con la que se dio origen o desarrollo a la actuación de la administración rompe la confianza legítima que sustenta la presunción de legalidad del acto expedido bajo tales circunstancias.

[...]

En conclusión, la revocatoria unilateral de un acto de reconocimiento pensional se habilita ante un comportamiento lo suficientemente grave como para ser enmarcado en algún tipo delictivo, sin que sea necesario demostrar la responsabilidad penal a través de una sentencia condenatoria. Tampoco hace falta que el afiliado sea el que haya concertado o inducido en error a la administración, pues el ordenamiento jurídico también sanciona a quien se aprovecha de estos escenarios. El cumplimiento de las normas es un presupuesto básico del Estado social y democrático de derecho. Actuar con rectitud y honestidad es una exigencia que se deriva del principio general de la buena fe y que permite crear un ambiente de confianza mutuo, imprescindible para el buen funcionamiento de la sociedad» (lo subrayado es de la Sala).

Como se extrae del texto transcrito, ninguna persona está en la posibilidad de evitar que una entidad, como sería el caso de Colpensiones, incurra en error a su favor, con mayor razón, cuando para éste no resulta sencillo identificarlo, pues lo reprochable por el ordenamiento jurídico, es que una vez conocida la irregularidad, el ciudadano pretenda ignorar el yerro y sacar provecho propio de un infortunio ajeno, pues en este escenario se está apropiando conscientemente de dineros improcedentes y bajo ninguna perspectiva tal actuar, debe estimarse como de buena fe.

En el caso de marras una vez revisados los mencionados actos administrativos que reconocieron y ordenaron pagar la prestación, de entrada, no observa la Sala conductas delictivas ni fraudulentas por parte del pensionado aquí demandante, si se evidencia que una vez le fue reconocida la pensión en el año 2004 (fls. 15-16), el demandante en uso de los recursos que le prodiga el ordenamiento jurídico solicitó en reiteradas ocasiones el reajuste de la mesada y como se pudo ver, no estaba equivocado en ello puesto que tanto el ISS como COLPENSIONES accedieron a sus pedimentos reliquidando la mesada pensional varias veces, incluso por vía judicial como se observa también que se le concedió la razón tanto en primera como en segunda instancia (fls. 92-93), empero por un valor menor a los que la entidad le había concedido.

De todas las actuaciones surtidas, tanto administrativas como judiciales, no se evidencia que para el ejercicio reliquidatorio, el pensionado haya obrado con deslealtad, ni deshonestidad o haya acudido a maniobras engañosas o a documentación falsa para hacer incurrir en error a la administración y a las autoridades judiciales y de ahí obtener provecho del mismo con un reajuste de su mesada, desde luego que COLPENSIONES no prueba una conducta de este tipo, por lo que, tal actuar en modo alguno se puede enmarcar dentro del terreno de la mala fe, de ahí que, las diferencias obtenidas frente a la mesada calculada judicialmente (inferior a la de COLPENSIONES), evidentemente fueron percibidas de buena fe por el pensionado y no se ha verificado que los reajustes con los que se benefició el

pensionado, estuvieran soportados en actos delictuosos, lo cual deriva en que la administradora de pensiones no deba reclamarlos unilateralmente y sin el consentimiento del pensionado, y sin que ello obste para que la entidad acuda a la vía judicial pertinente si así lo estima.

Así las cosas, habrá de confirmarse la decisión de primer grado que arribó a similares conclusiones. En tal virtud, queda resuelta el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad demandada. Así se decidirá. Sin costas en esta instancia, por no aparecer causadas.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

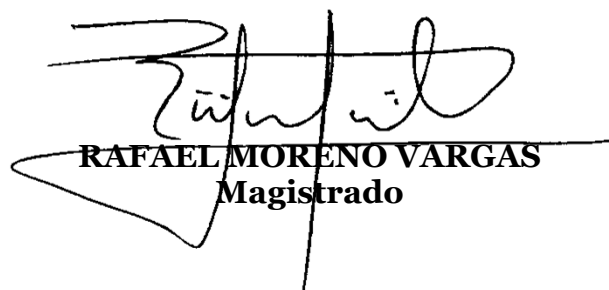
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvío dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.



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

MAGISTRADO PONENTE: RAFAEL MORENO VARGAS

Treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

PROCESO ORDINARIO LABORAL adelantado por JAIRO DANIEL JIMENEZ ORJUELA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OTRO Rad. 110013105-036-2019-00214-01.

Con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral, previa deliberación al proyecto sometido a su consideración por el Magistrado Sustanciador, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

En los términos y para los fines previstos en el artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, en concordancia con el Acuerdo PCSJA20-11632 del 30 de septiembre de 2020, procede la Sala de Decisión a revisar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida por el Juzgado 2° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá el 13 de octubre de 2021. Asimismo, revisará la aludida sentencia en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES (art. 69).

