

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAIRO SEGUNDO SOTO GUZMÁN
CONTRA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR
DE COLOMBIA S.A.**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar los recursos de apelación presentados por ambas partes, contra la sentencia dictada el 28 de julio de 2023 por el Juez Tercero (03) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo y se CONDENÓ a la demandada PROSEGUR a reconocer y pagar indemnización por despido sin justa causa, absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JAIRO SEGUNDO SOTO GUZMÁN presentó demanda contra la sociedad COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare i) *la vigencia de la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 suscrita entre el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. "SINTRAVALORES" y la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., la cual se erige como norma más beneficiosa* y que se ha venido prorrogando en los términos del artículo 478 del C.S.T.; ii) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo en los términos del artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009; iii) la ineficacia del despido

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

acaecido el 24 de julio de 2018 por no haberse surtido el procedimiento disciplinario; y iv) que se le adeudan prestaciones convencionales causadas en vigencia del contrato de trabajo. En consecuencia, piden que se condene a la demandada a reintegrarlo a un cargo diferente al de *escolta motorizado*, en virtud del artículo 58 de la C.C.T., pero con similares o mejores condiciones salariales al que venía desempeñando y atendiendo las restricciones y recomendaciones laborales, junto con el pago de los salarios, prestaciones legales y convencionales, vacaciones y aportes a seguridad social dejados de percibir desde su despido hasta que se haga efectiva su reincorporación; además, pide que se disponga el pago a su favor de las primas convencionales de junio y diciembre, y de vacaciones causadas en vigencia de la relación laboral, y a reajustar sus cesantías incluyendo los factores salariales convencionales. Como pretensiones subsidiarias solicita el pago de las indemnizaciones por despido sin justa causa establecidas en el artículo 64 del C.S.T y en la convención, se disponga que las primas convencionales de junio y diciembre y de vacaciones, tienen carácter salarial y, en esa medida, se ordene el pago de las causadas en vigencia de la relación laboral y se reliquiden sus prestaciones sociales. También solicita que se condene al pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que la empresa *THOMAS GREG & SONS TRANSPORTADORA DE VALORES S.A.* cambió su denominación a *THOMAS PROSEGUR S.A.* y luego, a *COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A.*, sociedad dentro de la cual existe el *Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. – SINTRAVALORES* con quien se suscribió la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 cuyo contenido sería aplicable a *todos* los trabajadores que presten personalmente servicios a PROSEGUR. Indica que en la Convención se dejó establecido que todos los trabajadores se regirían por un contrato a término indefinido y que aquellos que se vincularan por intermedio de *Serdempo Ltda*, al cumplir 4 meses de labores, de manera automática pasarían a ser trabajadores directos de PROSEGUR, además se *proscribió la contratación de personal con otras compañías o entidades que suministren personal temporal*, y se previó el pago de una indemnización convencional

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

por despido sin justa causa, así como de una prima de junio equivalente a 49 días de salario, una de diciembre correspondiente a 50 días de salario y una prima de vacaciones en cuantía de \$176.000 la cual se actualizaría anualmente, las cuales serían consideradas como factor salarial a efectos de liquidar las prestaciones sociales, y que el *transporte terrestre de valores se efectuaría únicamente mediante automotores blindados, salvo en casos de extrema emergencia con el redoblamiento de medidas de seguridad*; además, se acordó que *previo a la imposición de una sanción disciplinaria o la terminación del contrato de trabajo por justas causas*, PROSEGUR debía surtir de manera previa un procedimiento disciplinario. Asegura que, en diciembre de 2010 suscribió con SERDEMPO LTDA un contrato de trabajo a término indefinido para desempeñarse como *tripulante* en PROSEGUR S.A., sociedad esta última que le suministraba los elementos y materiales necesarios para el desarrollo de sus labores, los cuales debía reclamar en la sede principal ubicada en Bogotá, y lo capacitó para ejercer su cargo. Indica que recibía instrucciones de Gabriel Alberto Rodríguez Veloza, Jefe de Operaciones vinculado a PROSEGUR, y que fue a través de esta persona que se le impuso un horario de trabajo. Sostiene que su jefe le manifestó la prohibición de afiliarse a SINTRAVALORES *so pena de no renovar la relación laboral*. Indica que durante la vigencia de su contrato de trabajo la demandada no le pagó las primas convencionales de junio, diciembre y de vacaciones, conceptos que tampoco fueron tenidos en cuenta para liquidar sus cesantías y primas de servicios. Refiere que el 24 de julio de 2018 la demandada le comunicó la terminación de su contrato de trabajo aduciendo una justa causa, sin desarrollar un proceso disciplinario previo. Finalmente, señala que PROSEGUR fue sancionada por el Ministerio del Trabajo por *vulnerar el artículo 5 de la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009*. (ver demanda y su subsanación folios 85 a 169 archivo 01 y 110 a 168 archivo 03, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones afirmando que suscribió con el demandante un contrato a término fijo inferior a 1 año a partir del 7 de abril de 2011, el cual culminó por expiración del plazo fijo pactado el 24 de julio de 2018, situación que notificó en debida

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

forma el 19 de junio anterior. Aduce que no adeuda prestaciones convencionales al demandante pues canceló los valores propios de los beneficios de los cuales gozaba, dada su adhesión al pacto colectivo. Frente a ello explicó que en la compañía existe el sindicato minoritario SINTRAVALORES registrado ante el Ministerio del Trabajo como una agremiación de base o de empresa, sindicato que coexiste en la empresa pues existen trabajadores afiliados a SINTRAPROSEGUR, SINTRANSVASEG y UNETDV. Con relación a la convención colectiva 2008-2009 cuya aplicación persigue el demandante, sostuvo que este texto se encuentra extinto en virtud de la convención suscrita entre las partes el 20 de octubre de 2015 que modificó sustancialmente la aplicación de los beneficios en ella contenidos. En esa medida -dijo- debe entenderse que la convención sobre la cual recaía el conflicto colectivo se extinguió por falta de acuerdo entre las partes y, concretamente, por la negativa del sindicato a conformar el Tribunal de Arbitramento, precisando que la norma laboral determina la prórroga automática de la convención por periodos de seis meses siempre que no se realice la denuncia en tiempo, que no es lo que ocurre en este caso pues la convención 2008-2009 se denunció a finales del año 2009, y el conflicto colectivo finalizó sin que las partes llegaran a un acuerdo pues aunque la empresa solicitó al Ministerio del Trabajo que procediera con la conformación del Tribunal de Arbitramento, dicha solicitud fue denegada por oposición expresa del sindicato, por lo cual el conflicto *llegó a una etapa de muerte administrativa*. Frente a la aplicación de la convención a todos los trabajadores, consideró además que no es viable porque *ello equivaldría a negar las expectativas de los demás sindicatos e incluso de los trabajadores que han decidido ejercer negativamente su derecho de asociación*, sumado a que dentro de la Compañía también existe un pacto colectivo, y para los trabajadores que se adhieran a ese pacto no son aplicables las cláusulas de la convención, por lo que la interpretación que se haga de los artículos 3 y 5 de la Convención no puede ser exegética y debe tener en cuenta la existencia de diversas organizaciones sindicales, el pacto, la convención, y sus respectivos capítulos especiales en los que se define de manera diferente la posibilidad de contratación a término fijo. Manifestó que el demandante nunca ha estado afiliado a SINTRAVALORES y que una vez se vinculó con esa sociedad, *por mera voluntad decidió acogerse al pacto colectivo que para dicha fecha se encontraba vigente*

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

beneficiándose principalmente de su capítulo especial. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *de la inaplicabilidad de la convención colectiva suscrita entre PROSEGUR DE COLOMBIA y el sindicato SINTRAVALORES, de la inexistencia de sindicato mayoritario en PROSEGUR DE COLOMBIA S.A., inexistencia de solidaridad, personas jurídicas diferentes, cobro de lo no debido, carencia de causa para demandar, temeridad y mala fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, prescripción, compensación y buena fe* (folios 2 a 33 archivo 06, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de julio de 2023, por medio de la cual el Juez Tercero (3º) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes del 7 de abril de 2011 al 24 de julio de 2018, y CONDENÓ a la demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa. Absolvió de las demás pretensiones incoadas en la demanda. Para tomar su decisión consideró, frente al vínculo laboral y con base en las pruebas del expediente, que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término fijo que inició el 7 de abril de 2011 y terminó el 24 de julio de 2018. No encontró elementos de convicción a partir de los cuales se pudiera definir que el vínculo inició en una fecha anterior o que se ejecutó bajo otra modalidad pues si bien en la historia laboral aparecían cotizaciones por cuenta de un tercero –SERDEMPO LTDA- entre diciembre de 2010 y marzo de 2011 éste no fue vinculado al proceso y, en todo caso, el juzgado no tenía forma de constatar que durante ese periodo prestó servicios a PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. carga probatoria en cabeza del demandante que no cumplió. En lo que toca a la aplicación de la convención colectiva de trabajo, indicó que el demandante expresamente manifestó que se adhería al pacto colectivo vigente en su capítulo especial, suscrito el 3 de diciembre de 2010, por lo que con base en el principio de autonomía de la voluntad esa manifestación no podía ser desconocida, además, no se acreditó la vinculación a alguna organización sindical para quitar valor a esa adherencia. Bajo ese entendido, determinó que no había lugar al reconocimiento de prestaciones convencionales ni a su inclusión como factor salarial. Frente a la indemnización por despido sin justa causa estimó, de acuerdo con la vigencia del contrato, que este se encontraba prorrogado hasta el 9 de noviembre de 2018, inclusive, por lo que al haberse

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

terminado antes de dicha fecha se debía cancelar como indemnización el tiempo faltante para cumplir el periodo fijo pactado. Procedía únicamente la indemnización legal porque, como explicó, el demandante no era beneficiario de la convención colectiva. Negó la moratoria por no encontrar saldos por salarios o prestaciones adeudados al trabajador.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante JAIRO SEGUNDO SOTO y la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a 1 año que inició el 7 de abril del año 2011 y finalizó 24 de julio del año 2018, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. a pagar al demandante la suma de \$4.711.000 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, al no haberse dado cumplimiento específicamente hasta el término de vencimiento efectivo del plazo fijo pactado, valor y suma que deberá ser debidamente indexada a partir del día siguiente a la terminación del contrato de acuerdo con el índice de precios al consumidor que certifique el DANE y hasta la fecha en que efectivamente se cancele ese valor. ARTÍCULO TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante. ARTÍCULO CUARTO: CONDENAR en COSTAS junto con las agencias en derecho, a la parte demandada, las cuales se tasan en esta misma diligencia en la suma de \$1.000.000”* (Audiencia virtual, archivo 15 trámite de primera instancia, récord 52:06).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del demandante, asegura que por virtud de lo dispuesto en el artículo 3 de la Convención Colectiva y conforme al precedente vertido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL-3764 de 2022, debió concluirse que era beneficiario de la Convención Colectiva, por el solo hecho de ser trabajador de PROSEGUR, aun cuando no estuviera afiliado al sindicato. Además, no se podían desconocer los derechos adquiridos por la Convención aunque se hubiese adherido al Pacto Colectivo porque de hecho y conforme a la jurisprudencia, son ineficaces los

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

acuerdos particulares *que contrarían los derechos que devienen del acuerdo sindical* sumado a que no le era dado a la demandada *promover* un Pacto Colectivo dada la preexistencia de la Convención de la cual se beneficiaban todos los trabajadores de la empresa, y, en todo caso, debía aplicarse el más favorable de estos instrumentos, siendo claro que la Convención era la que más beneficiaba sus intereses por la modalidad del contrato y el monto de los beneficios extralegales. Alega que no es razonable ni lógico que el trabajador pretendiera recibir los beneficios del Pacto que eran *sustancialmente inferiores* a los de la Convención y que la autonomía de la voluntad debía ceder ante los derechos adquiridos, por lo tanto, en uso del artículo 43 del C.S.T. debió declararse la ineficacia del Pacto Colectivo. Con todo, al demostrarse que le era aplicable la Convención Colectiva y que el Pacto Colectivo era ineficaz, debió declararse que el contrato de trabajo era a término indefinido y por esa razón el despido fue sin justa causa y debió agotarse un procedimiento previo a la terminación del vínculo el cual no se realizó, lo que hace ineficaz la terminación y viable su reintegro con el consecuente pago de salarios y prestaciones, y en caso de no accederse a ello, disponerse el pago de la indemnización por despido establecida para los contratos a término indefinido. Finalmente, y con base en lo expuesto, sostiene que procedía el pago de los beneficios convencionales, la reliquidación de sus prestaciones sociales, y de la indemnización moratoria ante la falta de pago o reconocimiento de los beneficios extralegales¹ (Audiencia virtual, archivo 15 trámite de primera instancia, récord 53:46).

¹ *“Siempre entendiendo la ardua labor que detentan los jueces por impartir justicia en la materia de seguridad social y en materia laboral, con sentimiento de respeto me aparto del fallo interponiendo el recurso de apelación de manera parcial en contra de la sentencia de primer grado emitida por este honorable despacho. La tesis, fija su alcance del recurso de apelación de manera parcial y la tesis que se sostendrá o que soportará el presente recurso de alzada será que, tendiente a afirmar que el presente fallo es contra epistémico en virtud de los siguientes reparos. El primer reparo consiste en lo siguiente, manifiesta el despacho que mi poderdante se rigió bajo un contrato de trabajo a término fijo, por lo que no se probó en la fecha anterior aduciendo de esta forma que no resulta procedente el precedente horizontal aplicable, perdón el precedente horizontal y el precedente vertical, o sea, de los dos de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá y de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia aduciendo que no son iguales porque en este caso no se utilizaron simples intermediarias; sin embargo, frente a esta, apelación se dio por no demostrado estándolo que sí era aplicable el precedente horizontal y vertical en relación al siguiente fundamento del presente reparo, que es el primero la tesis principal del fallo emitido por el juzgado, por el presente despacho y por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 3764 - 2022 del 2 de noviembre de 2022, emitida por la Corte Suprema de Justicia, dice que lo importante es acreditar que la persona sea trabajadora de la entidad demandada es decir, no es tanto si hubo intermediarios o no porque no necesariamente tiene que ser un caso exactamente igual puede ser, se puede aplicar el presente horizontal y vertical si existen ciertas similitudes y la similitud que existió entre el precedente horizontal - vertical y el presente asunto que se trata es que mi poderdante se demostró que fue trabajador de la entidad demandada basado en lo anterior*

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

Y ese es un aspecto plenamente probado y en la que coincidimos las dos partes. Sí se demostró que el 7 de abril mi poderdante era trabajador de Prosegur basado en lo anterior, ese simple hecho demuestra que mi poderdante ya el solo hecho de ser trabajador de Prosegur le era aplicable la convención colectiva tal y como se resolvió en el precedente horizontal y en el precedente vertical ese es el primer reparo. Como segundo reparo manifiesta el despacho, principalmente en torno a la aplicación de la Convención colectiva dice que mi poderdante en uso de la autonomía de la voluntad de las partes en uso de ese aspecto se adhirió al pacto colectivo por lo que no se probó que estuviese vinculado al sindicato y al no estar vinculado al sindicato y al haberse adherido ese pacto colectivo ya la Convención colectiva en dicho en parafraseando al despacho en sentencia de primer grado dice que no le es aplicable la Convención colectiva sin embargo el segundo reparo estará fundamentado en demostrar de que el juzgado falló dando por no demostrado, estando demostrado que a mi poderdante sí le era aplicable la Convención Colectiva en virtud de lo siguiente la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concretamente la sentencia SL 3764 - 2022 dice lo siguiente, “ahora bien, frente al tema de la aplicación de la Convención colectiva de trabajo, ella en su artículo señala que se aplicará a todo el personal de Tomás pro segur S.A. dentro del territorio nacional por lo tanto el argumento del que el señor Franco Grajales no estaba afiliado, hago énfasis en eso y por lo tanto no se puede beneficiar de ella no hago énfasis categóricamente, no es de recibo para la sala y contrario a ello, demuestra la mala fe del recurrente al desconocer lo ya acordado qué quiere decir lo anterior simplemente que mi poderdante tenía que demostrar que era trabajador de Prosegur, razón por la cual deviene indiferente o irrelevante si el mismo se afilió a la organización sindical toda vez que ya hay una sentencia de la Corte Suprema de Justicia en un fallo con similares condiciones, porque el señor Franco Grajales, en la sentencia SL 3764 de 2022, tampoco era afiliado al sindicato es decir el precedente vertical es plenamente aplicable en el asunto bajo referencia . Ahora bien dice el despacho como tercer reparo que no es aplicable la Convención colectiva en favor de mi poderdante, toda vez que se benefició del Pacto; sin embargo quiero fundamentar y a criterio hay una interpretación errónea de la ley y un desconocimiento del precedente jurisprudencial en torno a la convención colectiva como piso mínimo de derechos e ineficacia de acuerdos particulares que contrarían los derechos que devienen del acuerdo sindical y la ineficacia de los pactos colectivos dice, en primer lugar, dice la sentencia es SL 1953 - 2021, emitida por la sala plena de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia lo siguiente, abro comillas resulta claro entonces que la Convención colectiva de trabajo tiene un carácter normativo, lo cual involucra el que sea como derecho laboral y por ende ingresa al concepto de disposición de orden público laboral, constituyendo parte del mínimo de derechos dentro de la reglamentación de las condiciones de trabajo individuales, de tal suerte que esta adquiere el carácter de irrenunciable e inderogable aún de cara a la dimensión individual que hagan los trabajadores, ello en razón a la Facultad de negociación que por antonomasia ya tienen las organizaciones sindicales derivado del ejercicio del derecho de asociación de quienes lo conforman, de lo que carecen los trabajadores de individual, cierro comillas, basado en lo anterior es procedente afirmar que la Convención que los beneficios convencionales son del presente asunto que se está deprecando, se erigen como derechos adquiridos en favor de mi poderdante y esto no lo digo yo, esto lo dice la sentencia, SL 2838 - 2022, emitida por la sala plena de casación laboral, donde se establece la siguiente sub regla jurisprudencial abro comillas los beneficios convencionales son derechos adquiridos que ingresan al patrimonio del pensionado trabajador que no pueden ser desconocidos y se encuentran supeditados al cumplimiento de la norma convencional. Ahora bien basado en eso como mi poderdante por el solo hecho de haberse vinculado a la entidad demandada de manera laboral ya le era aplicable la Convención colectiva y al serle aplicable la misma, se erigía como el piso mínimo de derechos y todos los derechos al hacerse beneficiario de la misma los derechos que emanan de la misma se erigían como derechos adquiridos que ingresaron al patrimonio del mismo y no pueden ser desconocidos por otros acuerdos particulares en una concatenación de la jurisprudencia previamente señalada. Ahora bien, el tercer argumento del despacho es manifestar relativo a manifestar que a mi poderdante no le es aplicable la Convención colectiva en virtud de que el mismo se adhirió al pacto colectivo, pero en una interpretación.

1:04:32

volviendo al tema en el tercer reparo relativo a que el juzgado manifiesta que mi poderdante, no es beneficiario de la convención colectiva por haberse adherido al pacto colectivo en una interpretación de la sentencia SL 1953 del 2021, pues simplemente la Convención colectiva se erigía como un piso mínimo de derechos y el pacto colectivo y no, no podía ser desconocida por un acuerdo particular y eso incluye un pacto colectivo ahora me dirán, no, pero es que un pacto colectivo es una situación completamente diferente, pero le damos

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

entonces lo siguiente, la sentencia es SL 1309 - 2022 en torno a improcedencia la existencia de pactos colectivos cuando existe una convención colectiva dice lo siguiente abro comillas lo anterior no significa que los empresarios puedan crear planes de beneficios extra legales o suscribir pactos colectivos que en su conjunto sean equivalentes superiores a los previstos en la convención colectiva, teniendo en cuenta para ello los beneficios monetarios no monetarios y los descuentos de la cuota sindical tal práctica empresarial desestimula la afiliación sindical y genera la excepción de los sindicatos, lo cual vulnera el Derecho de asociación sindical protegido en el Convenio 87 de la OIT y en diversos instrumentos internacionales de Derechos Humanos. En efecto, cuando debido a una práctica empresarial, los trabajadores no pueden objetivamente mejorar su situación de vida laboral y afiliándose a un sindicato, en la práctica se trivializa y pierde total sentido el derecho de sindicalización cierro comillas basado en lo anterior, señor juez basta con hacer un análisis y a la luz de esta jurisprudencia, la entidad demandada no podía promover pactos colectivos porque en primer lugar ya había una convención colectiva y, en segundo lugar, esa convención colectiva por el solo hecho de ser trabajador de la entidad demandada, ya le aplicaba, como en el caso que acontece y como en el caso que no hubo controversia porque el mismo despacho dijo que declaró que un contrato de trabajo que no fue en las fechas que se depreco en el libelo demandatorio, pero que sí hubo un contrato de trabajo desde el 7 de abril del 2011, es decir, si le es aplicable ante esa sola premisa, permite la aplicación de la Convención Colectiva. Ahora bien, volviendo al tema llega se manifiesta que por el hecho de suscribir el Pacto no se le puede aplicar la Convención colectiva, pero señor juez en una de las pretensiones declarativas, se estaba solicitando la aplicación de la norma más favorable de entre lo que se aplica por un lado, la Convención, por un lado por otro lado del pacto colectivo, y eso fue omitido por el despacho, el análisis de la aplicación del principio de la norma más favorable en este asunto debe aplicarse el principio de la de favorabilidad en su modalidad de norma más favorable por las siguientes razones en primer lugar, tanto la Convención colectiva como el Pacto Colectivo regula en una misma hipótesis fáctica, segundo tanto la Convención Colectiva como el pacto colectivo se encontraban vigentes al momento de la ejecución de la relación laboral y en la convención colectiva tenía una consecuencia jurídica distinta frente a la consecuencia establecida por el Pacto; es decir, hay un choque de normas, choque de normas que, en los términos del artículo 19 del Código sustantivo del trabajo y del artículo 53 constitucional debía aplicarse la norma más favorable, es decir si se aplicaba la convención colectiva o el pacto colectivo cuál era más favorable y no escoger cláusula por cláusula como lo manifiesta la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, sino hacer un estudio integral de cuáles resulta más favorable y naturalmente que resulta más favorable la convención colectiva de trabajo en favor de mi poderdante frente al pacto colectivo por las siguientes razones primero es más favorable en la convención colectiva se establecía un contrato de trabajo a término indefinido, modalidad de contrato más favorable a la que establecía el pacto colectivo que era el contrato a término fijo los valores extralegales no alcanzaban a ser superiores a las primas extralegales de junio de diciembre y de vacaciones Sí simplemente no alcanzaba ni los \$2.000.000, o sea cada beneficio es legal en cambio la prima extralegal de junio equivale a 49 días de salario, la prima extra legal de diciembre equivale a 50 días de salario, la prima de vacaciones equivale a \$176.000 pesos, más el aumento del IPC o sea una indexación ahora bien que si eran salario el pacto colectivo dice que los beneficios extra legales del pacto colectivo no eran salario, o sea, no se tenían que liquidar en las prestaciones sociales legales la convención colectiva dice que sí se tiene que al momento de calcular las prestaciones sociales legales, o sea, lo que es el auxilio de cesantía y lo que es la prima de servicios debían tenerse en cuenta los beneficios extralegales de junio, diciembre y de vacaciones basado en lo anterior señor juez es apenas evidente que la Convención colectiva de trabajo era mucho más favorable o considerablemente más favorable en favor de mi poderdante frente a los beneficios del pacto colectivo por lo tanto tiene que aplicarse eso. Ahora bien, para terminar de fundamentar esto se manifestó que es contra epistémico el presente fallo por una sola razón si se hace a consideración y con sentimiento de respeto al despacho a mi criterio hubo una omisión total en el uso de la sana crítica y de las máximas de la experiencia, porque razón, por qué mi poderdante como trabajador se afiliaría o sea preferiría recibir los beneficios de un pacto colectivo que son sustancialmente inferiores a los beneficios de una convención colectiva que son sustancialmente superiores frente al pacto colectivo es decir, qué necesidad de renunciar a algo que es más superior creo que uno naturalmente siempre va a elegir lo mejor para su situación y no lo peor es decir, hay una total carencia de lógica en la aplicación en la no aplicación de la Convención colectiva frente a una aplicación del pacto colectivo y simplemente se da un argumento formal se deriva al pacto colectivo en virtud de la autonomía de la voluntad de las partes pero la autonomía de la voluntad de las partes cede ante los beneficios mínimos a los derechos adquiridos y como se ha venido

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

demostrando en virtud de la sentencia SL 1953 del 2021 la Convención colectiva 2008 2009 se erigía como el piso mínimo de derechos y el pacto colectivo se erigía como un acuerdo particular que lo desmejoraba, por lo tanto también se debe hacer un uso del artículo 43 del Código sustantivo del trabajo relativo a la ineficacia del pacto colectivo de los beneficios del pacto colectivo frente a los beneficios de la Convención colectiva, es decir, el pacto colectivo en su integridad deviene ineficaz frente a la Convención colectiva y eso no es una consideración, una interpretación propia del suscrito apoderado es una interpretación de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, esgrimiéndolo como argumento de autoridad permitido por la argumentación jurídica. Ahora bien, dice que manifiesta el despacho como cuarto repara.

1:15

como cuarto repara, manifiesta el despacho que básicamente no se puede aplicar la Convención colectiva en virtud de que simplemente mi poderdante por motivo propio o por voluntad propia al pacto colectivo sí basado en lo anterior simplemente es un argumento de orden formal en el que se sustrae hacer un análisis de la de la norma de la de la interpretación más favorable en su modalidad de norma más favorable porque la convención colectiva en su integridad es muy superior considerablemente en cuanto a sus beneficios frente al pacto colectivo.

1:17:

Entonces basado en lo anterior este es el cuarto repara con respecto a la inaplicabilidad de la Convención colectiva por haberse suscrito al pacto. El quinto repara consiste en que hay una y es por eso que fijó el alcance del recurso de apelación de manera parcial, porque estoy de acuerdo en la de declaratoria relativa a que si hay un despido sin justa causa pero en lo que difiero profundamente del despacho es que no es en los términos de la modalidad contractual y mucho menos en el valor sino de dado que al demostrarse que a mi poderdante le era aplicable la Convención colectiva y que el pacto colectivo devenía ineficaz, mi poderdante detentaba un contrato de trabajo a término indefinido por lo tanto sí hubo un despido sin justa causa alegó una justa causa y básicamente con base en esa situación se logra verificar que mi poderdante previo a eso tenían que hacerle un procedimiento disciplinario del que trata el artículo sexto de la Convención colectiva de aplicar si le era aplicable debían hacer un procedimiento disciplinario y no se hizo, pues lo que se pretendió por la entidad demandada deviniendo el reintegro laboral y el pago de los salarios y prestaciones sociales y en caso de no accederse, pues simplemente el pago de la indemnización por despido sin justa causa de la que trata el artículo 64, un contrato a término indefinido y no fijo como lo declaró el despacho basado en lo anterior, se tenía que hacer un procedimiento disciplinario y se tenía que hacer por qué simplemente porque en la sentencia SL 3764 dice lo siguiente abro comillas así las cosas, la modalidad contractual con la que se entienden vinculado el demandante, de conformidad con el artículo 5 Ibídem, es a término indefinido y de acuerdo con el sexto, al no seguirse el procedimiento para la terminación del contrato de trabajo, lo que procede es el reintegro laboral cierro comillas. Al analizarse el patrón fáctico que gobernó el estudio de la sentencia SL 3764 - 2022, emitida por la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia ese mismo caso, el mismo demandante de ese caso, estaba vinculado a término fijo y terminó haciendo el plazo fijo pactado es decir, estamos ante un mismo caso mismo precedente vertical y se tenía que aplicar era eso era la Convención lo establecido en el artículo sexto de la Convención Colectiva, procediendo el reintegro ese como quinto repara y finalmente como sexto repara el juzgado manifiesta no acceder a la indemnización de la que trata el artículo 65 del Código sustantivo la indemnización por falta de pago en la que trata artículo 65 del Código sustantivo del trabajo argumentando principalmente que pues mi poderdante no era beneficiario de los beneficios extralegales de la Convención Colectiva, ni tampoco que hubiese lugar a reliquidación presuntamente en ese lugar a reliquidación alguna de las prestaciones sociales legales frente a este argumento esgrimido por el despacho me aparto, fundamentando el siguiente repara en caso de que sean procedentes únicamente las peticiones subsidiarias del libelo introductorio primero la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral en su sala de casación laboral, mediante sentencia SL 327 - 2018, manifestó que es procedente la indemnización por falta de pago de la que trata el artículo 65 del Código sustantivo del trabajo por el solo hecho de no pagarse o reconocerse los beneficios extralegales que vienen de una convención colectiva, pues consideran esa sentencia en la SL 327 mayo 2018 que es un desconocimiento a la Convención colectiva, lo cual se erige como una conducta de mala fe. Asimismo también al probarse que a mi poderdante le es plenamente aplicable la Convención colectiva por ser norma más favorable frente al pacto colectivo le era aplicable el artículo 29 de la misma y por lo tanto, procedía la reliquidación de sus prestaciones sociales legales relativas a el auxilio de cesantías y a la

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

En el recurso de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. pide que se revoque la condena a pagar indemnización por despido sin justa causa y las costas del proceso. Al respecto, asegura que en el debate probatorio no se incluyó lo relativo a la terminación del contrato antes del término fijado por las partes o que no se hubiera preavisado correctamente, pues, de una parte, el demandante no pidió que se hicieran esas declaraciones, y de otra, las pretensiones se basan en la falta de un procedimiento disciplinario previo que, de hecho, no le era aplicable. Además, manifiesta que el contrato terminó por la causa legal prevista en el artículo 61 del C.S.T. y, en todo caso, operó la prescripción frente a esa pretensión. Frente a las costas considera que no hay razón alguna para imponer el pago de las mismas en su contra, porque varios de sus argumentos prosperaron² (Audiencia virtual, archivo 15 trámite de primera instancia, récord 1:01:24).

prima de servicios basado en lo anterior, señor juez dejó sentado mi recurso de apelación y solicitó a la sala laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que revoque la sentencia de primer grado parcialmente y en su lugar se emita una sentencia en la que se acceda a la aplicación de la Convención colectiva de mi Poderdante al pago de sus beneficios extralegales al reintegro convencional al pago de los salarios y prestaciones sociales y convencionales dejadas de percibir desde la fecha de terminación del contrato de trabajo hasta la fecha en que se haga efectivo el reintegro y eso como pretensiones principales, y en caso de que también que se acceda a la reliquidación de las prestaciones sociales y, en caso de no proceder, las declarativas que se acceda a las pretensiones subsidiarias de manera íntegra en cuanto al pago de los beneficios extralegales al pago de la indemnización por falta de pago de la que trata a la indemnización por despido sin justa causa de la que trata el artículo 64 y también a la indemnización extralegal de la que trata el artículo séptimo de la Convención Colectiva, como los pago de los beneficio de extralegales, las reliquidaciones y la indemnización por falta de pago, de la que trata el artículo 65 del Código sustantivo del trabajo. Con base en eso dejo sentado mis recursos de apelación muchas gracias señor juez”.

² “Voy a presentar mi recurso de apelación contra dos puntos de la sentencia lo voy a hacer de manera rápida ágil puntual no tan tediosa me opongo rotundamente a la condenada de la indemnización del artículo 64 y me opongo a la condena en costas. Por qué me pongo a la a la indemnización del artículo 64 señor juez lo primero que va a observar es que en el nivel introductorio, entre las ni sé cuántas pretensiones hay, porque hay pretensión de la pretensión de la pretensión pero lo que se sobreentiende en la parte declarativas solamente se menciona en la pretensión 8, 13 y 14 una ineficacia de la terminación porque no se aplicó un procedimiento disciplinario solo eso dicen las pretensiones declarativas sobre la terminación del contrato sin justa causa en ninguna otra parte las pretensiones declarativas, menciona que el preaviso en la expiración del plazo fijo pactado se dio de manera anticipo posterior a lo pactado entre las partes, eso no dice ninguna parte de las pretensiones declarativas y como bien lo conoce el despacho, la pretensión declarativa su finalidad es el reconocimiento de un derecho o una situación jurídica, es decir esta pretensión no está declarada, se pidió por allí a solamente canceles el valor de Del artículo 64 por \$15.000.000 de pesos pero no pidieron que se declarara el derecho a la situación jurídica lo único que menciona la pretensión 8,13 y 14 es que no se desarrolló un proceso disciplinario, proceso disciplinario que ya está más que decantado por el despacho no le aplicaba y por dos razones muy básicas uno no le aplicaba la Convención al demandante y la principal razón sorprende mucho que mencionen todavía que una terminación puede hacer tenido como una sanción disciplinaria la Corte Constitucional lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia en

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosecur De Colombia S.A.

infinidad de jurisprudencia la terminación del contrato no es una sanción disciplinaria, es más, hasta si la empresa puede optar por no hacer un descargo no lo tiene que hacer y aquí no hubo un proceso disciplinario, ni siquiera como bien lo dijo el señor juez, aquí lo que hubo fue una causa legal que está en el artículo 61 del Código sustantivo del trabajo así que se hacía excluyente la pretensión que mencionaba el despacho a la que tenía la única a la que tuvo derecho del demandante de la indemnización del artículo 64 es que no se declaró nunca, se pidió que se declarase ese derecho a esa situación jurídica por consiguiente, debería descartarse que dicha condena es más ni siquiera porque ni siquiera en el escrito de demanda ni en los hechos en ninguna parte se habla que la persona fue mal preavisada si el despacho observa y en especial la honorable sala laboral en ninguna parte menciona que se preaviso antes que se preaviso después que estuvo mal preavisado es más en el propio recurso que es algo que yo todavía no logro entender ni siquiera todavía saben qué es lo que pide la parte actora pide que se declare un contrato indefinido pero está de acuerdo con que exista un contrato a término fijo para que les den la indemnización al fin qué o indefinido o a fijo o depende de la situación que le favorezca con las teorías que solamente pues creen ellos entonces acá se declaró un contrato a término fijo está probado yo estoy totalmente de acuerdo y el despacho obra en derecho como tenía que ser sin inventarse teorías acá ya se ha mandado a recoger hace mucho rato por consiguiente, si se observa nuevamente lo digo y esto es un hecho que ni siquiera fue parte del debate probatorio porque no fue parte del debate probatorio, no entró en los alegatos, no se fijó en el litigio por ninguna parte se dijo que el preaviso se había hecho de manera correcta o no se había hecho de manera correcta en ninguna parte en ninguna y a eso me opongo porque esta pretensión no puede prosperar además de que no fue declarada no se pidió dentro de las pretensiones declarativas no fue parte del debate probatorio no se fijan en el litigio no está dentro de los hechos de la demanda y sumado a ello que lo único que sale es que no se dio una terminación y el siguiente punto que el despacho debió haber tenido en cuenta fue la prescripción no existe dentro del expediente un solo documento donde existe una reclamación administrativa donde de manera clara y específica se esté pidiendo la indemnización del artículo 64, con lo cual uno pudiera decir que esta prescripción bien lo ha dicho la Corte Suprema la prescripción de los derechos surge con el nacimiento de cada uno de estos y de igual manera se puede cortar la prescripción en cada uno de estos y no surge si el despacho observa la demanda fue radicada el 4 de agosto de 2021 es decir que el cuatro agosto 2018 ya se encontraba prescrita ya existía porque tenían desde el 4 de agosto de 2018 al 4 de agosto de 2021, llevan los 3 años y la relación laboral terminó el 24 de julio del 2018 quizás la acción no estaba prescrita pero lo que sí estaba prescrito son ciertos derechos de la acción en este caso la indemnización repito la terminación del contrato suscitó el 24 de julio del 2018 quiere decir que el 24 de julio del 2021 ya había prescrito tanto la acción como también había prescrito el derecho ahora la demanda fue radicada el 4 de agosto del 2021 es fácil hacer el conteo de retroactivo y da el cuatro agosto del 2018 está supremamente prescrito también este derecho ahora frente a las costas obviamente me opongo teniendo en cuenta que la parte actora fue vencida en juicio y aún y en suma y teniendo en cuenta que varias de las elecciones que presentó mi representada valga la redundancia, prosperaron no habría razón alguna para que se condene en costas a mi representada ya en este punto en esta situación nueva que ha surgido con la decisión del despacho pues obviamente se tendrá que condenar en costas a la parte actora, porque ninguna de sus pretensiones prosperó y la única que les prosperó tampoco debe prosperar por lo cual este hito de la sentencia también debe ser desestimado frente a las demás actuaciones están completamente dicho y como bien lo describió el despacho para aplicar en el presente se debe cumplir con ciertos requisitos no es solo tener una sentencia y leerla, sino hay que saber utilizarla y todas las situaciones los supuestos fácticos y jurídicos de todos los juicios son diferentes las partes son diferentes por lo cual referente a la declaratoria la relación laboral y demás, estoy completamente de acuerdo con el despacho y especialmente por eso yo lo mencioné en los alegatos con la manifestación de la voluntad, que fue la que determinó a qué régimen jurídico como yo lo leí ayer en una sentencia del Tribunal de Bogotá a qué régimen jurídico se iba a coger el demandante es que esa es mi voluntad sí, puede ser que un pacto sea mejor que una convención o una convención sea mejor que un pacto, pero pues si yo decido quedarme en el pacto es mi decisión así las cosas les solicitó respetuosamente a la honorable sala que revoque la sentencia frente al pago de la indemnización del artículo 64 de parte de mi representada y la condena en costas que se le impuso, por el contrario, se le absuelva de estas dos pretensiones o estas dos condenas y que las demás conclusiones del fallo del despacho se tengan por ciertas prosperen y se condena en costas y en agencias en derecho a la parte actora muchas gracias señor juez”.

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes se ejecutó contrato de trabajo entre el 7 de abril de 2011 y el 27 de junio de 2018, fecha para la cual el trabajador se desempeñaba en el cargo de *tripulante*; (ii) que, al momento de suscribir el contrato de trabajo, el demandante se adhirió al pacto colectivo en su capítulo especial; (iii) la existencia del Sindicato Nacional de Trabajadores de la Compañía Transportadora de Valores Prosegur de Colombia S.A. - SINTRAVALORES, organización sindical de carácter minoritario al que no estaba afiliado el demandante; y (iv) que entre la empresa THOMAS PROSEGUR S.A. hoy COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y SINTRAVALORES se suscribió la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 (folios 53 a 87 archivo 03).

En consonancia con los recursos de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir: (i) si el demandante es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 2008-2009 suscrita entre SINTRAVALORES y PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. y cuál fue la modalidad de duración que rigió para el contrato de trabajo. Dependiendo de ello, si hay lugar a reliquidar las prestaciones legales y a disponer el pago de las prestaciones extralegales y de la sanción moratoria; (ii) si el motivo invocado por la demandada para dar por terminado el contrato de trabajo se enmarca en una justa causa. De no ser así, determinar si es posible el reintegro pretendido de manera principal, o si procede el pago de la sanción por despido sin justa causa; (iii) si operó la prescripción; por último, (iv) si procedía la condena en costas impuesta a cargo de la demandada en la sentencia apelada.

(i) APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA: Para definir este punto de la controversia se debe precisar que las partes del contrato de trabajo pueden acordar las condiciones de la relación mediante acuerdos individuales o colectivos, y cuando de éstos últimos se trata, las normas legales y la jurisprudencia permiten la coexistencia de pactos³ y

³ Pactos Colectivos. "ARTICULO 481. CELEBRACIÓN Y EFECTOS. <Artículo modificado por el artículo 69 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Los pactos entre empleadores y trabajadores no sindicalizados se rigen por las disposiciones establecidas en

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

*convenciones colectivas*⁴ en una misma empresa. Los primeros –Pactos Colectivos- serán aplicables a quienes los hayan suscrito o se adhieran posteriormente a ellos (artículo 481 del C.S.T.) y las Convenciones Colectivas cobijarán a los miembros del sindicato, salvo que el total de afiliados supere una tercera parte del total de trabajadores de la empresa, caso en el cual se podrán extender a los demás trabajadores (artículo 470 *ibídem*), o que las partes en ejercicio de la autonomía de su voluntad extiendan los beneficios a trabajadores no afiliados al sindicato⁵.

Así las cosas y contrario a lo que se sostiene en la apelación de la parte demandante, PROSEGUR sí podía celebrar Pactos Colectivos con sus trabajadores no sindicalizados, al margen de que existieran Convenciones Colectivas de Trabajo en la empresa.

Sobre esta materia se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para señalar que la coexistencia de pacto y convención resulta admisible pues *“la percepción de beneficios convencionales que deriva de la calidad de sindicalizado, y que en cierto momento pueda generar diferencias remuneratorias en relación con trabajadores no asociados, no constituye un trato discriminatorio injustificable, pues unos y otros, desde el punto de vista jurídico, están situados en un plano desigual”*⁶

los Títulos II y III, Capítulo I, Parte Segunda del Código Sustantivo del Trabajo, pero solamente son aplicables a quienes los hayan suscrito o adhieran posteriormente a ellos.”

⁴ “ARTICULO 467. DEFINICIÓN. Convención colectiva de trabajo es la que se celebra entre uno o varios {empleadores} o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia.”

⁵ “(...) el campo de aplicación de la convención colectiva de trabajo se encuentra regulado por los artículos 470 y 471 del Código Sustantivo del Trabajo; sin embargo no escapa a la regla de la autonomía que tienen las partes para obligarse mediante la suscripción de un contrato, y de la connotación de ley que para las partes adquiere el convenio una vez formalizado; mucho más si, como en el ámbito del derecho laboral, lo pactado resulta favorable a los trabajadores respecto de lo que hay consignado en la legislación del trabajo, pues, ello consulta el espíritu del artículo 13 de la misma obra, y el 53 de la Constitución Política, de suerte que, es perfectamente lícito pactar que los beneficios convencionales se hagan extensivos a todos los trabajadores de la empresa. Ante esta estipulación en el clausulado de la convención, no es necesario indagar si quien pide que se le conceda determinado beneficio, es o no afiliado al sindicato, o si éste es mayoritario o minoritario, pues, se repite, la única condición para ser sujeto de la aplicación de lo convenido, es pertenecer a la empresa”. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACIÓN LABORAL veintidós (22) de julio de dos mil nueve (2009). Radicación No 35134. Magistrado Ponente: Camilo Tarquino Gallego.

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral CSJ SL3251-2022, SL1398-2022, SL817-2022, SL659-2022, SL3241-2021 y SL44778-2020:

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

Con estas premisas normativas y jurisprudenciales, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto determinó que el demandante no era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la demandada y la organización sindical SINTRAVALORES con vigencia 2008-2009, pues se acreditó que en el momento de su vinculación como trabajador de la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR DE COLOMBIA S.A. se acogió libremente al capítulo especial del Pacto Colectivo, y con ello renunció a la aplicación de la Convención.

Ello se desprende de la comunicación de fecha 6 de abril de 2011, escrita a mano alzada y suscrita por el demandante, seguida por su huella dactilar, en la que textualmente manifestó (folio 108, archivo 06 primera instancia⁷):

“Esta Sala ha sostenido que la situación de los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados no puede compararse para decir que todos deben tener derecho a los mismos beneficios y prerrogativas. Precisamente, en sentencia CSJ SL5887-2016, reiterada en la CSJ SL243-2018, la Corte adoctrino sobre el particular:

A juicio de la Sala, tal circunstancia no constituye un trato discriminatorio infundado, debido a que los trabajadores afiliados al sindicato no se encuentran en la misma situación jurídica de quienes no están sindicalizados. La ley laboral autoriza a los primeros a promover conflictos colectivos y adelantar negociaciones orientadas a la suscripción de convenciones colectivas para mejorar sus contratos de trabajo. De forma que, si en uso de esta posibilidad de negociación y suscripción de acuerdos colectivos, un trabajador sindicalizado obtiene un valor agregado en sus condiciones de empleo a diferencia de otros trabajadores no asociados, ello no es ilegítimo; por el contrario, el Derecho lo permite y, más aún, lo promueve en el marco de la política de estímulo a la libre asociación sindical, concertación laboral y trabajo decente.

Por esto, en estos eventos podría decirse que existen dos factores de diferenciación objetivos y razonables, que operan sincrónicamente. El primero consiste en la afiliación o pertenencia a una organización sindical que tienen unos a diferencia de otros, como acto jurídico que por antonomasia habilita el acceso a los beneficios que otorga privilegiadamente la calidad de sindicalizado. El segundo, consiste en que es la ley, de manera objetiva, la que consiente estas diferencias en favor del grupo de los trabajadores asociados y beneficiarios de convenciones colectivas.

En este orden de ideas, la percepción de beneficios convencionales que deriva de la calidad de sindicalizado y que, en cierto momento, pueda generar diferencias remuneratorias en relación con trabajadores no asociados, no constituye un trato discriminatorio injustificable, pues unos y otros, desde el punto de vista jurídico, están situados en un plano desigual. Por estas mismas razones y en lo que hace al presente conflicto, la percepción en favor del único trabajador sindicalizado de un incremento salarial, que de facto lo ubique en una mejor condición remunerativa con respecto a los demás empleados de la empresa, no constituye un trato inadmisibles, pues la situación del primero es diferente a la de los segundos, y su justificación estriba en la calidad de asociado de uno y la de no asociado de otros.

Entonces, establecer en el laudo beneficios que puedan generar diferencias con trabajadores no sindicalizados, no constituye un trato discriminatorio, pues unos y otros están situados en un plano desigual”.

⁷ El acogimiento al capítulo especial del pacto colectivo, también quedó plasmado en la cláusula 15 del contrato de trabajo, folio 177, archivo 06 primera instancia.

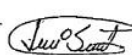
EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

Bogotá D.C. 06.04.2011

Sr.
Prosegur de Colombia
Asunto.

Yo Jairo Segundo Soto Guzmán C.C. 78752695 de
ofortuna, me permito manifestarle que me adhiero al
pacto colectivo vigente en la empresa Prosegur
de Colombia suscrito al 03 de diciembre de 2010
por todo su vigencia y manifiesto también expre-
samente que en mi condición de trabajador
vinculado con contrato de trabajo a término fijo,
entiendo y estoy de acuerdo a que se me de aplicación
al capítulo especial, en cuanto prestaciones, salarios y
otras condiciones laborales

ATT.  C.C. 78752695 N. 

Dicho documento goza de validez probatoria como quiera que no fue tachado por el demandante.

Por ello, y al margen de que la Convención Colectiva previera su extensión a otros trabajadores de PROSEGUR (artículo 3⁸, folio 31 del archivo 01 primera instancia), no cobijaba a quienes habían suscrito el pacto colectivo.

El régimen que era aplicable al demandante es el contemplado en el capítulo especial del Pacto Colectivo (folios 185 a 230, archivo 06 primera instancia) que a la letra dice: “Respecto de los trabajadores que se acojan al presente pacto y que ingresen a laborar con posterioridad al día 3 de diciembre de 2003, y respecto de la empresa, ambos se regirán por la Ley y por los contratos que celebren, en lo que tiene que ver con régimen de contratación, modalidades y sistemas de la misma, régimen prestacional extralegal, etc. En caso de vinculación laboral, y en cuanto a sus condiciones salariales y prestacionales, sólo para los trabajadores que se vinculen con posterioridad

⁸ “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 ésta compañía preste sus servicios, sin desconocer en ningún momento las disposiciones legales pertinentes distintas a esta convención que sean favorables a los trabajadores.”

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

al día 3 de diciembre de 2010 regirán exclusivamente las siguientes estipulaciones (...)” (ibídem folio 201).

Para responder a los argumentos de la apelación en esta materia es del caso indicar que el Pacto Colectivo del que se benefició el demandante durante la vigencia de su contrato de trabajo no desconoció los derechos mínimos que otorga la Ley (artículo 13 del C.S.T) y respetó las condiciones favorables que establecía la convención a los trabajadores sindicalizados⁹; además, el sindicato que suscribió la convención era minoritario y NO agrupaba a más de la tercera parte de los trabajadores de la empresa por lo cual no operaba la prohibición que establece el artículo 70 de la Ley 50 de 1990¹⁰. Sobre lo primero es la misma parte demandante quien reconoce que la convención prevé mejores condiciones a las establecidas en el Pacto Colectivo y pese a ello el demandante consignó expresamente su voluntad de que se le aplicara el capítulo especial frente a *prestaciones, salarios y otras condiciones laborales* (folio 108, archivo 06 ibídem), voluntad que no se alegó afectada por vicios del consentimiento ni se modificó mientras estuvo vigente el vínculo laboral. Sobre lo segundo no fue objeto de discusión en este proceso la condición referida.

Bien pudo el demandante en vigencia de la relación de trabajo renunciar al Pacto Colectivo y acogerse a la Convención Colectiva, pero no lo hizo. Si aceptó adherirse al pacto colectivo en su capítulo especial no puede ahora desconocer los efectos de su decisión en contravía de su *propio acto*.