ANTECEDENTES

El señor **JAIRO DANIEL JIMENEZ ORJUELA**, formuló demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES, con el fin de que se declare que es beneficiario del régimen de transición contenido en la Ley 100 de 1993, así como del régimen contenido en el Acto Legislativo 01 de 2005. En consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de vejez contenida en el Acuerdo 049 de 1990, más el retroactivo pensional desde el 28 de abril de 2009, las mesadas adicionales de mayo y noviembre, los intereses de mora consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación. Finalmente, se condene al pago de lo ultra y extra petita, más las costas procesales.

De manera subsidiaria pretende que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación contenida en la Ley 71 de 1988, junto con el

retroactivo pensional, las mesadas adicionales de mayo y noviembre, los intereses de mora e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, indicó que nació el 27 de abril de 1949 y estuvo vinculado laboralmente con diferentes empresas del sector público y privado, quienes pagaron sus cotizaciones al Sistema General de Pensiones por más de 1250 semanas. Mencionó que acreditó las 1.000 semanas exigidas por el Decreto 758 de 1990, norma que le es más favorable. Arguyó que se debe tener en cuenta el tiempo de servicios no cotizados al ISS para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, tal como lo ha dicho la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ. Explicó que dejó de efectuar cotizaciones al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 31 de abril de 2017 y presentó la reclamación administrativa ante la demandada, el 13 de marzo de 2017, no obstante la entidad negó el pedimento. Aseveró que el 01 de septiembre de 2018, presentó un nuevo derecho de petición solicitando el reconocimiento pensional, allegando todas las certificaciones laborales del sector público, para el cobro del respectivo bono pensional, empero, COLPENSIONES negó la solicitud. Agregó que la demandada no ha tenido en cuenta el tiempo que laboró para la Gobernación del Meta (desde el 27 de agosto de 1974 hasta el 05 de diciembre de 1974); la ESE Hospital San Francisco (entre el 21 de abril y el 01 de octubre de 1975); y el Hospital Militar Central (desde el 01 de abril de 1994 hasta el 30 de junio de 1995). Aseveró que todas las certificaciones laborales fueron entregadas a COLPENSIONES, aunado a que, el Ministerio de Defensa- Hospital Militar Central certificó los periodos de cotización del 01 de abril de 1994 hasta el 30 de junio de 1995 (fls. 4 a 17).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES** contestó la demanda con oposición a la prosperidad de las pretensiones, indicando que pese a que estudió la procedencia de la validación de los tiempos públicos cotizados por el demandante, lo cierto es que no fue posible tenerlos en cuenta, por cuanto el certificado CLEBP da cuenta de que el tiempo laborado y cotizado para el Hospital Militar Central correspondió del 21 de julio de 1982 al 31 de marzo de 1994, sin que sea posible abonar el tiempo adicional que el demandante solicitó. Igualmente aclaró que el actor no aportó los formatos CLEBPS que den cuenta del tiempo que laboró para la Gobernación del Meta, aunado a que, la Dirección de Afiliaciones e Historia Laboral encontró que el certificado CLEBP presentaba errores en su diligenciamiento, por lo que se solicitó al accionante la confirmación y corrección, no obstante, aquel no respondió

dentro del término establecido en el Decreto 1513 de 1998. Arguyó que el Decreto 758 de 1990 solo permite contabilizar los tiempos efectivamente cotizados al ISS y no los periodos pagados a cajas de previsión social diferentes. Agregó que tampoco procede el reconocimiento pensional bajo la Ley 71 de 1988, pues pese a que el demandante cumplió los 60 años de edad antes del 27 de abril de 2009, lo cierto es que para el 31 de diciembre de 2014 no reunía los 20 años de servicio. Propuso como excepciones de mérito las de «inexistencia del derecho y de la obligación», «improcedencia de intereses moratorios e indexación», «prescripción», «buena fe» e «innominada o genérica» (fls. 66 a 81).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 2° Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia proferida el 13 de octubre del año 2021, declaró que al demandante le asiste derecho a que COLPENSIONES corrija su historia laboral. En consecuencia, condenó a la demandada a corregir la historia laboral del accionante, adicionando el tiempo cotizado por el Hospital San Francisco ESE (desde el 21 de abril al 01 de octubre de 1975: 23 semanas) y el Hospital Militar Central (del 21 de julio de 1982 al 30 de junio de 1995: 643). Por ello, declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez contenida en el Acuerdo 049 de 1990 y condenó a COLPENSIONES a pagar la suma de \$77.564.330 por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 01 de abril de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2021, valores que deberán ser indexados.