⁹ En virtud del derecho de asociación sindical, los pactos colectivos no se pueden utilizar como instrumentos de discriminación para favorecer a los trabajadores que no se afilian a un sindicato (Sentencia T-069 de 2015). Por ello si bien pueden existir diferencias en las condiciones laborales de los trabajadores sindicalizados y los trabajadores no sindicalizados, entre ellas, en la contraprestación directa e indirecta que reciben unos y otros por las labores que cumplen en beneficio del empleador, para no afectar el derecho de asociación sindical, ellas tendrán validez siempre y cuando los beneficios globales que reciben uno y otro grupo de trabajadores sea equivalente. Solo así se estarán amparando efectivamente los derechos a pertenecer y a no pertenecer a un sindicato, mediante los cuales se expresa la verdadera libertad sindical.

¹⁰ “**ARTÍCULO 70.** Adicionase al Capítulo II del Título II Parte Tercera del Código Sustantivo del Trabajo, el siguiente artículo:
Prohibición. Cuando el sindicato o sindicatos agrupen más de la tercera parte de los trabajadores de una empresa, ésta no podrá suscribir pactos colectivos o prorrogar los que tenga vigentes”

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

Valga decir que en este asunto no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad, pues *no existe conflicto o duda sobre la aplicación* de alguna norma del trabajo (artículo 21 del C.S.T.) pues no se puede presentar un conflicto de aplicación cuando coexistan pactos y convenciones colectivas de trabajo válidos que son incompatibles. Solamente si se hubiera demostrado el derecho a las prerrogativas de ambos instrumentos procedería la aplicación del principio referido¹¹. En criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, *“el Tribunal no está obligado a conceder los beneficios de igual manera a como están consagrados en el pacto colectivo dentro de la empresa. De aceptarse esta tesis, so pretexto de la igualdad, se llegaría al punto de que, mediante la celebración de un pacto colectivo, se haría inútil el ejercicio de la libertad sindical, lo cual resulta contrario a los convenios fundamentales 87 y 98 de la OIT que Colombia tiene ratificados y hacen parte de la legislación interna en el rango del bloque de constitucionalidad”*¹². Criterio reiterado en las sentencias CSJ SL 2881-2022 CSJ SL 4290-2022¹³.

¹¹ Sentencia T-069 de 2015: “7.3.4. En suma, la convención y los pactos colectivos son mecanismos que existen para solucionar los conflictos que surgen entre los empleadores y los empleados. Dichas figuras tienen similar regulación, empero se diferencia entre sus destinatarios. Así mismo, existe la posibilidad de que en una compañía se presente la coexistencia entre la convención y pacto colectivo, situaciones en que no se pueden utilizar los acuerdos para discriminar a los trabajadores sindicalizados y debilitar la organización. Esa regla también se aplica cuando a partir de la violación al derecho a la igualdad, se pretende excluir del régimen convencional a un trabajador, dado a la incompatibilidad entre la convención y el pacto colectivo. Para la verificación de la validez constitucional de los beneficios o incentivos laborales que crea el empleador para sus trabajadores debe utilizarse un criterio material que permita evidenciar si tales ventajas son un pacto colectivo que tiene la finalidad excluir beneficiarios de la convención.” (subrayas de origen).

¹² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral CSJ SL4290-2022

¹³ “De esta suerte, acude la recurrente a aplicar una especie de comparación para determinar, de esa manera, cuáles son los beneficios a que debería acceder Utrab, dado que al interior de la empresa existe un pacto colectivo; y discurre que lo otorgado por el Tribunal debería ser idéntico a lo ya pactado con el personal no sindicalizado. Respecto de la alegación de falta de equidad son múltiples los pronunciamientos que ha hecho la Corporación en relación con los requisitos para su procedencia, para lo cual basta memorar el contenido en la sentencia CSJ SL2881-2022, de reciente data:

[...] la Corte ha venido insistiendo en que el concepto de equidad no tiene un contenido eminentemente aritmético, sino que además comporta otra serie de factores que deben ser ponderados por el Tribunal de Arbitramento al tomar su decisión y que la Corte no podría controvertir, por cuanto su actuación se surte en derecho, lo que dista de los parámetros utilizados por los arbitradores, amén de que no le es dable adoptar una decisión de reemplazo, como ya se ha indicado en esta providencia.

Por ello, la Sala no accede a anular una cláusula concedida por un Tribunal de Arbitramento, porque simplemente y al mero juicio del impugnante luzca inequitativa; la exigencia es muchísimo mayor y la construcción jurisprudencial y para ello ha elaborado el concepto de inequidad manifiesta, es decir, protuberante, como aquella que se sale de cualquier parámetro de racionalidad y proporcionalidad. En este punto se dijo en la sentencia CSJ SL1944-2021, memorando la CSJ SL3349-2020:

Considera la Sala que la equidad, en materia del trabajo, es ante todo una expresión de justicia social que no es mensurable matemáticamente, pues ese dar a cada quien lo que

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

De hecho, esa misma Corporación ha sostenido que *“la situación de los trabajadores sindicalizados y no sindicalizados no puede compararse para decir que todos deben tener derecho a los mismos beneficios y prerrogativas”*¹⁴.

Por otra parte, es del caso indicar que en el examine no resulta aplicable el precedente vertido en la sentencia SL-3764 de 2022, como lo solicita el recurso porque dicha sentencia fue dictada por una Sala de Descongestión de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero de todas formas, las situaciones fácticas de ese expediente son distintas a las que se estudian aquí. Allá se declaró la existencia de un contrato realidad con PROSEGUR a partir de esa situación se definió la condición de beneficiario o no de la convención colectiva por ser esta aplicable a todos los trabajadores de esa empresa conforme lo establecido en el artículo 3 convencional, sin analizar la coexistencia vigencia y validez del pacto colectivo.

En consonancia con lo hasta aquí analizado, el contrato que finalizó el 24 de julio de 2018 –objeto de esta demanda- corresponde a aquel suscrito por las partes el 7 de abril de 2011 a término fijo, tal como lo acordaron las partes en la cláusula segunda y décimo quinta del mismo (folios 176 a 177, archivo 06 primera instancia del expediente digital), modalidad que no se pudo ver afectada por la cláusula 5ª de la Convención Colectiva de Trabajo que suscribió la demandada con el sindicato SINTRAVALORES en el año 2007¹⁵, pues se reitera, el demandante en el momento de su vinculación se acogió al

merece según sus méritos o condiciones, se entrelaza necesariamente con las necesidades consideradas en cada caso en particular, que no siempre responden a un raciocinio estrictamente numérico, sino que implica una serie de valoraciones, de suyo subjetivas, como lo señala la impugnación, que tratan de objetivarse con miras a tomar la mejor decisión posible en un momento y en unas circunstancias determinadas.

Nótese que por mayor esfuerzo que haga un Tribunal de Arbitramento al motivar las razones por las cuales ha tomado una u otra decisión, nunca los operadores jurídicos externos tendrán el panorama completo para determinar con un grado que siquiera se aproxime a la certeza si lo decidido es equitativo o no, pues siempre carecerán de los elementos de juicio completos que usó el Colegiado para llegar a una u otra solución. En esas condiciones, la visión externa siempre será parcial e incluso parcializada, a partir de la óptica de intereses que se use para observar el resultado final.”

¹⁴ Ibídem.

¹⁵ Dicha cláusula establece *“Todos los trabajadores que entren a prestar servicios a la COMPAÑÍA TRANSPORTADORA DE VALORES PROSEGUR COLOMBIA S.A. tendrán contrato de trabajo con la empresa a término indefinido”*.

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

capítulo especial del Pacto Colectivo y con ello renunció a la aplicación de dicha Convención Colectiva.

Bajo tal entendido, tampoco hay lugar al pago de las primas convencionales ni a la reliquidación de las acreencias incluyendo estas prestaciones extralegales como factor salarial, menos aún al reconocimiento de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T.

(ii) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA: Para resolver esta parte de la controversia el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo dispone la prórroga automática del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por un término igual al inicialmente pactado y hasta por tres (3) periodos iguales o inferiores, *al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente*. La norma autoriza a cualquiera de las partes para hacer efectivo el término de duración pactado preavisando su intención con una antelación no inferior a 30 días.

Con esta premisa normativa el Tribunal confirmará también la sentencia apelada en cuanto dispuso el pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues las pruebas aportadas demuestran la renovación automática del contrato, y que éste terminó por decisión unilateral de la demandada sin haberse cumplido el plazo pactado.

Los documentos allegados al plenario acreditan la existencia de un contrato de trabajo a término fijo de siete (7) meses y veinticuatro (24) días con fecha de inicio el 07 de abril de 2011 (folio 176, archivo 06). La primera prórroga finalizó el 24 de julio de 2012, la segunda prórroga finalizó el 20 de marzo de 2013 y la tercera prórroga finalizó el 13 de noviembre de 2013; la siguiente prórroga fue de un (1) año y finalizó el 13 de noviembre de 2014, la quinta prórroga finalizó el 13 de noviembre de 2015, la sexta prórroga finalizó el 13 de noviembre de 2016, la séptima prórroga finalizó el 13 de noviembre de 2017 y la octava prórroga finalizaba el 13 de noviembre de 2018.

De esta manera, como la demandada terminó el contrato el 24 de julio de 2018, antes de la fecha prevista para la culminación del plazo, se entiende que despidió sin justa causa al trabajador y debe pagar la indemnización que

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

tasa el inciso segundo del artículo 64 del CST, tal como lo dispuso la sentencia de primera instancia que también en esta materia será confirmada.

No hay lugar a ordenar el reintegro, pues la ineficacia del despido opera ante el desconocimiento del procedimiento previsto en una Convención Colectiva que no era aplicable como se dijo antes, y atendiendo a esa misma razón, tampoco procede el pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista por ese instrumento colectivo.

Si bien la demandada alega en el recurso que la circunstancia analizada no hizo parte del debate probatorio, lo cierto es que el demandante sí pidió que se declarara que el contrato terminó sin justa causa, pretensión frente a la cual fue la misma demandada quien alegó haber puesto fin al vínculo atendiendo al vencimiento del plazo fijo pactado. Ello habilitaba al juez, en virtud de las facultades *ultra y extra petita* que le asisten, para verificar si había lugar o no al pago de la indemnización aunque no se le pidiera en esos precisos términos.

(iii) PRESCRIPCIÓN: Los artículos 488 del CST y 151 de CPTSS disponen un término de tres años para la prescripción de la acción judicial que busca el reconocimiento judicial de un derecho laboral. El término corre *“desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”* y *“el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez”*, por lo cual corre nuevamente por un lapso igual de 3 años.

En este asunto la demanda fue presentada el 9 de julio de 2021 (folio 2, archivo 01) cuando no había transcurrido el término de prescripción de la indemnización por despido sin justa causa, porque ésta sólo es exigible a la terminación del contrato de trabajo, lo que ocurrió el 24 de julio de 2018.

(iv) COSTAS: Para resolver esta parte de la controversia el artículo 365 del C.G.P. impone el pago de *las costas* del proceso a la parte que resulte vencida, es decir, a quien se opone a las pretensiones de la demanda y es derrotado en sus argumentos. Señala además la norma, para casos como el presente que: *“En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez*

EXP. 03 2021 00272 01

Jairo Segundo Soto Guzmán contra Compañía Transportadora de Valores Prosegur De Colombia S.A.

podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.

Con este referente normativo el Tribunal modificará la condena en costas que dictó la sentencia de primera instancia, pues resulta claro del resultado del proceso que más del 90% de las pretensiones de la demanda fueron negadas al demandante en primera y en segunda instancia, ello implicaba para la demanda una condena parcial de costas, en máximo el 10%.

Con base en el mismo numeral 4º del artículo 365 del CGP, no se dictará condena en costas de segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** el numeral CUARTO de la sentencia apelada, para disponer que la CONDENA en COSTAS a la demandada es del 10% del valor que llegue a tasarse por este concepto.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión Laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 09 2021 00096 01
Elber Palacios Aguirre Contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ELBER PALACIOS AGUIRRE CONTRA
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor de esta última, la sentencia dictada el 19 de octubre de 2023 por la Juez Novena (09) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ELBER PALACIOS AGUIRRE presentó demanda contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual por omisión del deber de información. En consecuencia, pide que COLFONDOS devuelva a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales y rendimientos e intereses recibidos durante su afiliación con dicho régimen, y se condene a COLPENSIONES a continuar con su afiliación (ver demanda folios 28 a 40 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

EXP. 09 2021 00096 01
Elber Palacios Aguirre Contra Colpensiones y otro.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a COLFONDOS, acto que, en todo caso, se presume válido y que se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por lo que corresponde a la parte actora probar la existencia del vicio del consentimiento que alega. Además, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, lo que hace imposible para esa administradora tenerlo como su afiliado pues ello iría en contravía del principio constitucional de la sostenibilidad financiera y acarrearía la descapitalización del fondo común. Presentó como excepciones de mérito las que denomino *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 adiciono 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, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica* (ver contestación folios 01 a 18 archivo 04, primera instancia).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirmó que brindó asesoría integral y completa al demandante sobre todas las implicaciones que tenía la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras, incluyendo características, funcionamiento, diferencias, ventajas, desventajas y la rentabilidad de los aportes en el RAIS. Sostiene que el demandante suscribió el formulario de vinculación de manera libre con consentimiento expreso, como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Resalta que los posteriores traslados efectuados dentro del mismo régimen ratificaron su voluntad de permanecer en este, lo cual desvirtúa el presunto engaño al que habría sido sometido para realizar el traslado. Propuso como excepciones de fondo las que denominó *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento,*

EXP. 09 2021 00096 01
Elber Palacios Aguirre Contra Colpensiones y otro.

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, compensación y pago (ver contestación folios 01 a 16 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de octubre de 2023 mediante la cual la Juez Novena (09) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que permitiera elegir la opción que mejor se ajustara a los intereses del demandante.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante ELBER PALACIOS AGUIRRE, entre el régimen de prima medida administrado por el INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual administrado por COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, el 17 de agosto del 2006. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiera, así como los gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargos a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS, todos los valores que le fueron trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. QUINTO: COSTAS lo serán a cargo de COLFONDOS Tásense por secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma*

EXP. 09 2021 00096 01
Elber Palacios Aguirre Contra Colpensiones y otro.

correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente de conformidad con lo indicado en la parte motiva. SEXTO: DE NO SER apelado remítase el presente asunto ante la sala de decisión laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con el artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social” (Audiencia virtual, récord 53:53, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS, afirma que la vinculación del demandante se llevó a cabo de manera libre y sin ningún vicio, cumpliendo los requisitos legales exigidos para la época del traslado sin que existiera la obligación de realizar proyecciones pensionales pues las nuevas normas no tienen efectos retroactivos. Frente a los gastos de administración y seguros previsionales, aduce que estos dineros no ingresaron al patrimonio del AFP y es la aseguradora con quien se contrata el seguro previsional quien asume los riesgos de invalidez y muerte del afiliado, la AFP es solo un intermediario, por lo que ordenar la devolución de acarrea un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones a expensas del fondo privado (Audiencia virtual, récord 55:38, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia)¹.

¹ “señora juez dentro del término legal para interponerlo presento recurso de apelación contra la totalidad de la sentencia proferida por su despacho y procedo a sustentarlo de la siguiente manera al honorable tribunal en primer término cómo se mencionó es de suma importancia recalcar que el afiliado ejerció su derecho de elección de régimen conforme al artículo 13 literal b de la ley 100 del 93 la selección se llevó a cabo de manera completamente libre y sin ningún vicio que afectara la validez de sus elecciones en el régimen pensional ese traslado se materializó de manera voluntaria y en plena conformidad con las disposiciones legales vigentes para la época en que se suscribió el formulario cabe resaltar que la elección del régimen y la administradora corresponde únicamente a la voluntad libre y espontánea del afiliado y que esta elección fue plasmada de manera explícita e inequívoca en el respectivo formulario de afiliación siendo ratificada con la firma del propio afiliado, quien además afirmó su capacidad para leer en el momento del interrogatorio de parte asimismo es de vital relevancia considerar el marco legislativo que rodea el caso pues antes de la promulgación de la ley 1758 de 2014 y del decreto 2071 de 2015, no existía una obligación por parte de los fondos de pensiones de hacer proyecciones en el momento en que un afiliado optaba por realizar el traslado de régimen sino que fueron los cambios legislativos y judiciales posteriores que no podían anticiparse con certeza en ese momento lo cual respalda la imprevisibilidad que enfrentaba el fondo para advertir estos cambios normativo es fundamental resaltar que en el año en el que el afiliado optó por el traslado del régimen las normativas mencionadas aún no estaban en vigor por ende aplicar una condena al fondo implicaría una retroactividad normativa expresamente prohibida por la legislación colombiana que establece que las normas deben tener efecto general e inmediato sin retrotraer sus disposiciones a situaciones ya acontecidas y es que este aspecto adquiere relevancia para garantizar la seguridad jurídica y respetar los principios de legalidad y no retroactividad que sustentan nuestro sistema jurídico por lo tanto es esencial considerar este punto al evaluar la validez del traslado de régimen y al determinar su eficacia dentro del marco jurídico establecido en el momento de la suscripción del formulario de afiliación por otro lado con respecto a la condena relacionada con la

EXP. 09 2021 00096 01
Elber Palacios Aguirre Contra Colpensiones y otro.

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que es un tercero de buena fe pues no intervino en la decisión del demandante, la que fue libre, consiente y voluntaria, tal como se plasmó en el formulario de afiliación. Señala que el traslado se hizo cumpliendo las normas vigentes para la época del traslado y que no se pueden exigir requisitos que surgieron con posterioridad. Aduce que la decisión adoptada afecta el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema, solicita, en caso de confirmarse la sentencia, que se confirme la orden de reintegrar la totalidad de las cotizaciones y se condicione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo al reintegro de los recursos² (Audiencia virtual, récord 1:00:24, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

devolución de gastos de administración y de los seguros previsionales es necesario señalar al tribunal que la sentencia apelada contraviene el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, normativa que regula de manera taxativa los rubros sujetos a traslado los cuales se resumen en los saldos en unidades de los aportes realizados a nombre del trabajador que son destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima del rais la norma no hace mención alguna a gastos de administración y seguros previsionales llamó la atención sobre un aspecto esencial en esta controversia que la naturaleza y función de la póliza previsional contratada pues la póliza previsional se contrata en beneficio de los afiliados siendo la afp simplemente una intermediaria en este proceso es la afp quien recauda las primas del seguro en nombre y por cuenta de la aseguradora y dichos recursos nunca ingresan al patrimonio de la administradora por ende resulta improcedente solicitar a la afp colfondos la devolución de recursos que nunca estuvieron bajo su posesión desde la perspectiva de la aseguradora previsional, es esencial resaltar que se prestó efectivamente el servicio contratado se trata pues de un seguro de un contrato de ejecución sucesiva donde la aseguradora asume los riesgos de invalidez y muerte del afiliado si estos riesgos se hubieran materializado pues correspondería a la aseguradora el pago de la suma adicional para financiar las correspondientes pensiones este contrato pues fue ejecutado conforme a los términos que hacen parte de su naturaleza y de acuerdo a sus efectos los que no deben retrotraerse por la declaración de ineficacia es en este contexto que es fundamental considerar los puntos claves el primero de ellos es que la jurisprudencia de la corte suprema de justicia sala de casación laboral ha establecido que la ineficacia no puede revertir actos y contratos con las aseguradoras que ya fueron efectivamente consumados y en un segundo aspecto que obligar a la devolución de la prima de seguro previsional constituiría un atentado contra el deber de administración de la seguridad social el seguro previsional tiene una función que es precisa y es financiar los riesgos de invalidez y de muerte exigir su devolución equivale a negar o retrotraer las coberturas esenciales del sistema general de pensiones, además esto conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones a expensas de un empobrecimiento correlativo para colfondos entidad que no está obligada a soportar tal carga es por estas razones que solicitó el tribunal respetuosamente revocar la sentencia objeto de reproche.”

² *“gracias señoría en la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recursos de apelación para que sea resuelto por el honorable tribunal superior en su sala laboral de Bogotá, atendiendo los siguientes argumentos en primera instancia y pues de Colpensiones es del caso solicitar a los honorables magistrados que se sirva revocar la sentencia de primera instancia en la atención a qué Colpensiones como tercero de buena fe resulta lesionado en tanto no fungió o no realizó o no intervino mejor en la decisión libre, consciente y voluntaria del accionante de acceder o cambiarse de régimen al régimen de ahorro individual con solidaridad hacia la afp colfondos pues la decisión la plasmó él de manera consciente en el formulario de afiliación, situación que se exigía en ese momento conforme lo establecía los lineamientos del decreto 663 de 1993 para esa época no se exigía nada diferente a ese formulario de afiliación y no era posible prever dentro de esas dinámicas legislativas que presenta en cada momento el congreso de la república pues no se podría entonces prever que se debería o que iban a implementar una nueva carga como era la de informar suficientemente al actor y presentar principios como el de buen consejo entre otras cargas adicionales que surgieron con posterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 del 193 de su decreto reglamentarios como lo fue con la expedición del decreto y 2061 del 2015 y la ley*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que*

1748 del 2014 de igual forma imponer esas cargas que no eran posibles de prever en su momento bajo esas dinámicas resulta una situación de carácter imposible de cumplir por parte de las afp en tanto no existía lineamiento jurídico que les ordenara en su criterio imperativo realizar esa situación de igual forma es el caso mencionar que con la decisión adoptada resulta Colpensiones lesionada en cuanto a la afectación del equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la constitución política adicionado por el artículo 1 del acto legislativo el 01 del 2005, en tanto que adicionalmente se avizoró por parte del accionado dentro del plenario que hubo una situación omisiva pues no acudió ninguna de las oficinas de la afp ni tampoco de colpensiones a preguntar respecto de sus aportes respecto de cuáles eran o cuál sería o podría ser la mejor opción para adquirir su pensión no obstante se avisoro lo que se mantuvo ofensivo en esa carga que ya existe si se confirmara la decisión por los órganos administrados les ruego se mantenga la condena impuesta a la afp en el entendido que esta deberá reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió y que se encuentran hoy en la cuenta de ahorro individual del accionante y adicionalmente se condicione que colpensiones no podrá dar cumplimiento a la misma hasta tanto la afp no realice lo suyo sin más dejo sustentado mi recurso, muchas gracias.”

EXP. 09 2021 00096 01
Elber Palacios Aguirre Contra Colpensiones y otro.

contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 49³ años de edad y había cotizado 446,3,71⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 años 3 meses y 5 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 63 años de edad- ver folio 26 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

³ Nació el 08 de agosto de 1957, folio 26 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de Colpensiones folio 43 a 50 archivo 04

⁵ Ibidem

EXP. 09 2021 00096 01
Elber Palacios Aguirre Contra Colpensiones y otro.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶, ⁷. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces,*

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes*”.

EXP. 09 2021 00096 01
Elber Palacios Aguirre Contra Colpensiones y otro.

como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues COLFONDOS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que el asesor de Colfondos le indicó que el ISS se iba a acabar y que debía trasladarse a un fondo privado, pero

EXP. 09 2021 00096 01
Elber Palacios Aguirre Contra Colpensiones y otro.

no tuvo ninguna otra ilustración sobre las particularidades del régimen de ahorro individual (Audiencia virtual del 19 de octubre de 2023).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no se puede entender como un *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO) fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo rendimientos financieros, gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 09 2021 00096 01
Elber Palacios Aguirre Contra Colpensiones y otro.

“debidamente indexados” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Finalmente, carece de objeto la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de las AFP, porque en la parte resolutive de la decisión de primera instancia no se dictaron condenas que susceptibles de tal restricción.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,

EXP. 09 2021 00096 01
Elber Palacios Aguirre Contra Colpensiones y otro.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 10 2022 00236 01
Raquel Castiblanco Vargas contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE RAQUEL CASTIBLANCO VARGAS CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante en contra de la sentencia dictada el 23 de enero de 2024 por la Juez Decima (10) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones de la demanda, con las cuales se pretendía la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, RAQUEL CASTIBLANCO VARGAS presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, efectuado en la AFP PROTECCIÓN, ante la omisión del deber de información por parte del fondo. En consecuencia, pide que PORVENIR restituya a COLPENSIONES todos los valores recibidos por su afiliación, y se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada cotizante con los respectivos aportes y actualizar la historia laboral (ver demanda folios

EXP. 10 2022 00236 01
Raquel Castiblanco Vargas contra Colpensiones y otro.

01 a 25 archivo 01 y subsanación demanda folios 04 a 06 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que no se demuestra con las pruebas allegadas al plenario la configuración de algún vicio del consentimiento en el acto de afiliación de la demandante, ni tampoco alguna vulneración a la voluntad al ser dada de manera libre en aplicación del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Señala que la demandante no cumple con lo estipulado en el literal E del artículo segundo de la Ley 797 de 2003 al encontrarse dentro de los diez años para adquirir la edad de pensión. Presentó como excepciones de mérito las de *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 02 a 10 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., también se resistió a las pretensiones de la demanda. A su juicio, la afiliación al RAIS es plenamente válida y eficaz y no existe justificación legal para que declare la nulidad de dicho acto. Afirma que la vinculación a ese fondo de pensiones estuvo precedida de una asesoría clara, completa y comprensible conforme a la normatividad y exigencias para la época, lo que se prueba con el formulario de afiliación, acto válido y emanado de la voluntad del afiliado del cual surgieron obligaciones para ambas partes que no puede ser desvirtuado por *afirmaciones indeterminadas* del demandante. Asegura que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión, por lo que no puede regresar al RPM. Refiere que un error de derecho no vicia el consentimiento y que en caso de existir alguna nulidad la acción se encuentra prescrita. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP HORIZONTE S.A., traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPS convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento*

EXP. 10 2022 00236 01

Raquel Castiblanco Vargas contra Colpensiones y otro.

indebido de los 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 y la innominada o genérica (ver contestación folios 3 a 35 del archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la vinculación de la demandante en el fondo privado operó producto de la manifestación de su voluntad, realizada de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la afiliación y de reiterarle el fundamento del RAIS. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 13 folios 2 a 34).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de enero de 2024 mediante la cual la Juez Decima (10) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de la totalidad de las pretensiones de la demanda; DECLARÓ probada la excepción genérica de *indemostración de los hechos facticos de la demanda*. Para tomar su decisión concluyó que los hechos planteados en la demanda que hacen alusión a la falta de información de parte del asesor del fondo privado no corresponden con lo confesado por la demandante en su interrogatorio, donde manifestó que no hubo intervención de un asesor en el momento del traslado. Por lo anterior, no es dable dar aplicación a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR como excepción genérica probada a favor de las demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la excepción genérica*

EXP. 10 2022 00236 01

Raquel Castiblanco Vargas contra Colpensiones y otro.

de conformidad con el artículo 282 de CGP denominada indemostración de los hechos fácticos de la demanda, y por ende se absuelve a las demandadas, de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora demandante RAQUEL CASTIBLANCO VARGAS, conforme a la parte considerativa de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandante RAQUEL CASTIBLANCO VARGAS, a favor de las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., debe practicarse en la liquidación de costas, incluyendo agencias en derecho a cargo de la demandante y a favor de las demandadas por la suma de \$400.000 pesos a favor de cada una de ellas. TERCERO: EN CASO de no ser apelada, esta providencia debe remitirse al tribunal superior de distrito judicial de Bogotá, sala laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta de conformidad al artículo 69, código procesal del trabajo y la seguridad social por ser adversa a la demandante.” (Audiencia virtual, récord 53:21, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la demandante solicita se revoque la sentencia. Afirma que la única prueba que aporta la AFP es el formulario de afiliación, el que no resulta suficiente para acreditar que se brindó información completa y suficiente, además dicho formulario cuenta con la firma de un asesor (Sandra Goya Pacheco) que intervino en el proceso, a pesar que no se haya hecho presente al momento de la afiliación para brindar la información debida sobre las implicaciones de la decisión que estaba tomando. Considera que si en dicho traslado no hubiera intervenido el fondo, no hubiera surtido los efectos jurídicos, intervención que beneficia al fondo pero que no tuvo como objetivo informar a la potencial afiliada. Señala que no hay constancia de que se haya cumplido con el deber de información por parte del fondo, ni en la afiliación ni el traslado horizontal. Por lo anterior solicita se declare la ineficacia del traslado¹ (Audiencia virtual, récord 1:15:00, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “señalar tal como se realizó dentro del presente proceso que los gastos de administración no deben ser trasladados pues los mismos se generaron y ejecutaron en virtud o con anterioridad a la fusión que se realizó entre colpatria y porvenir por lo cual al momento de dicha fusión no

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta

se encontraban ni dentro del activo ni dentro del pasivo de la entidad por lo cual nunca ingresaron a porvenir pues ya habían sido debidamente ejecutoriados ya habían sido incrementados y trasladados a la afp de elección del actor en el año 2000 debo además resaltar que estos gastos de administración corresponden a un porcentaje que es destinado de tipo legal que es destinado en favor de la actora protegiéndolo de todos los riesgos de invalidez, vejez y muerte en cuanto a las primas de seguro y en cuanto a los gastos de administración, pues son completamente legales en virtud del trabajo que se realiza de los rendimientos que se generan y además que están completamente destinados en la ley en este sentido dejo interpuesto mi recurso de apelación con el fin de que el honorable tribunal superior del distrito revoque las condenas interpuestas a mi representada en es pecial la devolución de gastos de administración dinero remitidos al fondo de garantía de pensión mínima primas de seguro previsional, indexación toda vez que estas condenas resultan injustificadas muchas gracias, señor juez”

EXP. 10 2022 00236 01

Raquel Castiblanco Vargas contra Colpensiones y otro.

perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 35² años de edad y había cotizado 180³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no reporta cotizaciones⁴, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 69-70 del archivo 13 y archivo 02 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción⁵,⁶. Para

² Nació el 19 de octubre de 1965, folio 69-70 archivo 13.

³ Ver historia laboral Oficina de Bonos Pensionales folios 88 a 90 archivo 13

⁴ Ibidem

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema

la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y,

de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 10 2022 00236 01

Raquel Castiblanco Vargas contra Colpensiones y otro.

(iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra para, en su lugar, declarar -en las mismas palabras usadas por la Corte- la *ineficacia* del traslado de régimen del demandante y dictar las condenas que corresponden, con el criterio que en esta materia trazó la Corte Suprema de Justicia, pues SANTANDER hoy PROTECCIÓN no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado. En palabras de la esa corporación, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que en el año 2001 al ingresar como parte de los documentos que le fueron requeridos para la vinculación laboral le fue entregado el formulario de afiliación con el fondo privado y no existió ninguna asesoría del fondo sobre el funcionamiento del RAIS (Audiencia virtual del 23 de enero de 2024, récord 26:34).

En el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, la falta de asesoría no subsana una deficiencia en la información que debió entregar el fondo de pensiones en el momento del traslado de régimen pensional; por el contrario, la corrobora. Como en la demanda se afirmó una *falta* al deber de

EXP. 10 2022 00236 01
Raquel Castiblanco Vargas contra Colpensiones y otro.

información, tal materia o hecho sí formaba parte del litigio y se debía decidir en la sentencia con base en los lineamientos fijados en el precedente de la Corte, como se hace en esta sentencia.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

En consecuencia, se declarará la ineficacia del traslado de la demandante y se condenará a la AFP PORVENIR S.A., en la forma como lo definió la Sala Laboral de la Corte, a la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad incluyendo cotizaciones y rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como los gastos de administración y montos de las primas previsionales sin que sea posible descontar suma alguna por cualquier causa, a cargo de aquella y de PROTECCIÓN S.A. por el tiempo en el que la demandante estuvo afiliada con ese fondo (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y

EXP. 10 2022 00236 01

Raquel Castiblanco Vargas contra Colpensiones y otro.

sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷) “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Así mismo, el Tribunal declarará que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de las demandadas.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de RAQUEL CASTIBLANCO VARGAS del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
3. **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. –administradora a la que se encuentra afiliada la demandante- a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración de la cuenta de la demandante, debidamente indexados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
4. **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a devolver, debidamente indexados, los gastos de administración y las comisiones causadas en la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

⁷ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 10 2022 00236 01

Raquel Castiblanco Vargas contra Colpensiones y otro.

5. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
6. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
7. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado
SALVO VOTO



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 11 2023 00052 01
José Humberto Guevara Candil contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ HUMBERTO GUEVARA CANDIL
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 05 de diciembre de 2023 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOSÉ HUMBERTO GUEVARA CANDIL presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *anulación* de su afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de PORVENIR, por el incumplimiento del deber profesional de información. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR a trasladar los dineros que recibió con motivo de la afiliación, cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración etc, y se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado y tenerlo como afiliado al RPM sin solución de continuidad (ver demanda folios 02 a 36 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 11 2023 00052 01

José Humberto Guevara Candil contra Colpensiones y otros.

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a las pretensiones con fundamento en que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, y no es posible tenerlo como afiliado del RMP. Aduce que está válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad al suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria pues para ese momento no estaba inmerso en alguna causal de prohibición y la suscripción de documento prueba la aceptación de las características del RAIS. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *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 y la innominada o genérica* (ver contestación folios 02 a 42, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen pensional y el posterior traslado horizontal que efectuó el demandante son válidos como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, además es improcedente declarar un error de derecho pues las condiciones del RAIS están definidas en una normatividad de público conocimiento, y el demandante no aporta prueba alguna de que la afiliación se hubiera realizado con algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que el demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales pero no lo hizo. Propuso en su defensa, las excepciones de fondo 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* (ver contestación folios 02 a 41 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 11 2023 00052 01

José Humberto Guevara Candil contra Colpensiones y otros.

Terminó la primera instancia con sentencia del 05 de diciembre de 2023 mediante la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al 21 de octubre de 1999 por el señor JOSÉ HUMBERTO GUEVARA, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, es decir, el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que en su momento fueron descontados de la cotización y fueron destinados a los gastos de administración y el fondo de garantía de pensión mínima entendido esos gastos de administración como lo descontado para las comisiones de administración y el pago de los seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante JOSÉ HUMBERTO GUEVARA CANDIL, al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y además al recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído y a computar las semanas cotizadas por el demandante en el RAIS, en la historia laboral de COLPENSIONES. CUARTO: LAS EXCEPCIONES propuestas se declaren imprósperas. QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la SOCIEDAD PORVENIR S.A., incluyendo, como agencias en derecho a favor de la parte*

EXP. 11 2023 00052 01

José Humberto Guevara Candil contra Colpensiones y otros.

demandante la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes. SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta ante la sala laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la ley 1149 del 2007.” (Audiencia virtual, récord 1:25:38, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima

EXP. 11 2023 00052 01

José Humberto Guevara Candil contra Colpensiones y otros.

independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)."

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 37¹ años de edad y había cotizado 1.033² semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 14 años, 2 meses y 7 días)³, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima de acceso a la pensión (tenía 60 años de edad- ver folios 121 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴, ⁵. Para

¹ Nació el 07 de julio de 1962, folio 121 archivo 01.

² Ver historia laboral de Oficina de Bonos Pensionales folio 81 a 83 archivo 07, historia laboral de Colpensiones folio 43 a 50 archivo 05

³ Ibidem

⁴ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

⁵ Sentencia STL3187-2020: "Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en

EXP. 11 2023 00052 01

José Humberto Guevara Candil contra Colpensiones y otros.

la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo*

cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 11 2023 00052 01

José Humberto Guevara Candil contra Colpensiones y otros.

efectos”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que a él y a varios de sus compañeros les manifestaron que se debían trasladar a un fondo privado porque el Seguro Social se iba a acabar, no les informaron sobre las diferencias entre los regímenes pensionales ni cómo se causaba la pensión en el fondo privado (Audiencia virtual del 30 de noviembre de 2023).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta

EXP. 11 2023 00052 01

José Humberto Guevara Candil contra Colpensiones y otros.

igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo rendimientos financieros, los porcentajes descontados por gastos de administración y el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones de administración y seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁶), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en la consulta.

⁶ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 11 2023 00052 01

José Humberto Guevara Candil contra Colpensiones y otros.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 16 2022 00044 01
Elsa Cristina Tiempos Gómez Contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ELSA CRISTINA TIEMPOS GÓMEZ CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad la sentencia dictada el 16 de enero de 2024 por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ELSA CRISTINA TIEMPOS GÓMEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada a través de COLMENA, hoy PROTECCIÓN, por cuanto el mismo no estuvo precedido de suficiente asesoría e ilustración por no haber suministrado una información, clara, cierta y comprensible acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los dos regímenes pensionales, ni sobre los riesgos y consecuencias del traslado de régimen efectuado. En consecuencia pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene a

EXP. 16 2022 00044 01

Elsa Cristina Tiempos Gómez Contra Colpensiones y otros.

PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentren depositados en su cuenta de ahorro individual recibidos con motivo de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos, sin lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración, comisiones, seguros previsionales, ni por cualquier otro concepto, y a COLPENSIONES aceptar su traslado al RPM, reactivar su afiliación, recibir los recursos provenientes del RAIS, y actualizar su historia laboral (ver demanda folios 2 a 17 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que la AFP actuó conforme las disposiciones normativas y reglamentarias que dirigían su actuación y el de las entidades públicas en ese momento. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en la ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 siendo imposible para esta AFP tenerla como afiliada en el RPM, pues ello contravendría las disposiciones legales y el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, lo que acarrearía una descapitalización del fondo común administrado por Colpensiones. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos* (ver contestación folios 2 a 15 archivo 04, primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., también se resistió a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. A su juicio, la afiliación al RAIS es plenamente válida y eficaz y no existe justificación legal para que declare su nulidad. Afirmó que la vinculación a ese fondo de pensiones estuvo precedida de una asesoría clara, completa y comprensible conforme a la normatividad y exigencias de la época, lo que se prueba con el formulario de afiliación, acto válido y emanado de la voluntad del afiliado del cual surgieron obligaciones para ambas partes, que no puede ser desvirtuado por *afirmaciones indeterminadas* de la demandante. Asegura que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión, por lo que no puede regresar al RPM, y que un error de

EXP. 16 2022 00044 01

Elsa Cristina Tiempos Gómez Contra Colpensiones y otros.

derecho no vicia el consentimiento, además, en caso de existir alguna causal de nulidad la acción se encuentra prescrita. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, aprovechamiento indebido de los 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, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO al caso concreto y la innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 25 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de enero de 2024 mediante la cual el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizara la señora ELSA CRISTINA TIEMPOS GÓMEZ, identificada con cédula de ciudadanía número 20.450.209, que tuviera lugar el día 7 de abril de 1994, y con efectividad desde el 01 de mayo de la misma anualidad, por ante COLMENA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy AFP PROTECCIÓN S.A., motivado lo anterior en la omisión al deber de información. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a COLPENSIONES, incluyendo los valores por concepto de capital, réditos,*

EXP. 16 2022 00044 01

Elsa Cristina Tiempos Gómez Contra Colpensiones y otros.

sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración, porción destinada al fondo de garantía de pensión mínima, y en general todos los conceptos integrantes de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad. TERCERO: CONDENAR a la administradora colombiana de pensiones a recepcionar a los recursos condenados en el numeral que antecede y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, con actualización de la historia laboral correspondiente, incluyendo el total de semanas que corresponde a lo cotizado en el régimen de ahorro individual con solidaridad. CUARTO: SE DECLARA no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado. QUINTO: SE CONDENA en costas de la instancia a las demandadas en favor de la parte actora, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de 1/4 de salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de las demandadas por concepto de agencias en derecho” (Audiencia virtual, récord 1:08:11, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES solicita revocar la condena en costas. Lo anterior teniendo en cuenta que la responsabilidad frente a los hechos que fundamenta las pretensiones de una demanda que resulta ajena a la administradora. Asegura que condenar al pago de estos dineros generaría un detrimento al patrimonio de las pensiones¹ (Audiencia virtual, récord 1:10:44, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

¹ “gracias su señoría estando en la etapa procesal pertinente presentó recurso de apelación de forma parcial frente a la condena en costas proferida por el despacho de la siguiente manera respetuosamente solicito a los señores magistrados revocar la sentencia en cuanto a la condena en costas fundamentaba en que la afp protecciones el actual fondo del demandante la afp protección, es quien tiene la responsabilidad frente a los hechos que fundamentan las pretensiones de la presente demanda hechos que son ajenos a la entidad que represento por lo tanto no hay mérito alguno para que se hubiese presentado o se hubiere condenado en costas a la entidad que represento por lo cual solicito a su honorable despacho revocar la condena en costas a la entidad que represento, ya que Colpensiones no tiene un rubro destinado a condena de costas y agencias en derecho por lo cual este dinero sale de los valores que financian el sistema de pensiones en el régimen de prima media lo que genera un detrimento al patrimonio de las pensiones de sus demandantes y pues atendiendo a que Colpensiones ha actuado en concordancia al estricto cumplimiento del orden legal además atendiendo y teniendo en cuenta el artículo 48, inciso quinto de la constitución política y el artículo 365, numeral quinto del código general del proceso por lo tanto, ruego a su señoría y a los honorables magistrados revocar la condena en costas proferida en contra de la entidad que representó, muchas gracias.”

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

EXP. 16 2022 00044 01

Elsa Cristina Tiempos Gómez Contra Colpensiones y otros.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 29² años de edad y había cotizado 600.29³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 10 años, 10 meses y 27 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad-ver folio 74 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran

² Nació el 14 de agosto de 1965, folio 74 archivo 01.

³ Ver historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales folio 27 a 30 archivo 11

⁴ Ibidem

⁵ *Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ *Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) –según la Corte- ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) –según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues COLMENA hoy PROTECCIÓN no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que su empleador convocó a todos los empleados para hacer el traslado, informó que ya era de común conocimiento que el ISS se iba a acabar y que estando afiliados al fondo privado tendrían más estabilidad. No tuvo que ninguna otra ilustración sobre las particularidades del régimen de ahorro individual (Audiencia virtual del 16 de enero de 2024, récord 23:58).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

EXP. 16 2022 00044 01

Elsa Cristina Tiempos Gómez Contra Colpensiones y otros.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos financieros, primas de seguros previsionales, bonos pensionales si los hubiere, gastos de administración y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷) *“debidamente indexados”*, pues así lo decidió la Corte en las sentencias que se siguen como referente (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dicha entidad en el caso bajo estudio.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 16 2022 00044 01

Elsa Cristina Tiempos Gómez Contra Colpensiones y otros.

SIN COSTAS en esta instancia

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 17 2021 00498 01
José Luis Gómez Calisto contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ LUIS GÓMEZ CALISTO CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada el 8 de noviembre de 2023 por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a las demandadas de la totalidad de las pretensiones, con las cuales se pretendía el reconcomiendo de perjuicios derivados del *incumplimiento del deber de información* al momento del traslado del RPM al RAIS.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ LUIS GÓMEZ CALISTO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare administrativa y patrimonialmente responsables a las demandadas por *violación de los reglamentos y garantías legales y constitucionales, violación al debido proceso y por graves fallas en la prestación del servicio, violación de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la digna subsistencia*, en consecuencia pide que se condene al pago total de los daños y perjuicios -morales y materiales (daño emergente, lucro cesante y daño la vida en relación)- ocasionados al demandante como consecuencia del traslado del ISS al RAIS en

EXP. 17 2021 00498 01
José Luis Gómez Calisto contra Colpensiones y otro.

PROTECCIÓN S.A. (ver demanda folios 01 a 45 archivo 02 y subsanación folios 04 a 48 archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Como fundamento de sus pretensiones, manifiesta que nació el 24 de junio de 1954, que laboró para VITRACOL LTDA y/o EMPRESA VITRAL DE COLOMBIA entre el 1 de abril de 1981 y el 30 de noviembre de 2001 y el 9 de noviembre de 2001 se afilió a la AFP PROTECCIÓN S.A. al suscribir el formulario 0664574. Asegura que no recibió *asesoría profesional completa y comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional*. Cotizó al sistema general de pensiones 1844 semanas, siendo el último salario devengado la suma de \$15.120.000. Afirmó que para el 31 de diciembre de 2014 contaba con más de 55 años de edad y más de 1.000 semanas cotizadas con lo que acreditaba los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme lo normado en el Acuerdo 049 de 1990. Informa que PROTECCIÓN le reconoció la prestación en cuantía de \$3.875.853 a partir del 01 de enero de 2017 lo que le fue comunicado el 20 de enero de 2017. En el año 2020 solicitó ante PROTECCIÓN y en el año 2019 ante COLPENSIONES la anulación de la afiliación, peticiones que fueron resueltas de manera negativa. Relata que insistió ante COLPENSIONES y PROTECCIÓN en la solicitud de nulidad de la afiliación y la consecuente activación en el RPM, lo que fue negado al considerar que el peticionario se encuentra pensionado; luego solicitó a PROTECCIÓN el reconocimiento de la indemnización por los daños ocasionados con motivo del traslado de régimen al considerar que se desconoció su derecho pensional en el RPM, pues cumplía con la densidad de semanas para optar a la prestación. Afirmó que se vio obligado a continuar cotizando después de julio de 2014 -momento para el cual considera ya tenía causada la prestación- hasta diciembre de 2016. En enero de 2017 el fondo le reconoció la prestación con una mesada muy baja en relación con lo que debería recibir en COLPENSIONES. Aduce que por haber tenido que cotizar dos años más debió posponer su retiro, lo que desmejoró sus condiciones de vida y lo privó de disfrutar de su familia.

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional que efectuó el demandante es completamente válido como quiera que estuvo precedido por una asesoría clara, expresa,

EXP. 17 2021 00498 01
José Luis Gómez Calisto contra Colpensiones y otro.

completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, y no es procedente declarar un error de derecho cuando las condiciones están determinadas en una normatividad de público conocimiento, aunado a que el demandante no aporta prueba que dé cuenta de que el acto de traslado se hubiera realizado con un vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que el demandante alegue su voluntad de retornar al RPM como causas de anulación cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales y no lo hizo. Tampoco se probaron los perjuicios alegados en la demanda. Señala que para que la pretensión indemnizatoria tenga vocación de prosperidad se debe cumplir con los presupuestos de (i) una conducta o un hecho culposo imputable al demandado, (ii) la demostración de un perjuicio y (iii) el nexo de causalidad entre la falla de conducta y el perjuicio invocado, sin embargo, no hay prueba en los términos del artículo 167 del CGP que demuestre que el demandante como consecuencia de la afiliación al fondo y el posterior reconocimiento pensional sufrió los perjuicios alegados en la demanda, considera que además de existir algún perjuicio este solo sería atribuible al demandante quien de manera libre hizo uso de una prerrogativa pensional propia del RAIS. Propuso en su defensa, las excepciones de fondo de *cumplimiento de las obligaciones en cabeza de la AFP PROTECCIÓN, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, culpa del demandante, prescripción, cumplimiento del deber de información por parte de PROTECCIÓN S.A., compensación y pago, falta de juramento estimatorio como requisito procesal y la innominada o genérica* (ver contestación folios 03 a 44 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que el traslado del demandante al régimen de ahorro individual se dio de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, y que su decisión obedeció a la información brindada por los asesores de la AFP que efectuaron el traslado. Además, no se aporta ninguna prueba que demuestre algún vicio del consentimiento para invalidar la afiliación. Sostiene que de presentarse en este caso un error de derecho, este no vicia el consentimiento y advierte que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003, por lo que le es imposible a esa entidad tenerla como afiliado del RPM pues ello contraviene el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Asegura que, de

EXP. 17 2021 00498 01
José Luis Gómez Calisto contra Colpensiones y otro.

encontrarse probado algún tipo de omisión en la información y se determine que la consecuencia es la nulidad del traslado, no puede ser condenado en costas y se deberá garantizar la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las pensiones. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *prescripción, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inexistencia del derecho y de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación folios 03 a 20 archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de noviembre de 2023 mediante la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ probada la excepción de prescripción, en consecuencia, ABSOLVIÓ a las demandadas de la totalidad de las pretensiones. Para tomar su decisión concluyó que, si bien se encuentra acreditado un perjuicio, la acción prescribió, pues entre la reclamación y la demanda transcurrieron más de tres años.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas frente a las pretensiones incoadas por el demandante, según lo analizado en precedencia. TERCERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PROTECCIÓN S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JOSÉ LUIS GÓMEZ CALISTO, quien se identifica con la cédula de extranjería número 166.910, lo anterior según las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR en costas al demandante a favor de las demandadas. En firme esta sentencia por secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo, y a favor de las demandadas por valor de \$400.000 pesos en moneda corriente a favor de cada una, según lo indicado en precedencia. QUINTO: SE DISPONE la consulta de esa sentencia a favor del demandante en las condiciones ya señaladas remítase el expediente al superior en caso de no ser apelado el fallo, o no ser sustentado recurso.”* (Audiencia virtual, récord 42:25, archivo 37 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

EXP. 17 2021 00498 01
 José Luis Gómez Calisto contra Colpensiones y otro.