Para arribar a la anterior conclusión, indicó que según la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, las cotizaciones a pensión se causan con la prestación del servicio, lo que implica que el trabajador sólo debe acreditar la prestación personal del servicio, para que se repunte la cotización al sistema. Explicó que las entidades públicas certifican la prestación de los servicios a través de los formatos CLEBP, de los cuales pudo deducir que el demandante estuvo vinculado al Hospital San Francisco ESE desde el 21 de abril de 1975 hasta el 01 de octubre de 1975 y al Hospital Militar Central desde el 21 de julio de 1982 hasta el 30 de junio de 1995 con 155 días de interrupción. Por ello, encontró que procede la corrección de la historia laboral del demandante, toda vez que fueron periodos laborados por aquel y no están contabilizados en las semanas cotizadas, dando un total de 1.120,8 semanas. Explicó que para el 01 de abril de 1994, el actor tenía 44 años de edad y más de quince años de servicios, por cuanto comenzó a realizar aportes desde enero de 1973, por lo que es beneficiario del régimen de transición. Mencionó que para el 29 de julio de 2005, el demandante tenía 817.31 semanas, es decir que, de acuerdo con el Acto Legislativo 01 de 2005, los beneficios

transicionales se extendieron hasta el 31 de diciembre de 2014. Manifestó que pese a que el demandante se trasladó de régimen en 1999 a la AFP PORVENIR y luego regresó al RPMPD, lo cierto es que, no perdió el régimen de transición, dado que para el 01 de abril de 1994 tenía 789.28 semanas, densidad de semanas que resulta suficiente para garantizar la continuidad del beneficio transicional y regresar en cualquier tiempo al RPMPD, de acuerdo con la sentencia SU 130 de 2013. Aclaró que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha avalado que se realice la sumatoria de tiempos de cotización realizados en el ISS y los Fondos o Cajas de Previsión Social, es decir, de todos los tiempos laborados sin distinción de empleador o si fueron objeto de aportes a pensión o no. En ese orden, encontró que el demandante cumplió con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para obtener la pensión de vejez, pues cumplió la edad requerida el 27 de abril de 2009 y hasta el 31 de diciembre de 2014 había cotizado 1.009,44 semanas. Esgrimió que pese a que la parte actora no allegó la carta de desafiliación del sistema general de pensiones, de conformidad con la jurisprudencia, es posible deducir la voluntad de retiro del sistema por actos como el cese de pago de aporte, situación que en el caso del demandante ocurrió en marzo de 2017, en consecuencia, es desde el 01 de abril de 2017 que se debe reconocer el disfrute de la prestación.

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado judicial de la parte demandada, inconforme con la decisión, interpuso recurso de apelación, argumentando que si bien es cierto el demandante prestó sus servicios para varias entidades públicas, los formatos CLEBPS no cumplen con las formalidades exigidas para contabilizar lo exigidos por aquel, por ende, no deben ser tenidos en cuenta en su historia laboral. Mencionó que algunos de los certificados laborales no se encuentran dentro del expediente, por lo que esos tiempos no pueden ser contados. Aseveró que aunque el demandante cumplió la edad de 60 años en el 2009, entre el 27 de abril de 1989 al 27 de abril de 2009 no alcanzó el mínimo de 500 semanas de cotización exclusivas al ISS, hoy COLPENSIONES, pues durante dicho periodo sólo aparecen 47 semanas de cotización. Arguyó que el demandante no cotizó al ISS, hoy COLPENSIONES, las 1.000 semanas en cualquier tiempo de las que habla la norma, pues la mayoría de sus aportes fueron hechos en el sector público, agregando que antes del 31 de diciembre de 2014, el demandante solo cotizó al ISS 295 semanas, por lo que no le es aplicable el Decreto 758 de 1990. Mencionó que el actor tampoco cumple con los requisitos de la Ley 100 de 1993 para acceder a la pensión de vejez por cuanto no cumple con el número de semanas cotizadas. Solicitó que se tenga en cuenta el

principio de la sostenibilidad financiera del sistema, pues el mismo se ve afectado con el reconocimiento de una pensión a alguien que no tiene derecho.

SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el término de traslado previsto por el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, en concordancia con el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la accionada COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, solicitando se revoque la sentencia de primer grado. La parte actora presentó alegatos de conclusión, solicitando se confirme.

PROBLEMA JURÍDICO

Reunidos los presupuestos procesales y no existiendo causal de nulidad que lleven a invalidar lo actuado, corresponde a esta Colegiatura determinar si al demandante le asiste derecho a la pensión de vejez consagrada en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990.

CONSIDERACIONES

Para resolver el problema jurídico se tiene como aspectos fuera de discusión que el demandante conforme al Registro Civil de Nacimiento que obra a folio 18, nació el 27 de abril de 1949, por lo tanto, se tiene que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más 40 años de edad, específicamente con 44 años y es beneficiario del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la citada disposición legal. De igual modo, se tiene acreditado que el demandante cotizó un total de 459,43 semanas en COLPENSIONES desde el 04 de enero de 1973 hasta el 31 de marzo de 2017 (fls. 96 a 102), a su vez se advierte que el actor prestó sus servicios al Hospital San Francisco de Viota Cundinamarca ESE, entre el 21 de abril de 1975 y el 01 de octubre de 1975 (fls. 54 a 56) y al Hospital Militar Central desde el 21 de julio de 1982 hasta el 30 de junio de 1995 (fls. 45 a 24 y Exp. Activo. CD fl. 51).

Así establecido, debe advertirse conforme a lo dispuesto por el Acto Legislativo 001 de 2005 en su parágrafo transitorio 4, el régimen de transición no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010, con excepción de aquellos afiliados, que estando en dicho régimen, acrediten cotizadas 750 semanas a la fecha de vigencia de la citada reforma constitucional que ocurrió el 29 de julio de 2005 (fecha de publicación del Diario Oficial 45984 de julio 29 de 2005).

En este escenario, se tiene que el demandante en total logró acreditar un total de semanas y/o tiempos de servicios al 29 de julio de 2005, así:

PERIODOS (DD/MM/AA)		DÍAS DEL PERIODO	SEMANAS	OBSERVACIONES
DESDE	HASTA			
4/01/1973	5/07/1973	183	26,14	ISS
21/04/1975	1/10/1975	164	23,43	CLEB HOSPITAL SAN FRANCISCO
1/06/1976	30/04/1978	699	99,86	ISS
21/07/1982	30/01/1995	4.422	654	CLEB HOSPITAL MILITAR CENTRAL
1/02/1995	31/03/1995	60	8,57	ISS
1/04/1995	30/04/1995	30	4,29	ISS
1/05/1995	30/05/1995	30	4,29	ISS
1/06/1995	30/06/1995	30	4,29	ISS
1/11/1999	30/11/1999	30	4,29	ISS
1/12/1999	31/12/1999	30	4,29	ISS
1/01/2000	31/01/2000	30	4,29	ISS
1/02/2000	29/02/2000	30	4,29	ISS
1/03/2000	31/03/2000	30	4,29	ISS
1/01/2004	31/01/2004	30	4,29	ISS
1/10/2004	31/10/2004	30	4,29	ISS
TOTAL, SEMANAS			854,86	

De este modo, lo primero que se concluye es que el actor conservó dicho régimen transitorio hasta el año 2014 en los términos del Acto Legislativo 001 de 2005, sumado al hecho que la edad de 60 años la alcanzó en el año 2009. Aunado a lo anterior, debe decirse que para el 1° de abril de 1994 contaba con 759,71 semanas entre las servidas al Estado y las cotizadas al ISS, por lo que, pese a haberse presentado un traslado de régimen pensional entre el mes de noviembre de 1999 y el mes de marzo del año 2000 (fl. 98), conservó tal prerrogativa en los términos de la sentencia C-789 de 2002.

Se precisa igualmente que, los certificados de información laboral aportados, contrario a lo que se afirma por parte de la recurrente, se encuentran debidamente aportados en la medida que fueron expedidos por las entidades del Estado en las que laboró el demandante con todos los requisitos que ellos exigen, por tanto son plenamente válidos para los efectos pensionales aquí perseguidos, máxime cuando en el trámite procesal no fueron desvirtuados por la parte interesada.

Definido lo anterior, encuentra la Sala que, se pretende desde el libelo introductor el derecho a la pensión de vejez a la luz de lo contemplado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, teniendo en cuenta para tal efecto la sumatoria de tiempos públicos y privados, para lo cual debe advertirse que en anteriores oportunidades

la jurisprudencia asumía como verdad incontrastable que el requisito de semanas cotizadas debía ser únicamente satisfecho con las semanas efectivamente cotizadas al sistema general de pensiones, acogiendo la doctrina probable de la CSJ, toda vez que la H. Sala Laboral de la CSJ, sostenía, en posición mayoritaria, que la densidad de semanas requeridas por el Acuerdo 049 de 1990, debían ser realizadas en forma exclusiva al ISS.

La Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, hoy por hoy, viene admitiendo que en el marco del Acuerdo 049 de 1990 es procedente la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales, tal como puede verse en sentencias CSJ SL1947-2020, CSJ SL1981-2020 y CSJ SL2557-2020, y en ellas se advirtió la necesidad de preservar, como un derecho inherente a la prestación pensional, la garantía de las sumatorias de los tiempos públicos y privados, por cuanto las pensiones reguladas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 hacen parte del sistema de seguridad social integral, de ahí que el párrafo de dicho articulado deba entenderse así para estos efectos, como allí se expuso:

«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 ultra activa 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 párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un párrafo 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 párrafo 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».

De conformidad con lo anterior, en el caso de autos, se considera hay lugar al estudio de la prestación por vejez en aplicación de lo dispuesto por el Acuerdo 049 de 1990. Así las cosas, se tiene que el artículo 12 ibídem, determina que los requisitos para acceder a la pensión de vejez consisten, para el caso de los

hombres, haber cumplido 60 años de edad y haber cotizado 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad o 1.000 semanas cotizadas en cualquier tiempo. Frente a ello, debe señalarse que el demandante alcanzó a cotizar al 31 de octubre de 2014 un total de 1.008,14 semanas, es decir, que se cumple con el segundo supuesto que contempla el artículo 12 del citado acuerdo, razón por la cual, se hace merecedor de la pensión de vejez invocada, como quiera que la edad de 60 años la había alcanzado el 27 de abril de 2009. Así pues, como el juez de primer grado llegó a similares conclusiones será confirmada la decisión en este puntual aspecto.

Respecto de la fecha de disfrute de la prestación, se encuentra acreditado en el plenario que desde el 31 de marzo de 2017 el actor dejó de cotizar, efectuándose el retiro con su último empleador (fl. 99), siendo exigible la prestación desde esa calenda; y frente al valor de la mesada pensional, debe señalarse que de manera pacífica la H. Sala Laboral de la CSJ determinó que el cálculo del IBL de las pensiones concedidas por el régimen de transición, se determinan con base en lo dispuesto por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que establece que para quienes a 1° de abril de 1994 les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciere falta para ello. En caso de resultar más favorable el valor de la mesada pensional con base en todo el tiempo cotizado, se tomará éste, y así ha sido avalado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En el evento de que al trabajador le faltare más de 10 años para adquirir la pensión a 1° de abril de 1994, debe aplicarse lo dispuesto por el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, el promedio de los salarios o rentas sobre las cuales ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión de vejez. A su vez, el inciso 2° de la citada regulación permite su cálculo con base en lo devengado durante toda la vida laboral, en caso de resultarle más favorable, pero para ello debe haber cotizado más de 1250 semanas¹.

En ese orden de ideas, acogiendo el anterior criterio jurisprudencial y normativo, se tiene que la demandante cumplió la edad exigida por el Acuerdo 049 de 1990 al cumplir los 60 años de edad, el 27 de marzo de 2009, pues nació el mismo día y mes del año 1950, fecha que permite colegir que la causación del derecho se dio vencidos los 10 años contados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, situación que permite concluir que la liquidación del IBL debe ser realizada de

¹ Sentencia 40552 del 1° de marzo de 2011.

conformidad con lo reglado por el artículo 21 ibidem, situación que por la densidad de cotizaciones acreditada al 31 de marzo de 2017 que sumaron 1.104, viabiliza realizar su cálculo con base en el promedio salarial de los últimos 10 años de su vida laboral, número de cotizaciones que también permite concluir que al actor le asiste derecho a que la tasa de remplazo sea calculada con un 81% en los términos del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

En consecuencia, se procedió a realizar las operaciones de rigor, estableciéndose que para el año en que se causó el derecho, esto es, al 01 de abril de 2017, el cálculo arrojó un IBL de \$1.616.590,81, al cual se le aplicó como tasa de remplazo el 81%, arrojando una mesada pensional de \$1.309.438,56 para el año 2017 cifra que es superior a la mesada pensional reconocida por la juez a quo (\$1247.394), razón por la cual habrá confirmarse ésta última cifra, en tanto y en cuanto el estudio del proceso en esta instancia judicial se efectúa en virtud de la apelación y la consulta en favor de COLPENSIONES. Lo anterior según el siguiente cuadro:

PERIODOS (DD/MM/AA)		SALARIO	SBC	ÍNDICE INICIAL	ÍNDICE FINAL	DÍAS DEL PERIODO	SALARIO	IBL
DESDE	HASTA	COTIZADO					INDEXADO	
30/12/1989	31/12/1989	84.713,00	1	6,570000	133,399770	2	1.720.045	\$955,58
1/11/1990	30/11/1990	89.500,00	1	8,280000	133,399770	30	1.441.942	\$12.016,18
1/12/1990	31/12/1990	120.825,00	1	8,280000	133,399770	31	1.946.622	\$16.762,58
1/01/1991	30/11/1991	109.200,00	1	10,960000	133,399770	334	1.329.129	\$123.313,64
1/12/1991	31/12/1991	147.420,00	1	10,960000	133,399770	31	1.794.324	\$15.451,13
1/01/1992	30/11/1992	138.466,00	1	13,900000	133,399770	335	1.328.873	\$123.659,00
1/11/1992	31/12/1992	186.929,00	1	13,900000	133,399770	61	1.793.977	\$30.397,95
1/01/1993	30/10/1993	173.083,00	1	17,400000	133,399770	303	1.326.967	\$111.686,42
1/12/1993	31/12/1993	233.662,00	1	17,400000	133,399770	31	1.791.406	\$15.425,99
1/01/1994	30/06/1994	209.430,00	1	21,330000	133,399770	181	1.309.794	\$65.853,55
1/07/1994	30/11/1994	243.952,00	1	21,330000	133,399770	153	1.525.698	\$64.842,17
1/12/1994	31/12/1994	329.335,00	1	21,330000	133,399770	31	2.059.691	\$17.736,23
1/01/1995	31/01/1995	lic. No remunerada	1	26,150000	133,399770	31	-	-
1/02/1995	31/03/1995	288.000,00	1	26,150000	133,399770	60	1.469.183	\$24.486,38
1/04/1995	30/04/1995	288.000,00	1	26,150000	133,399770	30	1.469.183	\$12.243,19
1/05/1995	30/05/1995	288.000,00	1	26,150000	133,399770	30	1.469.183	\$12.243,19
1/06/1995	30/06/1995	lic. No remunerada	1	26,150000	133,399770	30	-	-
1/11/1999	30/11/1999	1.700.000,00	1	52,180000	133,399770	30	4.346.102	\$36.217,52
1/12/1999	31/12/1999	1.700.000,00	1	52,180000	133,399770	30	4.346.102	\$36.217,52
1/01/2000	31/01/2000	1.700.000,00	1	57,000000	133,399770	30	3.978.590	\$33.154,91
1/02/2000	29/02/2000	1.700.000,00	1	57,000000	133,399770	30	3.978.590	\$33.154,91

1/03/2000	31/03/2000	1.853.000,00	1	57,000000	133,399770	30	4.336.663	\$36.138,86
1/01/2004	31/01/2004	358.000,00	1	76,030000	133,399770	30	628.135	\$5.234,46
1/10/2004	31/10/2004	358.000,00	1	76,030000	133,399770	30	628.135	\$5.234,46
23/08/2010	31/08/2010	384.000,00	1	102,000000	133,399770	8	502.211	\$1.116,02
1/09/2010	13/09/2010	335.000,00	1	102,000000	133,399770	13	438.127	\$1.582,12
1/10/2010	12/10/2010	309.000,00	1	102,000000	133,399770	12	404.123	\$1.347,08
1/05/2011	23/05/2011	356.937,97	1	105,240000	133,399770	23	452.446	\$2.890,63
1/06/2011	30/06/2011	128.500,00	1	105,240000	133,399770	30	162.884	\$1.357,36
1/07/2011	31/07/2011	536.000,00	1	105,240000	133,399770	30	679.421	\$5.661,84
1/08/2011	31/08/2011	1.071.400,00	1	105,240000	133,399770	30	1.358.082	\$11.317,35
1/09/2011	30/09/2011	1.071.400,00	1	105,240000	133,399770	30	1.358.082	\$11.317,35
1/10/2011	31/10/2011	1.071.400,00	1	105,240000	133,399770	30	1.358.082	\$11.317,35
1/11/2011	30/11/2011	803.000,00	1	105,240000	133,399770	30	1.017.864	\$8.482,20
1/12/2011	31/12/2011	1.340.000,00	1	105,240000	133,399770	30	1.698.553	\$14.154,61
1/01/2012	31/01/2012	1.340.000,00	1	109,160000	133,399770	30	1.637.557	\$13.646,31
1/02/2012	29/02/2012	1.340.000,00	1	109,160000	133,399770	30	1.637.557	\$13.646,31
1/03/2012	31/03/2012	1.400.000,00	1	109,160000	133,399770	30	1.710.880	\$14.257,33
1/04/2012	30/04/2012	1.400.000,00	1	109,160000	133,399770	30	1.710.880	\$14.257,33
1/05/2012	31/05/2012	1.400.000,00	1	109,160000	133,399770	30	1.710.880	\$14.257,33
1/06/2012	30/06/2012	1.372.000,00	1	109,160000	133,399770	30	1.676.663	\$13.972,19
1/07/2012	31/07/2012	1.372.000,00	1	109,160000	133,399770	30	1.676.663	\$13.972,19
1/08/2012	31/08/2012	1.488.000,00	1	109,160000	133,399770	30	1.818.421	\$15.153,51
1/09/2012	30/09/2012	1.500.000,00	1	109,160000	133,399770	30	1.833.086	\$15.275,72
1/10/2012	1/10/2012	19.000,00	1	109,160000	133,399770	1	23.219	\$6,45
1/11/2012	30/11/2012	567.000,00	1	109,160000	133,399770	30	692.906	\$5.774,22
1/02/2013	28/02/2013	589.500,00	1	111,820000	133,399770	30	703.266	\$5.860,55
1/03/2013	31/03/2013	589.500,00	1	111,820000	133,399770	30	703.266	\$5.860,55
1/04/2013	30/04/2013	589.500,00	1	111,820000	133,399770	30	703.266	\$5.860,55
1/06/2013	30/06/2013	1.840.000,00	1	111,820000	133,399770	30	2.195.095	\$18.292,46
1/07/2013	31/07/2013	1.840.000,00	1	111,820000	133,399770	30	2.195.095	\$18.292,46
1/08/2013	31/08/2013	3.933.000,00	1	111,820000	133,399770	30	4.692.017	\$39.100,14
1/09/2013	30/09/2013	3.087.000,00	1	111,820000	133,399770	30	3.682.750	\$30.689,58
1/10/2013	9/10/2013	900.000,00	1	111,820000	133,399770	9	1.073.688	\$2.684,22
1/04/2014	30/04/2014	616.000,00	1	113,982540	133,399770	30	720.937	\$6.007,81
1/10/2014	31/10/2014	616.000,00	1	113,982540	133,399770	30	720.937	\$6.007,81
1/11/2014	30/11/2014	1.700.000,00	1	113,982540	133,399770	30	1.989.60	\$16.580,00