En el recurso, el demandante solicita que se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de su demanda. Afirma que se encuentra probado que se causaron los perjuicios y solo con la sentencia SL373 de 2021 tuvo la posibilidad de reclamar el pago mediante la acción indemnizatoria correspondiente. Informa que la demanda de ineficacia se presentó oportunamente, no obstante, en virtud de la jurisprudencia citada tuvo que volver a presentar demanda solicitando ahora el reconocimiento de perjuicios¹

¹ “Gracias señor juez claramente está probado dentro del proceso que los perjuicios fueron causados pero bien vale la pena reiterar los hechos y las pretensiones y el aspecto fáctico y jurídico que ordena la demanda vale decir primeramente que la sentencia muy reconocida y evaluada en su dirección jurisprudencial SL373 del 2021, ciertamente no estableció términos de prescripción y si así lo establecieran entonces quedarían sin derecho las personas que presentaran las demandas a partir del año 2021 es claro que primero una sentencia relacionada con el traslado de los pensionados y posteriormente ya no se permite con la línea jurisprudencial trazada en la sentencia SL373 de agosto del 2021 sí no efectivamente como lo expresó el despacho lo relacionado con la indemnización de perjuicios, en tal virtud, al no precisar la sentencia de los términos de prescripción por analogía o simplemente por efectos de correspondencia con otras líneas jurisprudenciales harían derogatorio el derecho de la reclamación ante el operador judicial de los pensionados en este sentido, ante los jueces de la república, vale decir que el simple reclamo por escrito interrumpe la prescripción como lo define el artículo 94 del código general del proceso pero la presentación de la demanda había interrumpido la prescripción dentro del término previsto así las cosas se plantea que efectivamente la demanda fue presentada pues obviamente como esta en el plenario se ve claramente que una demanda a la otra obviamente el cambio de la jurisprudencia del 2020 con la sentencia dictada por la misma magistrada en SL373 del 2021, pues obligó a presentar una demanda diferente y así se pronunció el tribunal en lo que respecta a la primera demanda de traslado es más dentro de este esquema de traslado vale decir que el término de prescripción no podría valorarse de una manera tan específica pues el juez debe expresar y utilizar como lo expresa la misma sentencia todas las medidas necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados, siempre mi representado fue engañado hubo el estatus de pensionado es decir pudo haberse pensionado simplemente con haber esperado dos o tres años más después de haber cumplido, como lo reiteró el despacho las 1.062 semanas en el régimen de prima media ya tenía el requisito de los tiempos de servicio o de aportes a la seguridad social cumplidos y solo le faltaba la edad por tanto no se le podría obligar a que cotizaran más de 17 años como lo precisó el despacho para efectos de obtener la pensión están demostrados como lo reitero el juez laboral en el sentido de que los perjuicios fueron causados pero la discusión entraría a ver si el tiempo puede borrar los perjuicios a un juicio responsable vale decir que el daño debe ser reparado o indemnizado y nace de esa falta de asesoría por el traslado por parte de la ing protección en el año 2001, pues debió haberle informado de manera clara, oportuna y concreta los beneficios o las situaciones o consecuencias que derivarían de ese traslado en el presente caso, los términos no se han interrumpido se mantiene una vigencia dentro de la correcta expresión de la línea jurisprudencial de la sentencia, SL373 del 2021, pues claramente ella fue la que abrió la posibilidad de presentar esta demanda, si no, no se hubiera desgastado el aparato judicial en el estudio de este proceso y fue por esa misma sentencia que abrió la posibilidad al pago de los perjuicios que efectivamente inicia esta acción judicial no podría predicarse que ninguna decisión jurídica se trató de imperar a través de una demanda en el ámbito judicial, pues únicamente se reconoció efectivamente el derecho a que esos perjuicios le fueran pagados y a que prosperara en el tiempo una demanda pero solamente a partir de agosto del año 2021 por tanto responsablemente no se podía presentar una demanda anterior y estos términos, pues obviamente al decretarse una pensión al primero de enero del 2017, pues estarían interrumpiendo o mejor yendo en contraste en vía de reclamación próspera de los intereses del demandante duele que la situación se presente de esta manera porque el afectado entonces, en este caso no tiene aún probados los perjuicios causados ninguna forma de reclamación de los derechos y seguirá con una pensión exigua mínima de unos salarios que corresponden justamente al monto que estaba pagando por cotización en el momento en que reciba su prestación económica en el año 2017, después de haber cotizado más de 771 semanas al régimen de RAÍS y haber acumulado más de 1.800 semanas en el sistema general de pensiones rogaría a los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá, pronunciarse al respecto y revocar en todas sus partes la ameritada sentencia en razón de que no pueden ser conculcados los derechos fundamentales en aras primero de una

EXP. 17 2021 00498 01
José Luis Gómez Calisto contra Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 43:50, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia que el 9 de noviembre de 2001 JOSÉ LUIS GÓMEZ CALISTO suscribió formulario de afiliación a la administradora de fondos de pensiones ING, acto con el cual se materializó su traslado de régimen pensional del RPM administrado por el otrora Instituto de los Seguros Sociales – ISS (hoy COLPENSIONES) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, hecho que se constata además con el documento que milita en el archivo 08 folio 45 del expediente digital (trámite de primera instancia).

Tampoco se controvierte que mediante comunicación del 20 de enero de 2017, PROTECCIÓN S.A. reconoció a favor del demandante pensión de vejez a partir del 01 de enero de 2017 en cuantía inicial de \$3.875.853 (folios 67 y 68 archivo 08 expediente digital, trámite de primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si operó o no la prescripción de la acción, y en dado caso, si la demandada debe reparar los perjuicios que se reclaman en la demanda.

falsa insostenibilidad del sistema que siempre se ha predicado y que no corresponde a los hechos reales, pues aún las pensiones se siguen pagando y nunca nadie, es una verdad absoluta recibe más del 80% en razón de su cotización por tanto, siempre están desmejorando su tasa de retorno y segundo además porque en este caso las demandas que puedan prosperar simplemente son aquellas en que las pensiones fueron señaladas o previstas o mejor reconocidas y pagadas en tiempos posteriores a la misma sentencia a que me he referido sl373, nadie presentaría una demanda porque el hecho no existía anterior a esa fecha por tanto la interrupción de esta prescripción debería ser clara y precisa y no acotar con sentencias anteriores a la misma vigencia y líneas jurisprudenciales dictadas por la sl373 del 2021 en agosto y reitero por la misma magistrada Clara Dueñas de otro lado se requiere siempre por mandato de nuestro código civil, que se repare o se indemnice a la persona que se le ha causado el daño, los daños han sido probados de manera clara y contundente a través de una pensión irrisoria que se le está cancelando reitero con simplemente un monto que prácticamente es el mismo que él, pagaba por aportes pensionales es decir mientras estaba pagando por 15 o 20 o más salarios mínimos, siempre recibe una tasa de retorno de 3 salarios mínimos que realmente provocan el dolor y la angustia y que eso sí termina con desestimular los aportes para el sistema de seguridad social, propósito que es ajeno a la ley 100 del de 1993 y no se puede predicar ni la insostenibilidad ni tampoco el desestímulo de las afiliadas conculcando los derechos constitucionales del mínimo vital de la seguridad social y también de la digna subsistencia, también de manera práctica, ordenada y metódica expuestas por el despacho en estos términos señor juez dejo sustanciados los términos de la apelación contra la providencia dictada en el día de hoy. muchas gracias.”.

EXP. 17 2021 00498 01
José Luis Gómez Calisto contra Colpensiones y otro.

PRESCRIPCIÓN: Para decidir sobre este punto de la controversia, los artículos 488 del CST y 151 de CPTSS disponen un término de tres años para la prescripción de la acción que busca el reconocimiento judicial de derechos laborales.

Dicho término se cuenta desde el momento en que la obligación se hizo exigible y se interrumpe, por una sola vez, con la reclamación escrita del trabajador, afiliado o pensionado, en la cual identifique específicamente el derecho o la prestación objeto del proceso judicial; en este caso el término de tres años volverá a contarse nuevamente.

Una obligación es *exigible* desde el momento en que el acreedor puede reclamar su cumplimiento, y tal posibilidad surge cuando conoce de su existencia.

Para las obligaciones laborales de reparación de daños antijurídicos causados a una persona natural o jurídica, el término de prescripción de la acción corre entonces por tres años, desde el momento en que el *daño* sea o deba ser conocido por el perjudicado pues solo desde ese momento podía reclamar la indemnización correspondiente mediante una acción judicial.

Sobre la validez constitucional del término de prescripción que señalan las normas legales en materia laboral (3 años), se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C-072 de 1994, cuyo contenido han reproducido posteriores providencias de esa corporación (sentencia C-906 de 2010). A dicho texto nos remitimos².

² Corte Constitucional. Sentencia C-072 de 1994: “ *Cuando los juristas romanos manifestaron que el tiempo rige el acto jurídico, tempus regit actum, señalaron el sentido de la oportunidad de ejercer la acción, pues el tiempo determina el adecuado ejercicio de ésta, con el fin de que el derecho siempre sea no sólo lo justo y equitativo, sino lo proporcionado con la realidad, de acuerdo con las circunstancias de tiempo, modo y lugar.*

La oportunidad es una condición de viabilidad del ejercicio del derecho y de la eficacia de la acción. Lo justo jamás puede ser inoportuno. El concepto de oportunidad se refiere, ante todo, a la necesidad o conveniencia determinadas por el tiempo o por el espacio, las dos dimensiones ineludibles de toda conveniencia humana, por ser realidades evidentes.

En el nacimiento, vida y extinción de las relaciones jurídicas, el tiempo es factor que cabe ponderar en plano relevante. Al transponerse el umbral de la mayoría

de edad, cesan las incapacidades que la minoría engendraba; la creación intelectual que la Carta Magna protege con énfasis, atribuye sus prerrogativas por el término que acuerde la ley.

Si bien en solitarias ocasiones, el tiempo es capaz de producir consecuencias jurídicas sin la necesidad de que se le sumen otras circunstancias (así en el plazo), la mayoría de las veces requiere de ellas para provocar modificaciones jurídicas.

El transcurso de cierto lapso, unido a otros elementos de factum, puede llevar a presumir el fallecimiento de una persona, por vía de la institución de la ausencia. La mora, base misma del edificio obligacional, es otro ejemplo singular. La prescripción utiliza al tiempo para producir sus consecuencias, pero le agrega otros ingredientes que denotan sus particularidades.

La oportunidad, dice el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia, es la conveniencia de tiempo y de lugar. Por tanto, el tiempo determina si la acción es conveniente o inconveniente; en otras palabras, si la acción es adecuada o inadecuada. El criterio preponderante es el de conveniencia.

2. El núcleo esencial del derecho al trabajo no se desconoce, por el hecho de existir la prescripción de la acción laboral concreta.

La prescripción extintiva es un medio de extinguir la acción referente a una pretensión concreta, pero no el derecho sustancial fundamental protegido por el artículo 25 de la C.P., porque el derecho al trabajo es en sí imprescriptible.

No se lesiona al trabajador por el hecho de que la ley fije términos para el ejercicio de la acción laboral. El derecho de los trabajadores se respeta, simplemente se limita el ejercicio de la acción, y se le da un término razonable para ello. El núcleo esencial del derecho al trabajo no sólo está incólume, sino protegido, ya que la prescripción de corto plazo, en estos eventos, busca mayor prontitud en el ejercicio de la acción, dada la supremacía del derecho fundamental, el cual comporta la exigencia de acción y protección oportunas. Así, pues, el legislador no hizo cosa distinta a hacer oportuna la acción; de ahí que lo que, en estricto sentido, prescribe es la viabilidad de una acción concreta derivada de la relación laboral, pero nunca el derecho-deber del trabajo.

La prescripción trienal acusada, no contradice los principios mínimos fundamentales establecidos por el Estatuto Superior, porque la finalidad que persigue es adecuar a la realidad el sentido mismo de la oportunidad, con lo cual logra que no se desvanezca el principio de la inmediatez, que, obviamente, favorece al trabajador, por ser la parte más necesitada en la relación laboral. El derecho de los trabajadores no puede menoscabarse (art. 53 C.P.), y es en virtud de ello que la prescripción de corto plazo garantiza la oportunidad a que tienen derecho los que viven de su trabajo”.

EXP. 17 2021 00498 01
José Luis Gómez Calisto contra Colpensiones y otro.

Con las anteriores premisas normativas y jurisprudenciales, y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, pues en el asunto de autos el término prescriptivo se debe contabilizar desde la fecha en que le fue reconocida la pensión al demandante en el RAIS, lo que ocurrió en enero del año 2017, y la demanda que dio inicio al proceso se radicó en octubre del año 2021 cuando habían transcurrido más de tres años.

Para responder a los argumentos del recurso sobre la sentencia SL373 de 2021 que excluyó para pensionados la posibilidad de reclamar la nulidad de la afiliación, se debe señalar que el valor de la prestación del demandante se definió con base en las normas que regían en ese momento y era entonces cuando el demandante debía verificar su situación para presentar las acciones que fueran pertinentes en orden a obtener la reparación del daño cuya existencia conocía.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

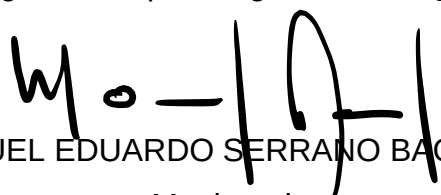
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 17 2021 00498 01
José Luis Gómez Calisto contra Colpensiones y otro.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE RICARDO PARRA PARRA CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 05 de diciembre de 2023 por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, RICARDO PARRA PARRA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado por la AFP PORVENIR, así como el posterior traslado horizontal realizado con la AFP PROTECCIÓN, *por existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento*. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR S.A. retornar todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, y se ordene a COLPENSIONES recibirlo en el RPM y continuar con su afiliación sin solución de continuidad (ver demanda folios 4 a 21 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado del demandante fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se demuestra con el formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó de forma libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no es causal de nulidad porque la fórmula para dicho cálculo está contemplada en la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de mérito 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, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, y traslado de aportes a otra administradora de fondo de pensiones* (ver contestación folios 4 a 22 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que la afiliación del demandante a esa administradora fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, como se observa del formulario de vinculación en el que consta la declaración escrita a la que se refiere el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Advierte que el demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que le impide trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de fondo las de *buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las*

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

condiciones del RAIS y enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas (ver contestación folios 3 a 23, archivo 07, primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación al régimen de ahorro individual se realizó con plena voluntad del cotizante y que ha sido ratificada con la permanencia en ese régimen, traslado que se realizó cumpliendo los requisitos vigentes para la época. Precisa que el demandante no tenía derechos adquiridos ni una expectativa legítima en el momento del traslado y se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes sería ilegal e improcedente, lo que imposibilita a esta AFP para reactivar su afiliación y aceptar el traslado de los aportes realizados. Propuso como excepciones perentorias las que denominó *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 28 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 05 de diciembre de 2023 mediante la cual el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del señor RICARDO PARRA PARRA, identificado con cedula de la ciudadanía, 40.090.299, a la AFP PORVENIR, efectuada el 21 de agosto del 98, con fecha de efectiva el 1 de octubre de ese mismo año, y consecuentemente, declarar la ineficacia del*

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

traslado y la afiliación realizada a la AFP SANTANDER PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN, para el 14 de noviembre del 2002, con fecha efectiva 01 de enero del 2003, del mismo modo, declarar la ineficacia del traslado y la afiliación realizada a la AFP PORVENIR, efectuada para el 21 de julio del 2003, con fecha de efectividad del 01 de septiembre de ese mismo año, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el señor RICARDO PARRA PARRA, identificado con cedula de la ciudadanía 4.090.299, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y en consecuencia siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, a trasladar dentro de los 45 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del demandante, señor RICARDO PARRA PARRA, identificado con cedula de ciudadanía 4.090.299, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieran causado sin lugar a descuento alguno por deterioros sufridos por el bien administrado, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de la garantía de la pensión mínima debidamente indexados, con cargo a sus propios recursos desde la fecha del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, pues estos conceptos, desde el nacimiento del acto ineficaz, debieron ingresar al régimen de prestación definida administrado por COLPENSIONES, por lo que al momento de cumplirse con esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, con el detallado pormenorizados de los ciclos, el IBC, aportes y demás información relevante que los justifique conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación de data 12 de noviembre del 92, por lo que deberá incluir en la base de datos y sistema de información, la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro del demandante en el régimen de prima

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

medida con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el al presente fallo. QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, el despacho se revela de los demás medios exceptivos propuestas por las demandadas. SEXTO: COSTAS en esa instancia a cargo de la sociedad administradora de fondos de PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, y a la ADMINISTRADORA DEL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, dentro de los que deberá incluirse por concepto en agencia en derecho, la suma equivalente a \$1.000.000, a cargo de cada una y a favor del demandante sin condena en costas a cargo de COLPENSIONES. SÉPTIMO: SI NO FUERA apelado consúltese con el superior” (Audiencia virtual, récord 1:30:53, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. solicita que se revoque la sentencia. Afirma que cumplió con las obligaciones que le eran exigibles para la fecha en la que se realizó el traslado, y que no hay lugar a trasladar los gastos de administración y dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima por tratarse de recursos que tienen origen legal y una destinación específica. Asegura que devolver estos dineros de manera indexada genera un enriquecimiento sin causa en favor del demandante, además, la pérdida del poder adquisitivo se compensa con los rendimientos con lo cuales se incrementó el saldo de la cuenta del demandante. Pide que se revoque también la condena en costas, como quiera que no le fue posible evitar este proceso al estar inmerso el demandante en la prohibición de traslado¹

¹ “su señoría siendo esta la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer recurso de apelación el cual me permito sustentar ahora mismo el recurso estaba destinado específicamente de los fondos del 1 al 6 de la sentencia proferida en la presente diligencia, de manera tal que considerara la suscrita no hay lugar a la declaratoria como tal de ineficacia del traslado, por cuanto como se expuso en los alegatos de conclusión mi representada cumplió acabadidad con las obligaciones que eran exigibles para la fecha del traslado esto es el 21 de agosto de 1998 adicionalmente y en ese sentido, consideró que no hay lugar a trasladar los rubros por cuanto no hay lugar a la declaratoria de ineficacia del traslado en específico considero que en el caso debe considerarse por parte de los honorables magistrados como procedente como tal la declaratoria de ineficacia y vuelvo reitero al traslado de lo que tiene que ver con aportes y rendimientos, pero no encontraría sentido que hubiese lugar al traslado de gastos administrativos y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, por cuanto son rubros que el artículo 20 de la ley de 100 de 1993 autoriza y obliga a ejecutar durante la afiliación en este caso del señor ricardo precisamente para garantizar los beneficios que este promete tal y como es el generar unos rendimientos en su favor y adicionalmente respecto a la primas de seguro previsional consideró que no hay lugar a su traslado por cuanto es un valor que ni siquiera se encuentra en poder de mi representada

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

(Audiencia virtual, récord 1:34:15, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES solicita también que se revoque la sentencia. Afirma que no se probó la existencia de vicio alguno en la voluntad del demandante al momento de la afiliación, por el contrario, se dio cumpliendo los requisitos legales vigentes para la época. Afirma que el demandante estructuró su prestación de vejez en el régimen de ahorro individual, y declarar la ineficacia del traslado afecta el principio de la estabilidad económica del estado establecida en el artículo 48 de la constitución política² (Audiencia

por el contrario fueron oportunamente trasladados a una aseguradora la cual se encargó de asegurar los riesgos de invalidez y muerte del señor Ricardo parra durante la vigencia de su afiliación al respecto es de precisar ante los honorables magistrados como tal que el contrató del seguro por definición del código comercio ha sido definido como contrato oneroso, por tanto el hecho de ordenar el traslado como tal de las primas, las cuales es un elemento esencial del contrato de seguros como objeto de trasladar en virtud de la declaratoria de ineficacia implica como tal, darle un carácter gratuito a sus riesgos de cuyo aseguramiento ya gozó el señor ricardo parra por lo que no solamente es de propicio si no un enriquecimiento sin justa causa en favor del demandante sino adicionalmente también según de la teoría de la restituciones mutuas y la teoría contractual en materia de seguros respecto a ello es de establecer que aún cuando ella se ordene el traslado aportes de rendimientos, primas de seguro gastos administrativos y porcentajes asignado al fondo de garantía de pensión mínima adicionalmente se ordena la indexación al momento de trasladar dichos rubros a Colpensiones al respecto se establece que la indexación en términos simples consiste como tal en traer a valor presente el dinero para que este no pierda su valor adquisitivo sin embargo, en el caso el saldo que obra en la cuenta y lo bueno junto con sus rendimientos que allí están incluidos así como la prima, los gastos administrativos y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, no puede hablarse en ningún caso del demérito de estos rubros por cuanto lo que hubo fue en que el raís de haber ejecutado los gastos administrativos se obtuvieron unos rendimientos los cuales generaron que la cuenta de ahorro individual del señor ricardo parras se acrecentara en sobremanera por lo que no podemos hablar de una pérdida de poder adquisitivo y adicionalmente considera la suscrita resulta desproporcionada el ordenar el traslado de los rendimientos adicionalmente del rubro en virtud de cuya ejecución yo obtuve dicho rendimiento así adicionalmente indexar este valor considero que en este sentido hay un enriquecimiento sin justa causa claro en favor del demandante al respecto, por cuando no solamente está gozando de un beneficio como son los rendimientos propio del rais a pesar de que se crea la ficción jurídica de que el demandante nunca permanecio al régimen, sino que adicionalmente también le estoy reconociendo un rubro que si yo no me hubiese gastado, que si yo no hubiese ejecutado durante la vigencia de la afiliación no hubiese podido obtener dicho beneficio adicionalmente se está indexado por último el recurso de apelación se encuentra encaminado también a oponerme al respecto de las costas en contra de mi representada por cuanto mi representada en todo momento propendió por la eficacia del presente proceso y resultaría injusto someter a costas a una parte procesal quien se encuentra sometido a un proceso y no encuentra solución diferente en primer lugar, teniendo en cuenta que no puedo autorizar el traslado de quienes se encuentran inmersos en la prohibición de la ley 797 del 2003, como lo decía el señor Ricardo parra parra, así como tampoco puede buscar una solución distinta a ella, ya que por la renuncia generalizada de Colpensiones a conciliar no puede acceder al efectivamente a este mecanismo, alternativo de solución de conflictos en ese sentido señoría dejo por sentado el recurso de apelación, gracias”.

² “muchas gracias señoría, por el uso de la palabra siendo este el momento procesal oportuno, me permito interponer el recurso apelación en el cual sustento en la siguiente forma, según lo expuesto en el proceso no se dio por probado por la parte demandante la existencia de una voluntad viciada en el momento en el que se dio la escogencia del régimen por esta misma, por cuanto como se pudo observar en el interrogatorio de parte la parte actora no se vio coaccionada para diligenciar su formulario de afiliación el cual se dio cumpliendo los requisitos legales de la época, es por ello que en virtud de su libre escogencia y permanencia en el tiempo se estructuró su prestación pensional de vejez en el régimen de ahorro individual aún más

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

virtual, récord 1:39:29, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los*

cuando se hicieron varios traslados horizontales dentro del mismo por último su señoría declararse de forma positiva las pretensiones de la parte demandante se estaría afectando directamente a los postulados del acto legislativo 01 del 2005 que adiciona la carta política del artículo 48, el cual contiene el principio de la estabilidad económica del estado y el cual pues está enfocado en pues mantener la seguridad prestacional del mismo bajo estos breves aspectos su señoría dejo expuesto el recurso apelación muchas gracias”

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 36³ años de edad y había cotizado 234⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 8 meses, y 6 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 60 años de edad- ver folio 95 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7}. Para

³ Nació el 25 de mayo de 1962, folio 95 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de Porvenir folio 67 archivo 07

⁵ Ibidem

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

⁷ Sentencia STL3187-2020: "Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es

cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que el formulario de afiliación fue entregado por su empleador y en su traslado horizontal de AFP un asesor le indicó que el afiliarse a un fondo privado le generaría una mejor pensión, pero no obtuvo ninguna otra información sobre las características y funcionamiento de los regímenes (Audiencia virtual del 05 de diciembre de 2023, récord 20:56).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019,

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, los gastos de administración, comisiones, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de la pensión mínima debidamente indexados a cargo de aquella y de PROTECCIÓN, así lo definió la Sala laboral de la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a PORVENIR, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dicha entidad en el caso bajo estudio.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,



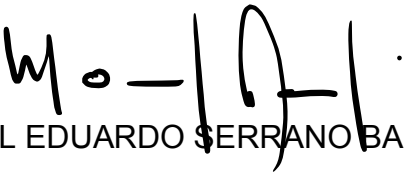
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 18 2022 00159 01
Ricardo Parra Parra Contra Colpensiones y otros.


HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ MANUEL LEÓN FERNÁNDEZ CONTRA
EL MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL –
JEFATURA DE DESARROLLO HUMANO – DIVISIÓN DE AVIACIÓN
ASALTO AÉREO.**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de consulta, la sentencia dictada el 1 de agosto de 2023 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo y que la prima especial devengada mensualmente por el trabajador demandante es factor salarial. En consecuencia, se condenó a la demandada a reliquidar las prestaciones y aportes a seguridad social causados entre 2015 y 2020, y a pagar la sanción moratoria prevista en el artículo 1 de la Ley 797 de 1949.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOSÉ MANUEL LEÓN FERNÁNDEZ presentó demanda contra LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJERCITO NACIONAL- JEFATURA DE DESARROLLO HUMANO – DIVISIÓN DE AVIACIÓN ASALTO AÉREO, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare, en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas, que entre las partes existió un único contrato de trabajo del 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2020. Además, se declare que la *prima especial* es constitutiva de salario, que no recibió el pago de horas extras *por las funciones de disponibilidad en los servicios de línea de mantenimiento* y que se pagaron de manera deficitaria sus prestaciones

sociales y aportes a seguridad social. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a reliquidar los salarios, cesantías, intereses a las cesantías y aportes a seguridad social en pensión, causados en vigencia del contrato de trabajo y teniendo en cuenta su verdadero salario, y a pagar la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del C.S.T. concordante con el artículo 1 del Decreto 797 de 1949, la indexación, lo que se demuestre ultra y extra petita y las costas.

Como fundamento de lo pedido afirma que suscribió con el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL – DIVISIÓN DE ASALTO AÉREO, 3 contratos de trabajo a término fijo para desempeñarse como trabajador oficial, en el cargo de *TÉCNICO ESPECIALISTA EN ESTRUCTURAS METÁLICAS DE AVIACIÓN*, así: i) el 23 de diciembre de 2014 el cual empezaría a regir el 1 de enero de 2015 y terminaría el 31 de diciembre del mismo año; ii) el 1 de enero de 2016 por el término de un año, el cual se prorrogó para los años 2017 y 2018; iii) el 29 de diciembre de 2018, el cual tendría vigencia entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2019, y que se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2020. Indicó que en estos contratos, su remuneración estuvo conformada por dos conceptos: un salario básico mensual y una prima especial, última que era pagada de manera mensual, que nunca fue pactada como un componente *extrasalarial*, y que no fue tomada en cuenta para el pago de sus prestaciones sociales y aportes a seguridad social en salud y pensión; además, que a la finalización de estos contratos no recibió la liquidación de sus acreencias. Indica que durante la ejecución de los distintos contratos la demandada solicitaba su disponibilidad para la *prestación de servicios de línea de mantenimiento*, lo cual implicó trabajo de horas extras diurnas y nocturnas que no fueron remuneradas por su empleador. Sostiene que el reclamó ante el Ministerio de Defensa – Ejército Nacional el pago de los conceptos que aquí reclama, pero su petición no fue resuelta por la demandada (ver demanda folios 1 a 22, archivo 01, primera instancia).

Notificada la demanda a LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA- EJÉRCITO NACIONAL y corrido el traslado legal, la contestó a través de apoderada judicial. Aceptó los hechos relativos a la suscripción de los contratos de trabajo y sus prórrogas, con excepción de aquella enunciada por

el actor para el año 2019, pues según la entidad, en ese año también se firmó un contrato de trabajo. Negó que la prima especial fuera constitutiva de salario y que no hubiera pagado la liquidación final de prestaciones al término de cada vínculo. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que entre las partes no existió una única relación laboral, sino varios contratos a término fijo que se ejecutaron dentro de sus plazos; además, porque como la prima especial no era constitutiva de salario, no había lugar al pago de prestaciones sociales y aportes al sistema de seguridad social sobre esta, sumado a que no se probaron las horas extras que el actor dice haber laborado. En ese sentido, asegura que pagó las acreencias conforme a lo estipulado en el pacto de voluntades. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *omisión de agotamiento de la reclamación administrativa e inexistencia de la obligación frente a la Nación- Ministerio de Defensa* (ver contestación folios 1 a 16, archivo 03, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 1 de agosto de 2023, mediante la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá declaró que entre el demandante y la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA – EJÉRCITO NACIONAL existió un contrato de trabajo del 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2020 *a través de 3 contratos de trabajo*, lapso durante el cual se desempeñó en el cargo de *técnico especialista en estructuras metálicas de aviación, como trabajador oficial*, y devengó como salario: para el 2015 \$3.540.067, del 2016 a 2018 \$3.500.000, y para 2019 y 2020 \$3.822744, y condenó a la demandada al pago de las diferencias por concepto de cesantías, intereses a las cesantías y aportes a seguridad social, así como de la sanción moratoria prevista en la Ley 797 de 1949.

Para tomar la decisión verificó, de la prueba documental, que se ejecutó una sola relación *mediante tres contratos de trabajo a término fijo*. Encontró que conforme lo pactado en el contrato de trabajo la prima especial era factor salarial y se pagaba todos los meses, por lo que debió incluirse en la base para liquidar las prestaciones causadas a favor del trabajador. Con base en ello ordenó la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías y el pago de diferencias en lo cotizado a la seguridad social, teniendo en cuenta dicho emolumento. Condenó al pago de la sanción moratoria pues considera

que el actuar de la demandada no estuvo revestido de buena fe, y negó el pago de las horas extras por no hallar prueba de su causación.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor JOSÉ MANUEL LEÓN FERNÁNDEZ y la entidad demandada la NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL EJERCITO NACIONAL existió una relación laboral sin solución de continuidad por el periodo comprendido entre el primero de enero del 2015 hasta el 31 de diciembre del 2020 con tres contratos a término fijo de un año alguno de ellos prorrogados así a) del primero enero al 31 de diciembre del año 2015, el segundo del primero de enero del 2016 al 30 de diciembre del 2018, y el tercero del primero de enero del 2019 al 31 de diciembre del año 2020, que desempeñó el cargo técnico especialista en estructuras metálicas de Aviación como trabajador oficial y que el salario mensualmente devengado fue la suma de \$3.540.697, para el año 2015 \$3.500.000, para los años 2016 a 2018 y de \$3.822.644 para los años 2019 a 2020, conforme a las consideraciones de la parte motivada de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR que la prima especial devengada mensualmente por el señor José Manuel León Fernández es factor salarial y por tanto condenar a la demandada a la NACIÓN -MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – EJÉRCITO NACIONAL a reconocer y pagar a favor del demandante los siguientes valores: a) reliquidación del auxilio de cesantías de todo el tiempo de servicios año 2015 a 2020 la suma de \$10.064.135, b) intereses de las cesantías \$1.207.696,20. TERCERO: CONDENAR a la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL a reconocer a favor y a pagar a favor del señor JOSÉ MANUEL LEÓN FERNÁNDEZ la reliquidación de aportes a la seguridad social en pensiones por el periodo comprendido entre el 1º de enero del 2015 al 31 de diciembre del 2020 al fondo que tenga o elija el demandante el cual debe efectuar el respectivo cálculo teniendo como ingreso base de cotización los salarios realmente devengados registrados en cada uno de los contratos así año 2015 \$3.540.697 mensuales, año 2016 a 2018 \$3.500.00 mensuales y año 2019 a 2020 \$3.822.754 también mensuales. CUARTO: CONDENAR a la parte demandada la NACIÓN - MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL a reconocer y a pagar a favor del señor JOSÉ MANUEL LEÓN FERNÁNDEZ la suma diaria de \$127.425 a partir del 1o de abril del 2021*

hasta cuando se verifique el pago de las prestaciones del actor o demandante por concepto de la indemnización moratoria prevista en el artículo primero de la Ley 797 de 1949. QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por demandante señor JOSÉ MANUEL LEÓN FERNÁNDEZ, conforme lo expuesto. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada. Inclúyase en la liquidación la suma de 3 SMLV valor en que se estiman las agencias en derecho” (Audiencia virtual, archivo 11, récord 49:19).

Por solicitud de la parte demandante, el Juzgado modificó el numeral tercero, el cual quedó en los siguientes términos: “CONDENAR a la NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA - EJÉRCITO NACIONAL a reconocer a favor del señor JOSÉ MANUEL LEÓN la reliquidación de aportes a la seguridad social en pensiones ante el fondo que tenga al cual debe efectuar el respectivo cálculo por petición del demandante y o demandado” (ibídem récord 53:59).

CONSULTA

Como la sentencia fue desfavorable a la entidad demandada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (artículo 69 del CPT y SS), que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que JOSÉ MANUEL LEÓN FERNÁNDEZ laboró para LA NACIÓN MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL- EJERCITO NACIONAL de manera continua e ininterrumpida del 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2020, entidad con la que suscribió varios contratos de trabajo a término fijo, en desarrollo de los cuales desempeñó funciones como *TÉCNICO ESPECIALISTA EN ESTRUCTURAS METÁLICAS EN AVIACIÓN*. Estos hechos, además de que fueron de esta forma definidos en la sentencia de primera instancia sin objeción alguna del demandante, se corroboran con la copia de los contratos de trabajo que militan a folios 28 a 31, 32 a 47, 48 a 63, del archivo 01 y 25 a 40, 41 a 51, 52 a 67, 68 a 83, 84 a 99 y 106 a 109 del archivo 03, primera instancia.

La controversia que debe resolver el Tribunal, entonces, se circunscribe a determinar (i) si los pagos realizados al demandante bajo el rubro “*prima especial*” eran salario o no; y en dado caso, (ii) si la demandada adeuda algún valor a la demandante por reliquidación de prestaciones sociales y aportes a seguridad social en pensiones, y/o si procede la condena impuesta como indemnización moratoria.

i) PRIMA ESPECIAL COMO FACTOR SALARIAL. Para resolver esta materia nuestro ordenamiento jurídico asigna naturaleza salarial todos los pagos que recibe el trabajador de su empleador para retribuir *directamente* el servicio (por oposición a los pagos que se hacen por mera liberalidad y las prestaciones sociales), cuando dichos pagos *ingresan a su patrimonio periódicamente* (por oposición a pagos esporádicos o a las sumas de dinero que recibe el trabajador no para su propio beneficio sino para facilitar la prestación del servicio como los gastos de representación y los viáticos en la parte destinada a transporte y alojamiento).

Por ello y al margen de las estipulaciones que hagan las partes en el contrato de trabajo, siempre que un pago recibido por el trabajador tenga estas características, será salario, y su valor se debe incluir en la base de liquidación de las prestaciones sociales, sin que importe que se haya pactado en el contrato con un nombre diferente o se lo haya excluido de la base salarial pues la Constitución Política dispone la *irrenunciabilidad* de los beneficios mínimos que consagra la Ley, y la invalidez de la transacción sobre derechos ciertos e indiscutibles del trabajador.

La Corte Constitucional en la sentencia C-710 de 1996 impartió en esta materia una interpretación auténtica de la Ley, que tiene por ello efectos de cosa juzgada Constitucional y es de forzosa aplicación para todos los jueces. Dice la sentencia: “*La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de*

que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”. Más adelante en la misma sentencia y al señalar que el artículo 128 del CST permite definir pagos que no constituyan salario, advierte la Corte: “Sin que ello implique que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”.

Con este fundamento normativo y revisado el expediente el Tribunal confirmará la decisión apelada en cuanto dispuso la reliquidación de los derechos del demandante incluyendo la sumas recibidas anualmente por el demandante a título de *prima especial*, pues las pruebas aportadas demuestran que dichos pagos tenían como causa directa la prestación del servicio (así quedó estipulado en las cláusulas cuarta y quinta de los contratos de trabajo, respectivamente), se pagaban en forma periódica (hecho cuya prueba se obtiene de lo confesado por la demandada y de los comprobantes bancarios), y constituían un ingreso personal para el trabajador.

ii) RELIQUIDACIÓN PRESTACIONES: Teniendo en cuenta que la prima especial es factor salarial, corresponde a la demandada pagar por concepto de diferencia de cesantías la suma de \$10.064.135 y por diferencias de intereses a las cesantías \$1.207.696, como se definió en la sentencia de primera instancia, por lo que se confirmará también en este aspecto.

OPERACIONES ARITMÉTICAS:

Año	Valor Prima	Días laborados	Diferencia Cesantías	Diferencia % a las cesantías
2015	\$ 618.000	360	\$ 618.000	\$ 74.160
2016	\$ 1.889.227	360	\$ 1.889.227	\$ 226.707
2017	\$ 1.889.227	360	\$ 1.889.227	\$ 226.707
2018	\$ 1.889.227	360	\$ 1.889.227	\$ 226.707
2019	\$ 1.889.227	360	\$ 1.889.227	\$ 226.707
2020	\$ 1.889.227	360	\$ 1.889.227	\$ 226.707
TOTAL			\$ 10.064.135	\$ 1.207.696

iii) RELIQUIDACIÓN APORTES SEGURIDAD SOCIAL – PENSIONES. Para resolver esta parte de la controversia, la Sala se remite al contenido del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, norma que dispone la obligación de hacer los pagos *“durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (...) a los regímenes del sistema general de pensiones, por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas, con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen”*.

Cuando se incumple la obligación de pagar los aportes de un trabajador que afiliado las normas disponen a cargo del empleador el pago del aporte deficitario junto con el interés moratorio *“igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios”* (artículo 23 de la Ley 100 de 1993).

Así las cosas, procedía la condena al pago de la reliquidación de los aportes, según lo probado en este expediente, para lo cual se debe tener en cuenta el interregno señalado, y los mayores valores salariales definidos en la sentencia.

iv) SANCIÓN MORATORIA. Finalmente, se revocará la decisión que dispuso el pago de sanción moratoria, pues la Jurisprudencia de la Corte Suprema entiende buena fe del empleador cuando niega un pago con razones jurídicas atendibles o -en palabras de la Sala Laboral- con razones jurídicas *plausibles*.

Dice la Corte, *“la sanción moratoria prevista en el artículo 1 del Decreto 797 de 1949 no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe”*¹.

¹ CSJ SL4076-2017” *También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, sino que solo basta con que ellas tengan fundamento en unos*

Con este supuesto normativo se advierte que los pagos ordenados en primera instancia tienen fundamento en la invalidez de la cláusula de los contratos suscritos que otorgaban al beneficio recibido el carácter de una prima y no de salario. Sobre esta materia (la exclusión salarial o *desalarización* de pagos) ha existido una controversia razonable en la jurisprudencia nacional desde el año 1990, al punto que la Sala Laboral de la Corte Suprema ha estimado la validez de dichas exclusiones para la liquidación de prestaciones sociales en el pasado. Ello permite concluir que la demandada no obró con mala fe, sino amparada en una interpretación razonable y posible, aunque equivocada, del ordenamiento jurídico, lo que excluye la condena reclamada en el recurso.

Además, a lo largo de la relación laboral se demostraron cumplidas las demás obligaciones laborales surgidas y pagadas todas las acreencias laborales que la entidad demandada estimó adeudar, incluso algunas que se encuentran definidas en el régimen de los *empleados públicos*, como la *prima especial*.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral CUARTO la sentencia de primera instancia.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
3. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

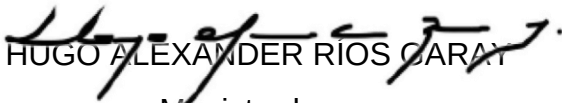
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

argumentos sólidos y factibles, que den un grado de certeza tal que permita llevar a la

Exp. 20 2022 00534 01
José Manuel León Fernández contra Nación – Ministerio de Defensa- Ejercito Nacional.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS CARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 21 2022 00167 01
Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ITAMAR ERAZO CAICEDO CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR, COLFONDOS y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2023 por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ITAMAR ERAZO CAICEDO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de PORVENIR, por el incumplimiento del deber de información. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR trasladar los aportes, rendimientos, utilidades, ahorros, bonificaciones, intereses, bonos pensionales, y cualquier otra que exista o se pueda generar a favor del demandante, y se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, de igual manera se condene a las demandadas al reconocimiento de perjuicios morales (ver demanda folios 04 a 26 archivo 01,

EXP. 21 2022 00167 01
Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

y subsanación folios 08 a 30 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. Afirma que al expediente no se aporta prueba que acredite que al demandante se le hubiese hecho incurrir en algún error por falta al deber de información por parte de la AFP o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Tampoco alguna nota de protesto que permita inferir con *probabilidad de certeza* que se encontraba inconforme con el régimen al que estaba afiliado. Por el contrario, las pruebas documentales dan cuenta de que la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, *sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas*. Advierte que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no es procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: *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, y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 32 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen pensional y el posterior traslado horizontal que efectuó el demandante son válidos como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, aduce la existencia de un error de derecho que no genera nulidad, y que se no aporta prueba de que el acto de traslado se realizara bajo algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que el demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales, pero no lo hizo. Propuso en su defensa, la excepción previa de *no comprender la demanda a todos los litisconsorcios*

EXP. 21 2022 00167 01
Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

necesarios, y las 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 (ver contestación folios 02 a 31 archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En audiencia realizada el 02 de mayo de 2023, la *a quo* al resolver las excepciones previas dispuso vincular como litisconsortes necesarios por pasiva a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ING – COLMENA hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. (archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia)

COLFONDOS S.A. se opuso a todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente vinculado al RAIS acto que se realizó con el lleno de los requisitos legales, de manera libre y voluntaria, en el cual la demandante resolvió afiliarse al RAIS y someterse a todas las características y exigencias del régimen, en ejercicio de la libertad de selección. Formuló como excepciones de mérito *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, prescripción, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación pen la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligaciones administrado por COLFONDOS S.A., inexistencia de perjuicios, prescripción de la acción para solicitar la indemnización de perjuicios por nulidad del traslado y la inexistencia de prueba de perjuicios (ver contestación folios 3 a 18, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

PROTECCIÓN S.A. se opuso igualmente a las pretensiones, en especial, a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó la demandante a ese fondo, en razón a que se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo conforme al formulario de vinculación que en forma libre y espontánea suscribió y con el que se solemnizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato y que generó derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Asegura que el acto jurídico cumplió todos los requisitos de existencia y validez, y produce todos los efectos jurídicos. Estima improcedente para la demandante soportar la ineficacia en sus expectativas económicas respecto del valor de su mesada pensional por vejez, pues la

EXP. 21 2022 00167 01
Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

forma como se liquida la pensión en ese régimen está prevista en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Señala que no es procedencia de la condena en perjuicios al no acreditarse en este asunto el daño del cual se pueda derivar esa condena. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones* (ver contestación folios 3 a 26 del archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado, COLFONDOS SA llamó en garantía a ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA (Archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 28 de julio de 2023 (archivo 23, del expediente digital, trámite de primera instancia).

Enterada de la demanda, la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA SA la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones en cuanto afecten a esa entidad. Afirma que el demandante se afilió de manera voluntaria al RAIS y un error de derecho no vicia el consentimiento, además el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado, y COLFONDOS ha obrado de buena fe. Propuso como excepciones: *las excepciones formuladas por la entidad que efectuó el llamamiento en garantía a mi procurada, afiliación libre y espontánea del señor ITAMAR ERAZO CAICEDO al régimen de ahorro individual con solidaridad, error de derecho no vicia el consentimiento, prohibición del traslado del régimen de ahorro individual con solidaridad al régimen de prima media con prestación definida, el traslado entre administradoras del RAIS denota la voluntad del afiliado de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad y consigo, se configura un acto de relacionamiento que presupone el conocimiento del funcionamiento de dicho régimen, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o*

ineficacia de traslado por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción, buena fe y la genérica o innominada. Frente al llamamiento, afirma que es improcedente, pues el objeto de la póliza fue amparar sumas adicionales para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, dentro de la vigencia de la póliza, esto es, del 02/05/1994 al 31/12/2000, por lo que no existe ninguna obligación de restituir la prima de conformidad con el artículo 1070 del Código de Comercio. Dice que la prima fue debidamente devengada de manera sucesiva tal como lo acordaron las partes, quienes gozaron de autonomía plena para acordar la forma de pago. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *inexistencia de obligación de restitución de la prima del seguro previsional al estar debidamente devengada en razón del riesgo asumido, inexistencia de obligación a cargo de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. por cuanto la prima debe pagarse con los recursos propios de la AFP cuando se declara la ineffectividad de traslado, la ineffectividad del acto de traslado no conlleva la invalidez del contrato de seguro previsional, la eventual declaratoria de ineffectividad de traslado no puede afectar a terceros de buena fe, falta de cobertura material de la póliza de seguro previsional No. 0209000001, prescripción extraordinaria de la acción derivada del seguro, aplicación de las condiciones del seguro y cobro de lo no debido* (ver contestación archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de noviembre de 2023 mediante la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineffectividad del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineffectividad del traslado de régimen pensional efectuado por el señor ITAMAR ERAZO CAICEDO al régimen de ahorro individual el 9 de MARZO de 1998, con fecha de efectividad el 1 de mayo de*

EXP. 21 2022 00167 01

Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

la misma anualidad, por intermedio de COLFONDOS S.A., quedando por la ineficacia también los traslados realizados con posterioridad a COLMENA e ING HOY PROTECCIÓN y a PORVENIR S.A., en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. y a PROTECCIÓN S.A. antes COLMENA e ING, a trasladar a COLPENSIONES, dentro del término de un 1 mes siguiente a la ejecutoria de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontaron de los aportes realizados por el señor ITAMAR ERAZO CAICEDO, por motivo de gastos y comisión de administración, aporte de la garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado, debidamente indexados, desde el nacimiento del acto ineficaz y/o la afiliación A cada uno de los fondos durante el tiempo de permanencia del demandante con cada una de los mismos, con cargo a sus propios recursos y utilidades. TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. ultimo fondo al que se encuentra actualmente afiliado el demandante a trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por traslado horizontal de fondo de este, tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el traslado horizontal y hasta que se efectúe su pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor ITAMAR ERAZO CAICEDO, Para ello se le concede el término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historial laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, así como la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. frente a la demanda principal, conforme a lo motivado. SEXTO: DECLARAR PROBADA la excepción propuesta por ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. relacionada en la parte motiva frente al llamamiento en garantía, denominada inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de traslado por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe.