		0					0	
1/12/2014	31/12/2014	1.700.000,00	1	113,982540	133,399770	30	1.989.600	\$16.580,00
1/01/2015	31/01/2015	1.700.000,00	1	118,151660	133,399770	30	1.919.394	\$15.994,95
1/02/2015	28/02/2015	1.700.000,00	1	118,151660	133,399770	30	1.919.394	\$15.994,95
1/03/2015	31/03/2015	1.700.000,00	1	118,151660	133,399770	30	1.919.394	\$15.994,95
1/04/2015	30/04/2015	1.700.000,00	1	118,151660	133,399770	30	1.919.394	\$15.994,95
1/05/2015	31/05/2015	1.700.000,00	1	118,151660	133,399770	30	1.919.394	\$15.994,95
1/06/2015	30/06/2015	1.700.000,00	1	118,151660	133,399770	30	1.919.394	\$15.994,95
1/07/2015	31/07/2015	1.700.000,00	1	118,151660	133,399770	30	1.919.394	\$15.994,95
1/08/2015	31/08/2015	1.700.000,00	1	118,151660	133,399770	30	1.919.394	\$15.994,95
1/09/2015	30/09/2015	1.828.000,00	1	118,151660	133,399770	30	2.063.913	\$17.199,28
1/10/2015	31/10/2015	1.828.000,00	1	118,151660	133,399770	30	2.063.913	\$17.199,28
1/11/2015	30/11/2015	1.828.000,00	1	118,151660	133,399770	30	2.063.913	\$17.199,28
1/12/2015	31/12/2015	1.828.000,00	1	118,151660	133,399770	30	2.063.913	\$17.199,28
1/01/2016	31/01/2016	1.828.000,00	1	126,149450	133,399770	30	1.933.063	\$16.108,85
1/02/2016	29/02/2016	1.828.000,00	1	126,149450	133,399770	30	1.933.063	\$16.108,85
1/03/2016	31/03/2016	1.951.000,00	1	126,149450	133,399770	30	2.063.132	\$17.192,77
1/04/2016	30/04/2016	1.951.000,00	1	126,149450	133,399770	30	2.063.132	\$17.192,77
1/05/2016	31/05/2016	1.951.000,00	1	126,149450	133,399770	30	2.063.132	\$17.192,77
1/06/2016	30/06/2016	1.951.000,00	1	126,149450	133,399770	30	2.063.132	\$17.192,77
1/07/2016	31/07/2016	1.951.000,00	1	126,149450	133,399770	30	2.063.132	\$17.192,77
1/08/2016	31/08/2016	1.951.000,00	1	126,149450	133,399770	30	2.063.132	\$17.192,77
1/10/2016	31/10/2016	689.455,00	1	126,149450	133,399770	30	729.081	\$ 6.075,67
1/11/2016	30/11/2016	1.440.000,00	1	126,149450	133,399770	30	1.522.763	\$12.689,69
1/12/2016	31/12/2016	1.440.000,00	1	126,149450	133,399770	30	1.522.763	\$12.689,69
1/01/2017	31/01/2017	1.440.000,00	1	133,399770	133,399770	30	1.440.000	\$12.000,00
1/02/2017	28/02/2017	1.920.000,00	1	133,399770	133,399770	30	1.920.000	\$16.000,00
1/03/2017	31/03/2017	1.920.000,00	1	133,399770	133,399770	30	1.920.000	\$16.000,00
TOTAL, DÍAS						3.600		
IBL								1.616.590,81
TASA DE REEMPLAZO		81%			PENSION			1.309.438,56