EXP. 21 2022 00167 01
Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la llamada en garantía ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A. de acuerdo a lo manifestado en la parte motiva de esta providencia. OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a las demandadas y a favor del demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de COLFONDOS S.A. y la suma de \$150.000 a cargo de COLPENSIONES, PROTECCIÓN y PORVENIR, para cada una de ellas. NOVENO: CONDENAR EN COSTAS de esta instancia a cargo de COLFONDOS, a favor de ALLIANZ SEGUROS DE VIDA S.A., en virtud del llamamiento en garantía efectuado. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$250.000. DÉCIMO: CONSULTAR esta decisión con la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior del Distrito de Bogotá Distrito Capital en favor de los intereses de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada oportunamente.” (Audiencia virtual, récord 1:11:38, archivo 41 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES solicita se revoque la sentencia. Afirma que la afiliación del demandante se llevó a cabo de manera libre, voluntaria y con las solemnidades legales. Señala que para la fecha del traslado el único requisito era el formulario de afiliación, el que se encuentra satisfecho. Dice que el demandante ante la imposibilidad del traslado y al no encontrarse de acuerdo con la mesada pensional encontró en esta clase de acciones el camino para un aprovechamiento indebido del sistema. Solicita, en caso de confirmarse la sentencia, que se condicione su cumplimiento al traslado de los dineros ordenados. Solicita no se le imponga condena en costas, por tratarse de un tercero de buena fe¹ (Audiencia virtual, récord 1:15:36, archivo 41 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Gracias señoría siendo esta la oportunidad procesal pertinente de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el honorable tribunal laboral de Bogotá para que revoque lo concerniente a la sentencia acabada de proferir que declara la ineficacia del traslado y tiene como afiliación válida la del régimen de prima media administrado hoy por Colpensiones, se ordena a Colpensiones a actualizar la historia laboral , activar la afiliación de demandante y la condena en costas es de tener en cuenta que el traslado que realiza el demandante se llevó a cabo de manera libre voluntaria sin presión y en cumplimiento de las solemnidades legales respecto a la carga de la prueba y al deber de información en este caso particular la más afecta es Colpensiones esto ateniéndose a la sostenibilidad financiera más que la afiliación se dio para el año 1998 queriendo decir esto que han transcurrido aproximadamente más de dos décadas a la fecha configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon el traslado fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo aunque la corte suprema utiliza como aplicación del deber de información del decreto 663 de 1993 se debe tener en cuenta que este solo se materializó a través de la ley 1748 del

EXP. 21 2022 00167 01

Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

En el recurso de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia. Afirma que el antecedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas que considera no se da en este caso. Dice que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, con el cumplimiento de los requisitos previstos para la época del traslado. Señala que las condiciones, características, ventajas y desventajas de las AFP se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993, lo que puedo el demandante validar en cualquier momento. En su calidad de consumidor financiero debía actuar con la debida diligencia y obtener información suficiente relacionada con el acto jurídico. En relación con los rendimientos, dice que no tiene sentido que ante la declaratoria de la ineficacia se ordene su traslado a COLPENSIONES, contrario a ello, en virtud de las restituciones mutuas, al trasladar los frutos se deben reconocer los gastos en que se incurrieron para generar los mismos. Señala que no hay razón de orden jurídico para ordenar el traslado de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, y los fondos de garantía de pensión mínima, pues son de orden legal y cumplieron con su finalidad. Solicita que se revoque la orden de indexación, como quiera que esta se compensa con los rendimientos, tal como lo han expuesto otros Tribunales, como el de Medellín, Cali y

2014 y el decreto 2071 del 2015, pues para la data en la que se traslada el demandante solamente se tenía en cuenta era el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario y informado en cuanto a las leyes que surgieron en el año de 1993 y 2014 pues no exigía nada diferente al formulario de afiliación donde contaba con la intención de pertenecer al rais siendo pues aquí el caso de la parte actora el cual suscribe el formulario y realiza el respectivo traslado para el año 1998 con Colfondos igualmente alega falta de información se produce un adverso cierto como lo es perder el régimen de transición o si bien se trata de una situación donde el afiliado una vez no puede trasladarse de régimen y como de acuerdo a la mesada pensional como es el caso del señor demandante encuentra en esta clase de acciones la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido al buscar ignorar las normas que regulan de forma clara los términos y oportunidades que debe surtir en la de regímenes siendo claro que en este último escenario nuestro objetivo ni el alcance de la corte suprema de justicia por ultimo y en caso de no acogerse a los argumentos expuestos por mi representada y en consecuencia la providencia objeto de alzada solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo a la devolución de la totalidad de las sumas que obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante como son rendimientos, cuotas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales, porcentajes al pago de seguros previsionales y gastos de administración y a los demás a los que hubo lugar por el tiempo que permaneció afiliado el demandante al rais debidamente indexado toda vez que mi representada no podrá dar cumplimiento hasta tanto pues las afps no reintegren los recursos en igual sentido solicito a los honorables magistrado no se condene en costas a mi representada toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz o nulo y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones en ese sentido dejo sustentado mi recurso de alzada solicitándole a los honorables magistrados se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las órdenes y condenas impartidas en su contra gracias.”

EXP. 21 2022 00167 01

Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

Cundinamarca² (Audiencia virtual, récord 46:57, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² “Gracias su señoría respetuosamente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia pidiendo al honorable tribunal superior de la sala laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de la afiliación del demandante al rais así como las condenas interpuestas en contra de mi representada conforme a las siguientes consideraciones en primer lugar que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable corte suprema de justicia también esta corporación nos indica que el mismo no se puede aplicar de una manera homogénea en todos los procesos en donde se solicite la nulidad o ineficacia de la afiliación por el incumpliendo del deber de información en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas en cada uno de los casos situación que para mi representada no se dio en el presente asunto pues el demandante realizo válidamente su traslados de régimen pensional de una forma voluntaria libre y sin presiones informada y todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado igualmente el traslado realizado ante mi representada en el año 2006 debe aclararse que no se pedía la información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de instancia ahora bien con la independencia de la información que se le entrego al momento de los varios traslados que realizo las condiciones, características ventajas y desventajas del régimen se encuentran establecidas en la ley 100 de 1993 por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por parte de todas las afp teniendo en cuenta que por otra parte de Colfondos se dio el traslado inicial por más de una hora sin embargo en el interrogatorio de parte el único argumento del demandante fue decir que no se acordaba pero no tiene sentido que en una reunión de una hora únicamente se le mencione que el seguro social para esa fecha entraría en quiebra de igual manera y como todo consumidor financiero el demandante con mediana diligencia debió por lo menos obtener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba celebrando con mayor razón con los datos relevantes que le permitieran precisar las consecuencias de esta decisión estaban claramente determinadas en las normas legales de común conocimiento con relación a los rendimientos debe señalarse que al ser declarada la ineficacia del traslado el efecto natural de esto implica que los recursos como rendimientos deberán corresponder con los que hubiera generado la reserva del seguro social hoy Colpensiones y no a los que se han venido generando en el régimen de ahorro individual pues no tiene sentido el traslado de rais que no surtió un efecto legal se obligue a a trasladar los rendimientos propios de este régimen en caso contrario por efecto de las restituciones mutuas al trasladar los frutos del traslado de régimen donde se prevé que nunca éxito la afiliación como consecuencia los gastos que se incurrieron para poder administrar el pago de estos aportes gastos que se sintetizan en las comisiones de administración las primas de seguros previsionales ambos rubros fueron gastos de acuerdo al cumplimiento de una obligación legal y que cumplieron digamos que toda su finalidad ya q en el caso de los seguros previsionales ya que al día de hoy se le está prestando plena cobertura de los rubros anteriormente mencionados adicionalmente no hay ninguna razón de orden jurídico para que se ordene la remisión a Colpensiones de las sumas aportadas con destino a los fondos de garantía de pensión mínima y que estos se hagan a cargo de los propio recursos de las administradora demandada pues no tiene sentido que permanezcan en el fondo cuyo propósito ya no beneficiaria al afiliado y si ello es así pues no se encuentra una razón que justifique que estas sumas no estén en poder de la administradora y sean remitidas con cargo a los propios recursos de esta ello equivaldría a una sanción injustificada sin ninguna correlación con los efectos jurídicos de una ineficacia ni mucho menos con restituciones que con ello puedan entregar en efecto como lo ha entendido la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado en la consulta del 3 de agosto del 2022 pues se examinaron algunas decisiones y se determinó que lo relevante es cerciorarse que en el régimen pensional en donde se encuentra el cotizante estén también sus aportes previsionales y en consecuencia a un cambio de régimen podra cubrirse con los aportes sin salvedad y excepción alguna finalmente les solicitamos a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objetos de las condenas interpuestas a mi representada en la medida de que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos que se encontraban en la cuenta individual del demandante dicho as pues bien lo ha venido señalando los tribunales superiores de distrito de CUNDINAMARCA, MEDELLÍN y de CALI en sentencia tales como la 01 82 01 94 73 en la cual se ordenó que no era viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los recursos financieros se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda y pues en el caso particular evidenciamos que el 71% de los valores que se encuentran como aportes se han generado gracias a las inversiones juiciosas de la afp es por todo lo anterior su señoría dejo presentado mi recurso muchas gracias.”.

EXP. 21 2022 00167 01
Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

En el recurso de COLFONDOS S.A. pide que se le absuelva de las pretensiones de la demanda. Afirma que la asesoría que se brindó al demandante al momento del traslado de régimen lo fue con apego a la normatividad vigente para la época, sin que se le pueda imponer al fondo obligaciones adicionales. Recuerda las obligaciones de los consumidores financieros, por ello la permanencia en el RAIS ratifica la voluntad del afiliado. Señala que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, por ello el afiliado debe asumir las consecuencias del traslado. Considera que si se declara nula afiliación no hay lugar a devolver los gastos de administración, comisiones primas de seguros previsionales y los descontado con destino al fondo de garantía de pensión mínima³ (Audencia virtual, récord 46:57, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

³ *“Muchas gracias su señoría en nombre y representación de Colfondos me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir su despacho porque nos encontramos jurídicamente inconforme con ella nuestro fundamento jurídico y el sustento que sirve para este recurso es que nos están condenando porque no tenemos prueba de como asesoramos a el demandante hace más de 20 años y para el aquel entonces como ahora también lo es esas asesorías son de manera verbal lo que consecuentemente nos lleva a probar que la única forma de probar una asesoría fuera de manera verbal era una grabación y Colfondos para esa época más de 20 años no contaba con esa tecnología para grabar todas y cada una de las asesorías que les brindábamos a nuestros potenciales afiliados además esa exigencia legal no surge si no a partir de la ley 1748 de 2014 decreto 2071 de 2015 y la circular externa 16 de 2016 de la superintendencia financiera que quiere decir esto señores magistrados que al momento en que se produjo la afiliación es decir el año de 1998 no estaban los fondos de pensiones obligados a guardar un soporte a manera de grabación de la información que le brindábamos a nuestros futuros afiliados así las cosas el análisis de la información suministrada por Colfondos y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación pues deben ser valoradas con la normatividad aplicable a la fecha del formulario de afiliación es decir cuando se materializa el traslado cuando suscribe el demandante el formulario de afiliación con Colfondos porque es necesario que esto se aplique porque no es válido ni jurídicamente razonable imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos al momento del traslado de régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de eficacia legítima y también contraría el principio o el derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la constitución política este establece que se aplicara a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas también estipula que nadie podrá ser juzgado si no conforme a las leyes preexistentes al acto jurídico que se le imputa teniendo en cuenta lo anterior y todas las aseveraciones en cuanto a los fallos decididos por la corte que sirvieron de base para que la señora juez sustentara la sentencia que acaba de proferir condenando a Colfondos y tenemos frente a eso el siguiente pronunciamiento la corte suprema de justicia y los fallos que han proferido con relación a este tema hacen que la interpretación del artículo 16 04 del código civil que sustenta la misma corte recaiga la responsabilidad en cabeza de los fondos y que convierta en una responsabilidad de carácter objetivo toda vez que no exige al demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de algún vicio o dolo al momento de afiliarse al rais pero si obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en el fondo sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza de la parte demandante en ese sentido vale la pena también citar el decreto 2241 del 2010 que establece el régimen de protección al consumidor financiero y este determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al sistema general de pensiones y establece que existen deberes mínimos en cabeza de los afiliados dentro de los cuales se destaca que el silencio en el transcurso del tiempo se tendrá como una decisión consciente de permanecer al régimen seleccionado y estamos hablando de un silencio por mas de veinte años de tal manera que el decreto 2241 que acabo de mencionar debe ser tenido en cuenta al momento que los honorables magistrados estudien el fallo que se acaba de proferir y el recurso que estoy interponiendo para su pronunciamiento respectivo y por eso se lo solicitamos de manera muy respetuosa aunado a lo precedido el artículo noveno del código civil hace referencia a que la ignorancia de la ley no sirve de excusa por su parte corte suprema de justicia en sentencia c-093 del 2006 señalo que el error de derecho no da lugar a*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que*

declaración de nulidad del negocio jurídico y por lo tanto la parte de este que lo asumió debe asumir todas las consecuencias de su celebración tal y como lo establece el artículo 1495 del código civil se preguntaran porque me remito tanto al código civil y es porque claramente se trata de condiciones contractuales que fueron realizadas por el demandante y tambien de la misma manera fueron adquiridas por parte de Colpensiones al momento de materializar y formular el documento de afiliación ahora nos llama la atención que reiteradamente los jueces en primera instancia vienen fallando y argumentado que la afiliación nunca surtió efecto jurídico y que por lo tanto se declara nula y que le retorno al régimen de prima media nuestra pregunta es si la afiliación nunca surtió efectos jurídicos porque entonces nos condenan a que tengamos que devolver los gastos de administración, comisiones las primas de seguros previsionales, porcentajes de invalidez y sobrevivencia y además el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo que estuvo afiliado en el régimen de ahorro individual en otras palabras si nunca estuvo afiliado al régimen de ahorro individual entonces nunca obtuvo rendimientos nunca causo el derecho a recibir el porcentaje correspondientes a gastos de administración, comisiones primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia como tampoco el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima es de anotar que el ordenamiento de pensión mínima se caracteriza por ser indecidible lo que implica que un criterio jurídico o la aplicación de la norma no es algo que pueda fragmentarse por lo que no se puede pretender que nunca estuvo afiliado a Colfondos para el retorno a Colpensiones pero si estuvo afiliado para el efecto del pago de las sumas de dinero que hemos mencionado en este sentido doy por sustentado mi recurso de apelación y solicito de manera respetuosa al honorable tribunal del distrito judicial de Bogotá que al momento de proferir la sentencia de segunda instancia absuelva a Colfondos de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y en consecuencia también se condene en costas a la parte demandante su señoría es todo muchas gracias.”.

no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 34⁴ años de edad y había cotizado 398.9⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 6 años, 6 meses y 3 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 58 años de edad - ver folios 69 del archivo 09 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

⁴ Nació el 24 de enero de 1964, folio 69 archivo 09

⁵ Ver historia laboral de Oficina de Bonos Pensionales folio 81 a 85 archivo 07

⁶ Ibidem

EXP. 21 2022 00167 01
 Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{7, 8}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces,*

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁸ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 21 2022 00167 01
Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues COLFONDOS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que en la empresa donde trabajaba les hicieron una reunión masiva y un asesor les dijo que el gobierno no podía cumplir con todas las pensiones otorgadas, y nada le explicaron sobre lo que

EXP. 21 2022 00167 01
Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

iban a recibir en uno y otro régimen (Audiencia virtual del 21 de noviembre de 2023).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo bonos pensionales, rendimientos los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima, gastos de administración, comisiones y las primas de seguro previsional debidamente indexados, a cargo de esta y de COLFONDOS SA y PROTECCIÓN SA. Así lo definió la Sala Laboral de la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo

EXP. 21 2022 00167 01
Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

20 de la Ley 100 de 1993⁹), los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Igualmente se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación folios 3 a 32 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLFONDOS.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas

⁹ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 21 2022 00167 01

Itamar Erazo Caicedo contra Colpensiones y otros.

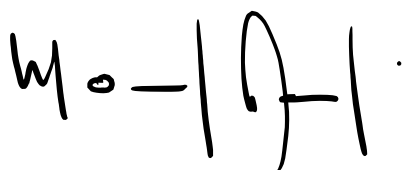
para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

2. CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

3. COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLFONDOS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

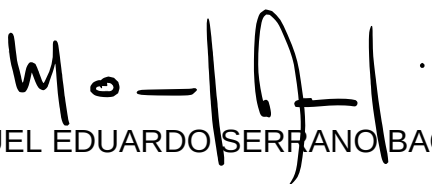
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA CECILIA CEDIEL MUÑOZ CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2023 por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARTHA CECILIA CEDIEL MUÑOZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su afiliación al régimen de régimen de ahorro individual y se ordene a PORVENIR devolver a COLPENSIONES los aportes cotizados en el RAIS, y se entienda para todos los efectos que siempre permaneció en el régimen de prima media (ver demanda folios 02 a 23 archivo 01 y su subsanación folios 07 a 28 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993, siendo imposible tenerla como afiliada del RMP. Indica que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria cuando no estaba inmersa en alguna causal de prohibición, y que la suscripción denota la aceptación de las características del RAIS. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *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 y la innominada o genérica* (ver contestación folios 02 a 40, archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Mediante auto fecha 12 de julio de 2023, se dispuso tener por o contestada la demanda por parte de la demandada PORVENIR S.A. (archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de noviembre de 2023 mediante la cual la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARTHA CECILIA CEDIEL MUÑO, al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido el 01 de octubre del 2003. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre ha permanecido en el régimen de prima media con prestación definida. SEGUNDO: SE ORDENA a PORVENIR S.A., fondo en el que se encuentran los dineros de la demandante, que traslade a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, así mismo el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y se le condenará a la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, debidamente indexados a la fecha de entrega a COLPENSIONES. TERCERO: SE DECLARA que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le llegarán a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal efecto. CUARTO: SE ORDENA a COLPENSIONES, a que reciba los dineros provenientes de PORVENIR S.A. y efectúe los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, de conformidad con la parte motiva de esta. SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES en favor de la parte actora. Se fijan como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de cada una de ellas. SÉPTIMO: CONSÚLTESE la presente decisión en favor de COLPENSIONES ante el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral en los términos del artículo 69 del código de procedimiento del trabajo y la seguridad social.”* (Audiencia virtual, récord 49:47, archivo 41 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., solicita tener en cuenta el concepto del 17 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera que indicó que en los

casos en los que proceda la ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado. Pide que se revoque la orden de devolver los gastos de administración y primas de seguros provisionales por tratarse de recursos que tienen origen legal, cuentan con una destinación específica, han cumplido con su finalidad, y no financian la prestación. Asegura que el reconocimiento de la indexación es incompatible o excluyente con los rendimientos generados en la cuenta que se devuelven, pues superan la eventual pérdida del poder adquisitivo, lo que además sería una doble sanción en contra del fondo¹ (Audiencia virtual, récord 51:56, archivo 41 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “gracias señoría encontrándome dentro de la oportunidad procesal pertinente interpongo el recurso de apelación en contra del despacho para que sea estudiado respeto por los honorables magistrados del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá recurso que se interpone de forma parcial frente a los dineros que se ordenó retornar y la indexación de los mismos y el cual sustento en los siguientes términos solicitándole en primera medida a los honorables magistrados tener en cuenta el concepto del 17 de enero de 2020 emitido por la superintendencia financiera en el que se indicó que en los casos en los que procedan la nulidad o la ineficacia del traslado pues las únicas sumas a retornar serían los aportes y los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del afiliado sin que proceda la devolución de primas de seguro provisional ni los gastos de administración igualmente se debe tener en cuenta lo dispuesto por el literal b del artículo 113 de la ley 100, que establece cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen frente a los gastos de administración pues primero cabe señalar que es un descuento que se realiza en virtud de una disposición legal que además es un monto que también se le hubiese descontado al aquí demandante en caso de haber permanecido en el régimen de prima media y que pues no está destinado a financiar la prestación del afiliado por ende pues no le pertenece a él sino al fondo privado como contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el monto de la cuenta de ahorro individual máxime pues si se tiene en cuenta que de las pruebas que se aportaron con la contestación de la demanda se observa la distribución del saldo actual de la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante en la que se observa que pues gracias a la debida diligencia y la buena administración que tuvo mi representada pues con el dinero que la afiliada cotizó en su cuenta de ahorro individual se obtuvo pues un 46% de rendimientos es decir casi lo mismo que la afiliada pues aportó como cotización obligatorias rendimientos pues que ascienden a la suma de \$157.628.349 pesos lo que pues justifica por demás esos gastos de administración frente al tema de los seguros provisionales pues valga recordar también que es un descuento legal que además es un es un dinero que pues ya no hace parte del patrimonio de mi representado como quiera que pues se consigue una aseguradora que si bien pues en el presente caso no fue necesario afectar las pólizas que se constituyeron con dicha aseguradora pues también es cierto que pues por el tiempo que ha estado la afiliada vinculada con mi representada pues ha estado cubierta frente a los riesgos de invalidez y muerte por último frente a la indexación pues valga recordar que la jurisprudencia a establecido que esta es la simple actualización de la moneda y que lo que busca es contrarrestar la devaluación y la posible pérdida de valor adquisitivo que tenga la moneda pues por el paso del tiempo en ese orden de ideas y teniendo en cuenta pues que dentro de las obligaciones que deben asumir las administradoras está la de garantizar la rentabilidad mínima de la cuenta de ahorro individual pues es incompatible o excluyente el ordenar indexar dichos dineros pues los recursos de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante no se han visto afectados por la inflación por el contrario han generado rendimientos pues en un valor pues alto como lo manifesté ya anteriormente y pues los rendimientos que además son muy superiores a los que garantiza el régimen de prima media por lo que pues ordenarle a mi representada indexar cualquier suma es sin duda pues imponerle una doble sanción por cuanto sin que sea necesario realizar alguna operación aritmética los rendimientos financieros que ha obtenido la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante por la gestión que ha adelantado mi representada a partir del acto de su vinculación pues con creces superan la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros de la aquí demandante razones por las cuales pues le solicito muy respetuosamente a los honorables magistrados se revoque la

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirmo que es un tercero de buena fe pues no intervino en el acto de traslado, y era el fondo quien debía garantizar la información al afiliado. Dice que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía un derecho ni una expectativa pensional que se hubiera extinguido en el momento del traslado. Afirmo que la afiliación libre y voluntaria se ve ratificada con más de 20 años de permanencia en el fondo privado. Solicita no imponer condena en costas como quiera no adeuda suma alguna de dinero a la demandante y en el actuar de la administradora no se advierte negligencia² (Audiencia virtual, récord 44:52, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

sentencia pues en los puntos que fueron objeto del recurso de apelación en los anteriores términos dejo sustentado mi recurso muchas gracias.”

² *“muchas gracias señora juez como apoderada sustituta de colpensiones me permito presentar recurso de apelación en contra del fallo proferido por este despacho manifestando que colpensiones se ratifica en la contestación de la demanda en los medios exceptivos propuestos y en los alegatos de conclusión ya presentados se resalta que el negocio jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante con la afp porvenir fue un negocio jurídico totalmente ajeno a colpensiones pues este es un tercero de buena fe que nunca tuvo ninguna injerencia frente a la decisión del demandante de realizar dicho traslado fue la entidad obligada a suministrar la información clara completa y suficiente frente a las consecuencias y beneficios del cambio de régimen es la entidad aquí demandada por ello Colpensiones debe ser absuelta de todos los pedimentos de la demanda porque de lo contrario se estaría responsabilizando a mi representada por culpa de un tercero en virtud de múltiples pronunciamientos que han realizado nuestras altas cortes en las que se ha fijado parámetros para el análisis de las pretensiones tendientes a la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional no se puede dejar de lado la particularidad de cada caso y también hace objeto de análisis por parte de los órganos de cierre en el presente asunto nos encontramos frente a una persona capaz, consciente que permite establecer que la decisión que tomó durante la filiación al rais estuvo precedida de la información suministrada por el fondo para concluir el traslado realizado para la opción más viable para sus intereses futuros ahora bien en cuanto a la viabilidad de la declaratoria de la nulidad de traslado cuando la administradora de los fondos de pensiones faltan a su deber de información de manera completa los riesgos de un cambio de régimen la corte suprema de justicia, sala de casación laboral en sentencia número 31989 del 9 de septiembre del 2008, la 33083 del 22 de noviembre y la 31314 del 6 de diciembre del 2011 se ha pronunciado al respecto en los casos decididos por el órgano de cierre a favor de los allí demandantes se analizaron situaciones referentes a personas trasladadas cuyo perjuicio frente a los beneficios del régimen transicional palmarios la conveniencia de pertenecer a un régimen o a otro resulta claro para los casos que ha estudiado la corte constitucional para cuando una persona perdía la transición o para quien había cumplido uno de los dos requisitos dispuesto en la ley para alcanzar la pensión del régimen de prima media o incluso para quienes tenían una expectativa cerca al acceso de la prestación y dichas condiciones no se encuentran en la demandante por su parte el decreto 692 de 1994, en su artículo 11, establece que la selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias de este para acceder a las prestaciones de invalidez, vejez y muerte es de señalar que el traslado de los aportes enunciados anteriormente se realizó con plena voluntad de la demandante y en consecuencia no es procedente declarar la nulidad de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual con solidaridad y condenar a mi representada a recibir los aportes para activar la afiliación al régimen a su cargo teniendo en cuenta que la decisión propia solicitó suscribiendo el formulario para efectuar la voluntad que se vio ratificada con casi más de 20 años realizados al régimen de ahorro individual en resumen no le asiste el derecho alguno a la demandante en sus pedimentos máxime cuando el demandante admite que la filiación al rais ya que este se refirió con convicción que en ningún momento fue obligado a afiliarse a los fondos privados lo cual nos hace entender que dicha elección fue absolutamente*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los*

espontánea, libre y sin verse restringido en el consentimiento de la demanda finalmente en lo concerniente al pago de costas y agencias en derecho solicito a este despacho no acceder a ellas por cuanto que a mi representada no adeuda suma alguna de dinero a la demandante e igualmente no se evidenció negligencia en el actuar de mi representada por la negativa a recibir nuevamente a la demandada Colpensiones se ajusta a las previsiones legales de esta manera dejo sustentado mi recurso frente al fallo que acaba de proferir y en su lugar absuelva a mi representada muchas gracias.”

requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 36³ años de edad y había cotizado 330,1⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 5 meses y 20 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 53 años de edad- ver folios 27 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7}. Para

³ Nació el 06 de abril de 1967, folio 27 archivo 01.