Previo a determinar el valor del retroactivo, debe la sala de decisión indicar frente a la excepción de prescripción formulada por COLPENSIONES, que para ello se debe tener en cuenta que la pensión de vejez se causó a partir del 01 de abril de 2017, por lo que en los términos del art. 151 del CPT y SS, la parte actora contaba con 3 años a partir de esta fecha para elevar la respectiva reclamación administrativa o judicial. Ahora bien, conforme se advierte en la Resolución DIR 23887 del 28 de diciembre de 2017, la solicitud de la pensión fue presentada el día 24 de julio de 2017, siendo resuelta finalmente a través de la Resolución DIR 1608 del 11 de febrero de 2019 y, además, la demanda fue presentada 04 de marzo de 2019 (fl. 60), es decir dentro del término trienal señalado en la norma en comento, por lo que al tenor de los artículos 488, 489 del C.S.T. y el referido 151 del CPTSS, no se configuró el fenómeno prescriptivo.

Así las cosas, una vez realizas las operaciones aritméticas del caso, el valor del retroactivo para el periodo comprendido entre el 01 de abril de 2017 y el 30 de septiembre de 2021 (fechas del juzgado) esta arroja la suma de \$77.564.359, calculada sobre 13 mesadas anuales, por haberse configurado la prestación con posterioridad al referido Acto Legislativo que las restringió a 13 a partir de su vigencia, sin embargo dicha cifra es \$29.00 superior a la de primer grado, razón por la que debe mantenerse aquella, precisando que dicho retroactivo es sin perjuicio del que se cause a futuro, el cual además deberá ser indexado al momento de efectuarse el pago efectivo.

EVOLUCIÓN DE MESADAS PENSIONALES.			No. MESADAS ANUALES	TOTAL
AÑO	IPC Variación	VALOR MESADA		
2.017	0,0409	1.247.394	10	\$12.473.940
2.018	0,0318	1.298.412	13	\$16.879.361
2.019	0,0380	1.339.701	13	\$17.416.125
2.020	0,0161	1.390.610	13	\$18.077.938
2.021	0,0562	1.412.999	9	\$12.716.995
			TOTAL	\$77.564.359

Finalmente, se confirma la autorización a COLPENSIONES para que del retroactivo así reconocido efectúe los descuentos en salud, según los lineamientos contenidos en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo preceptuado en el inciso 3º del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, los cuales operan de manera automática ya que es un aporte obligatorio que debe realizar el pensionado.

Conforme a lo expuesto se confirmará la decisión objeto de estudio. Así se decidirá, sin costas en esta instancia por considerar que no se causaron.

DECISIÓN

Con fundamento en las anteriores consideraciones la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior Del Distrito Judicial De Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

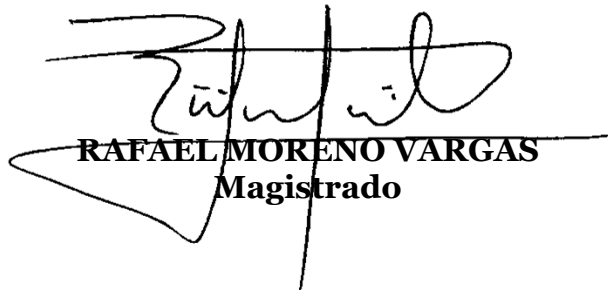
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia objeto de estudio, de conformidad con las consideraciones expuestas en precedencia.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

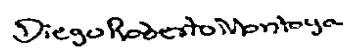
Notifíquese por EDICTO la presente decisión de conformidad con el literal D del numeral 3 del artículo 41 del CPT y de la SS en virtud del reenvió dispuesto por el artículo 145 ibídem en concordancia con el artículo 40 ídem.



RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado



DIEGO FERNANDO GUERRERO OSEJO
Magistrado



DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLÁN
Magistrado

Firma escaneada según artículo 11 del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020.