⁴ Ver historia laboral de Porvenir folio 78 a 91 archivo 11, historia laboral COLPENSIONES expediente administrativo carpeta 10 folios 02 a 04.

⁵ Ibidem

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

⁷ Sentencia STL3187-2020: "Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y

la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber*

previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que en una reunión en el pozo petrolero donde trabajaba, los asesores del fondo les dijeron que el ISS se iba a acabar y que se debían trasladar al fondo privado, los mismos asesores le diligenciaron el formulario de afiliación y ella lo suscribió, pero nada informaron sobre las características del RAIS ni sobre los requisitos para acceder a la pensión en uno y otro régimen (Audiencia virtual del 29 de noviembre de 2023).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca*

produjo efectos” (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como “saneamiento” la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO) fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo bonos pensionales, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, la devolución de los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional debidamente indexadas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dichas entidades en el caso bajo estudio.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

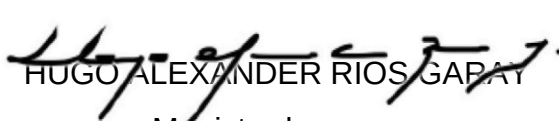
RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GÁPAR
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 22 2020 00454 01
Martha Cecilia Cediél Muñoz contra Colpensiones y otros.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 22 2022 00203 01
María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA ISABEL FUERTE SÁNCHEZ CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2023 por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARÍA ISABEL FUERTE SÁNCHEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia y/o nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por no haberse realizado de manera informada, libre y espontánea. Pide a PORVENIR que devuelva a COLPENSIONES todas las sumas recibidas por concepto de aportes obligatorios, rendimientos y gastos de administración durante el tiempo en que estuvieron bajo su administración, y se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación declarando para todos los efectos

EXP. 22 2022 00203 01

María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

jurídicos que se encuentra afiliada al régimen RPM, recibir los aportes y rendimientos devueltos y actualizar su historia laboral. Por último, solicita que se condene a PORVENIR al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados por el traslado (ver demanda folios 12 a 36 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional que efectuó la demandante es válido como quiera que estuvo precedido por asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, además es improcedente declarar la nulidad por un error de derecho, que sería lo que ocurriría, porque las condiciones pensionales están determinadas en normas legales, aunado a que la demandante no aporta prueba de que el acto de traslado se haya realizado con otro vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que la demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales, pero no lo hizo. Formuló como excepción previa la de *ineptitud de la demanda por indebida acumulación de pretensiones*, y como propuso las excepciones de fondo que denominó *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe* (ver contestación folios 2 a 42, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalado en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993 y no es posible tenerla como afiliada del RMP. Indica que está afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad al suscribir el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria sin estar inmersa en alguna causal de prohibición, la suscripción denota la aceptación de las características del RAIS. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho*

EXP. 22 2022 00203 01

María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

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 y la innominada o genérica (ver contestación folios 3 a 42 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de diciembre de 2023 mediante la cual la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora MARIA ISABEL FUERTE SANCHEZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad, acaecido en el mes de noviembre del año 2000, en consecuencia, se declara que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por lo tanto, siempre ha permanecido en el régimen de prima media. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. fondo en el que se encuentran los aportes de la demandante, a que traslade a COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus correspondientes rendimientos y los bonos pensionales, si hay lugar a ello. También deberán trasladar el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y deberán devolver los gastos de administración y el valor de las primas del seguro previsional, con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados a la fecha de entrega, a COLPENSIONES, en los términos señalados en la parte considerativa de la presente decisión. TERCERO: SE DECLARA que COLPENSIONES bien puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que*

EXP. 22 2022 00203 01

María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

se le llegaren a causar por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal efecto. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba los dineros provenientes de PORVENIR, y efectué los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedó explicado en esta providencia. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. SEXTO: ABSOLVER a las demandadas, de las demás pretensiones incoadas en su contra. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, en favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de 1 salario mínimo legal mensual vigente, a cargo de cada una de ellas. OCTAVO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de COLPENSIONES ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código de procedimiento del trabajo y de la Seguridad Social.” (Audiencia virtual, récord 1:18:07, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. afirma que el criterio jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas que considera no se da en este expediente. Dice que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, cumpliendo los requisitos previstos para la época del traslado, y que las condiciones, características, ventajas y desventajas de las AFP se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993 y las podía validar la demandante en cualquier momento. Además, como consumidora del sistema financiero, debía actuar con mediana diligencia y obtener información suficiente relacionada con el acto jurídico que celebraba. Aduce que el fondo siempre ha actuado de buena fe, acogiénose a los preceptos legales. En relación con los rendimientos, dice que no tiene sentido que ante la declaratoria de la ineficacia se ordene su traslado a COLPENSIONES, contrario a ello, en virtud de las restituciones mutuas, al trasladar los frutos se deben reconocer los gastos en que se incurrió para generarlos. Señala que no hay razón de orden jurídico para ordenar el traslado de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y los fondos de garantía de pensión mínima, pues se recaudaron por mandato

EXP. 22 2022 00203 01

María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

legal y cumplieron con su finalidad. Pide que se revoque la orden de indexación, pues ella se compensa con los rendimientos percibidos, como lo han expuesto otros Tribunales, como el de Medellín y Cali¹ (Audiencia virtual, récord 1:20:15, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “gracias su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia solicitándole al honorable tribunal superior en su sala laboral se sierva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual así como las condenas impuestas en contra de la afp porvenir conforme las siguientes consideraciones en primer lugar debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte de la honorable corte suprema de justicia también la misma corporación ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad o ineficacia de la afiliación por el incumplimiento al deber de información ya que en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso situación que para mi representada no se da en el presente asunto pues la demandante realizo válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria sin presiones he informada todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado de la aquí demandante ahora bien con independencia de la información que fue otorgada al momento del traslado las condiciones características ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual se encontraban establecidas en la ley 100 del 93 por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada o acercarse a las oficinas de porvenir utilizar canales de comunicación para solicitarse una reasesoría si después de la asesoría brindada pues le quedo alguna duda sobre los efectos de su traslado de igual manera como todo consumidor financiero la demandante debía actuar con mediana diligencia lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinadas en normas legales de común conocimiento así mismo decirse que el actuar de mi representada aquí llamada en juicio siempre ha sido de buena fe objetiva pues todas su acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado del régimen pensional y de hecho en este panorama porvenir ha actuado como un agente oficioso involuntario en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del código civil en cuanto creyendo administrar su propia actividad administro los negocios de otro y luego de declarada la ineficacia del acto pues termina entregando unos rendimientos superiores a los que habría tenido los aportes de haber sido gestionados por el encargado y si ello es así esa agencia oficiosa involuntaria debe dar lugar al reembolso de la utilidad efectiva obtenida lo cual se traduce en que solo debería estar obligada en devolver a Colpensiones los rendimientos que hayan tenido los aportes de haber sido administrados por esta entidad en este mismo orden de ideas tampoco es procedente que la administradora deba restituir las sumas que pago por concepto de primas de seguros previsionales por cuanto estos ya no se encuentran en su poder sino en terceros que lo recibieron de buena fe y pues la demandante estuvo válidamente protegida bajo estos riesgos se debe recordar que el contrato de aseguramiento es un contrato de tracto sucesivo que ya surtió plenos efectos y por ello no hay lugar a que se ordene la devolución de esta suma en línea con todo lo señalado anteriormente debe indicarse que la devolución de gastos de administración resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la superintendencia financiera de Colombia al señalar que dicho ente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad de la norma específica prevista para ello que sería el artículo 7 del decreto 3995 del 2008 disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos que por cualquier circunstancia se hace necesario efectuar un traslado de recursos lo que desde luego incluye las restituciones por otro lado su señoría no hay lugar a la devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía mínima con cargo a los propios recursos de mi representada ya que no hay ninguna razón de orden jurídico para ordenar que la remisión a Colpensiones de estas sumas se haga con cargo a los recursos propios de la administradora demandada se debe tener en cuenta que los efectos de la ineficacia en particular de devolver las cosas al estado en el que se hallaban antes de que se produjere el acto ineficaz traen como lógica consecuencia que esos recursos deban ser entregados a la entidad que administra el régimen de prima media y si ello es así y no se encuentran ningún motivo que justifique que esas sumas que no están en poder de las administradoras sean remitidas con cargo a los propios recursos de esta ello equivaldría a una sanción injustificada que no guarda ninguna correspondencia

EXP. 22 2022 00203 01

María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

En el recurso de COLPENSIONES piden que se revoque la sentencia de primera instancia. Afirma que fue un tercero de buena fe sin injerencia sobre la decisión de la demandante. Además, la decisión de traslado fue tomada por una persona capaz, consiente, con cualidades académicas profesionales, que bien pudo concluir cual era la mejor opción para su interés, y en razón a ello no es procedente declarar la nulidad de la afiliación. Señala que la voluntad de afiliación al RAIS se ratificó con 23 años de permanencia en este régimen pensional, y el traslado afecta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema pensional. Pide se le absuelva de la condena en costas y agencias en derecho² (Audiencia virtual, récord 1:25:48, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

con los efectos jurídicos de una ineficacia ni mucho menos con las restituciones que de ellos se pudiera derivar se solicita a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objetos de la condena impuesta a mi representada en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante y ello es así como bien lo ha venido señalando tanto el tribunal del distrito judicial de Cundinamarca como el tribunal superior de Cali se ha determinado que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros ya se está compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda es por todo lo anterior sus señoría que solicito respetuosamente al tribunal superior revocar la sentencia de instancia respecto de las condenas impuestas en contra de la afp porvenir muchas gracias”.

² *“Muchas gracias señora juez como apoderada sustituta de Colpensiones me permito presentar recurso de apelación en contra el fallo proferido por este despacho manifestando que Colpensiones se ratifica en la contestación de la demanda en los medios exceptivos propuestos y en los alegatos de conclusión presentados se resalta que el negocio jurídico que dio lugar a la afiliación de la demandante con la afp porvenir fue un negocio jurídico totalmente ajeno a Colpensiones puesto que este es un tercero de buena fe que no tuvo ninguna injerencia sobre la decisión de la demandante de realizar dicho traslado con la entidad obligada a suministrar la información clara completa y suficiente frente a las consecuencias y beneficios del cambio de régimen es la entidad aquí demandada por lo que Colpensiones debe ser absuelta de todo los pedimentos de la demanda porque de lo contrario se estaría responsabilizando a mi representada por culpa de un tercero en virtud de los mutes pronunciamientos que se han realizado en nuestras altas cortes lo que se han fijado los parámetros para analizar las pretensiones atinentes a la declaratoria de la ineficacia de traslado de régimen pensional no se puede dejar de lado la particularidad de cada caso y también ha sido objeto de análisis por parte del órgano de cierre en el presente asunto nos encontramos frente a una persona capaz consiente y con cualidades académicas profesionales y particularmente altas que permite establecer que la decisión que tomo durante la afiliación al rais estuvo precedida de la información necesaria para concluir que el traslado realizado era la opción más viable para sus intereses es de señalar que el traslado de los aportes enunciados anteriormente se realizó con plena voluntad de la demandante y en consecuencia no es precedente declara la nulidad de la afiliación realizada por esta al régimen de ahorro individual con solidaridad y condenar a mi representada a recibir los aportes para activar la afiliación al régimen a su cargo teniendo en cuenta que por decisión propia suscribió el formulario para efectuar voluntad que se vio ratificada con mas de 23 años que ha realizado cotizaciones al régimen de ahorro individual se evidencia que el traslado de régimen por fuera de los parámetros legales es dentro de los diez años de prohibición legal genera una grave afectación al patrimonio público y al principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional pues conllevaría un cargo económico por parte del régimen de prima media para pagar las pensiones a su cargo finalmente en lo concerniente al pago de costas*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente

y agencias en derecho solicito a este despacho no acceder a ellas por cuanto mi representada no adeuda suma alguna de dinero a la demandante igualmente no se evidencia negligencia en el actuar de mi representada pues la negativa a recibir nuevamente a la demandante a Colpensiones se ajusta a las previsiones legales de esta manera dejos sustentado mi recurso frente al fallo que acaba de proferir y en su lugar absuelva a mi representada de cada uno de los pedimentos impetrados”

EXP. 22 2022 00203 01

María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 30³ años de edad y había cotizado 44.1⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no registra semanas cotizadas⁵, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 52 años de edad- ver folio 42 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que le asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción⁶,

³ Nació el 3 de julio de 1970, folio 42 archivo 01

⁴ Ver historia laboral de Porvenir folio 46 archivo 05

⁵ Ibidem

⁶ *Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace

EXP. 22 2022 00203 01

María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

7. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no

necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes*”.

EXP. 22 2022 00203 01

María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *“Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información”* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que al momento de suscribir el contrato, su empleador le indicó que la mayoría de las personas se estaban afiliando al fondo privado pues el ISS se iba a acabar, y que los asesores les entregaron el formulario y les indicaron como firmarlo, sin dar ningún tipo de asesoría sobre las consecuencias del traslado (Audiencia virtual del 11 de diciembre de 2023, récord 10:39).

EXP. 22 2022 00203 01
María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos financieros, gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras por los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸) los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”*,

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de*

EXP. 22 2022 00203 01

María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

así lo ordena la Corte (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dicha entidad en este expediente.

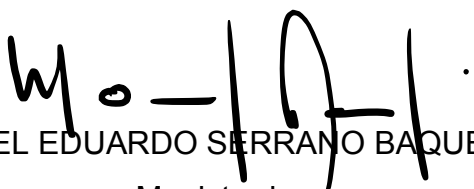
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

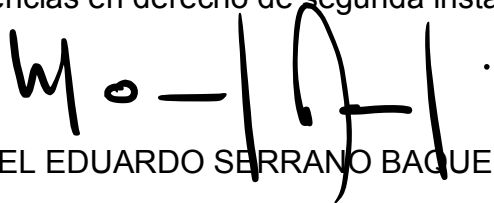

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 22 2022 00203 01

María Isabel Fuerte Sánchez Contra Colpensiones y Otro.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 23 2022 00495 01
María Clemencia Maldonado Sanín Contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA CLEMENCIA MALDONADO SANÍN
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLFONDOS, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 27 de noviembre de 2023 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARÍA CLEMENCIA MALDONADO SANÍN presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, efectuado en la AFP PORVENIR, por la falta en el deber de información por parte del fondo. En consecuencia, pide que COLFONDOS restituya a COLPENSIONES todos los valores recibidos por su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, y se condene a COLPENSIONES a recibirla como afiliada cotizante (ver demanda folios 01 a

EXP. 23 2022 00495 01
María Clemencia Maldonado Sanín Contra Colpensiones y otro.

29 archivo 01 y subsanación demanda folios 03 a 31 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso las pretensiones de la demanda. Afirma que la afiliación de la demandante a esa administradora fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, como se observa del formulario de vinculación en el que consta la declaración escrita a la 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 C.G.P. y el párrafo del artículo 54 A del C.P.T. Advierte que la demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que le impide trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de fondo las de *buena fe, ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS, enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas y prescripción* (ver contestación folios 03 a 24 archivo 09, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que brindó asesoría integral y completa sobre todas las implicaciones que tenía la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras, incluyendo características, funcionamiento, diferencias, ventajas, desventajas y la rentabilidad de los aportes en el RAIS. Sostiene que la demandante suscribió el formulario de vinculación de manera libre con consentimiento expreso como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. En todo caso, advierte que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las que denominó *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A.* (ver contestación folios 02 a 20, archivo 10, primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda. Indica que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que la demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a COLMENA, acto que, en todo caso, se presume válido y que se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por lo que corresponde a la parte actora probar la existencia del vicio del consentimiento que alega. Además, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003, lo que hace imposible para esa administradora tenerla como su afiliada pues ello iría en contravía del principio constitucional de la sostenibilidad financiera y acarrearía la descapitalización del fondo común. Presentó como excepciones de mérito las que denomino *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 y la innominada o genérica* (ver contestación folios 02 a 19 archivo 04, primera instancia).

Por auto dictado en audiencia del 04 de septiembre de 2023, el Juzgado integró como litisconsorte necesario de la parte demandada a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP (ver archivo 24 primera instancia)¹.

Corrido el traslado para la UGPP, contestó también la demanda. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que la entidad no es administradora de un fondo pensional y no tiene la función de realizar traslados. Propuso como excepciones de fondo las que denominó *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, sobre la capacidad de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y*

¹ Pese a que la demandante incluyó como demandada a esta sociedad, se omitió admitir la demanda también en su contra.

EXP. 23 2022 00495 01

María Clemencia Maldonado Sanín Contra Colpensiones y otro.

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la genérica o innominada (ver contestación folios 02 a 11 del archivo 27 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de noviembre de 2023 mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o el traslado realizado por la parte demandante MARÍA CLEMENCIA MALDONADO SANÍN, hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad administrado inicialmente por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, y como dijimos lo anterior sigue la suerte de lo principal, también los traslados horizontales sufren la misma suerte de ineficacia, esto es el realizado a PORVENIR y posteriormente el realizado a COLFONDOS, conforme a lo considerado. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES, todos los dineros que hubiese recibido con ocasión a la afiliación de la señora demandante a dicho fondo esto es del 21 de julio del 9, al 31 de enero del 99, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin la posibilidad de descuento ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto. Se ordena la devolución de gastos de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia porcentaje destinado a garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a recursos propios. PARÁGRAFO: como dijimos en la parte considerativa, el único descuento autorizado para la AFP PROTECCIÓN son los dineros transferidos a PORVENIR con ocasión al traslado de fondos solicitados por la demandante el 01 de febrero del 99.*

EXP. 23 2022 00495 01

María Clemencia Maldonado Sanín Contra Colpensiones y otro.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a COLPENSIONES, igualmente todos los dineros recibidos con ocasión a la afiliación de la señora demandante entre el 01 de febrero del 99 al 31 de agosto del año 2000, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin descuento alguno, se ordena la devolución de los siguientes conceptos gastos de administración, prima de seguros previsionales, invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a recursos propios. PARÁGRAFO: en este caso autorizamos a este fondo a único descuento los dineros transferidos a la AFP COLFONDOS con ocasión al traslado solicitado por la demandante el 01 de septiembre del año 2000. CUARTO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a COLPENSIONES todos los dineros que hubiese recibido con ocasión de la afiliación de la señora demandante de dicho fondo, sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, se ordena la devolución de gastos de administración primas de seguros previsionales, invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado a garantía de pensión mínima, debidamente indexada y con cargo a recursos propios. QUINTO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP, por ende, se desvincula de este proceso. SEXTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a recibir a MARÍA CLEMENCIA MALDONADO SANÍN, en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiese trasladado a dicho régimen, e igualmente a corregir su historia laboral conforme las semanas cotizadas en el régimen de ahorro individual. SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, excepto la que ya dijimos de falta de legitimación en la causa por pasiva. OCTAVO: CONDENAR en costas a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, quien suscitó la ineficacia que estamos hoy declarando a favor de la parte demandante. NOVENO: SE ORDENA la consulta de la sentencia a favor de COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 53:21, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

EXP. 23 2022 00495 01

María Clemencia Maldonado Sanín Contra Colpensiones y otro.

COLFONDOS S.A. interpuso recurso en contra de los numerales 1 y 4 de la sentencia de primera instancia. Afirma que COLFONDOS dio la información correspondiente al momento del traslado y con el cumplimiento de las normas vigentes para la época del traslado, además la demandante ha permanecido por más de 20 años en el RAIS con lo que ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS. Dice que existe una aceptación tácita de la demandante y que no cumple con los requisitos para regresar a COLPENSIONES. Aduce que ha actuado de buena fe² (Audiencia virtual, récord 56:48, archivo 37 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. interpuso recurso en contra de los numerales 1 y 3 de la sentencia, que conciernen a ese fondo. Afirma que el traslado realizado por la demandante fue con la debida asesoría como lo demuestra el formulario de afiliación que se hizo cumpliendo los requisitos vigentes para la fecha de la celebración del acto jurídico. Señala que no existe causal para ordenar la indexación pues los rendimientos generados compensan la pérdida del poder adquisitivo, por tanto, resulta injustificado indexar rubros que no han perdido su valor y no se encuentran en poder del fondo. Aduce que los gastos de administración no deben ser trasladados pues los mismos se generaron y ejecutaron con anterioridad a la fusión que se realizó entre COLPATRIA y PORVENIR, además estos gastos de administración son de origen legal y tienen una destinación específica³ (Audiencia virtual, récord 59:03, archivo 37 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² “su señoría gracias y esta es la oportunidad para poder interponer recursos de apelación contra la sentencia de primera instancia en sus numerales 1 y 4, teniendo en cuenta que no existía obligación por parte de COLFONDOS en el momento en que se vinculó a la misma en informar cuáles eran pues la ventajas y desventajas como lo hizo dado que los asesores sí lo hicieron y por ende se firmó dicho traslado a este fondo de pensiones igualmente es importante resaltar que la parte demandante ha permanecido en este fondos privados por más de 20 años y se trasladó por último a Colfondos lo que indica que conocía y aceptaba los beneficios y las normas que este régimen tenía igualmente debe informar que no es posible acceder a las peticiones de la demanda siendo que existe una aceptación tácita de la afiliación por parte de la actora ante mi representada producto de un traslado de la afp donde actualmente se encuentra afiliada presentando con cuenta activa lo que es un claro reflejo de querer permanecer en este rais se tiene como una señal nítida de la voluntad y la a aceptación de pago de aportes y solicitud de proyección pensional de la actualización de historia laboral está confirmando su deseo y compromiso de permanecer a un régimen pensional por lo anteriormente expuesto reiteró que queda comprobado que no se cuenta con los presupuestos fácticos y jurídicos para declarar la nulidad de las afiliación al régimen individual respecto a Colfondos toda vez que la misma se realizó conforme a la ley vigente aplicable al caso y con los documentos aportados aunado a ello la parte actora no cumple con los requisitos de la ley para poder hacer su regreso a Colpensiones por lo que solicito respetuosamente se absuelva de todos los cargos y condenas a mi representada dado que la misma ha actuado de buena fe, muchas gracias.”

³ “muchas gracias señor juez propongo recurso de apelación en contra de la sentencia proferida y acabada de notificar especialmente en los numerales 1 y 3, que conciernen a porvenir toda vez que no existe causa legal para declarar la ineficacia de la afiliación de la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con*

actora a porvenir en el año 1998, toda vez que la misma se dio con la debida asesoría y con el debido acompañamiento tal como se demuestra con la firma del formulario de solicitud de vinculación constancia que materializaba la asesoría recibida por la actora en ese entonces igualmente debo resaltar que no existe causal para declarar la indexación de los rubros objetos de traslado puedes esta figura lo que genera es a favor de la demandante un enriquecimiento sin causa carente de aplicaciones del principio de buena fe equidad y justicia en el entendido de que los gastos de administración no han perdido poder adquisitivo en la época en que estuvieron en poder de mi representada por el contrario fueron incrementados con los rendimientos que fueron debidamente trasladados a la afp de su elección en el año 2000 y como tal resulta injustificado indexar rubros que no han perdido poder adquisitivo que no están en poder de mi representada y que fueron debidamente incrementados con los rendimientos adicionales debo señalar tal como se realizó dentro del presente proceso que los gastos de administración no deben ser trasladados pues los mismos se generaron y ejecutaron en virtud o con anterioridad a la fusión que se realizó entre colpatria y porvenir por lo cual al momento de dicha fusión no se encontraban ni dentro del activo ni dentro del pasivo de la entidad por lo cual nunca ingresaron a porvenir pues ya habían sido debidamente ejecutoriados ya habían sido incrementados y trasladados a la afp de elección del actor en el año 2000 debo además resaltar que estos gastos de administración corresponden a un porcentaje que es destinado de tipo legal que es destinado en favor de la actora protegiéndolo de todos los riesgos de invalidez, vejez y muerte en cuanto a las primas de seguro y en cuanto a los gastos de administración, pues son completamente legales en virtud del trabajo que se realiza de los rendimientos que se generan y además que están completamente destinados en la ley en este sentido dejo interpuesto mi recurso de apelación con el fin de que el honorable tribunal superior del distrito revoque las condenas interpuestas a mi representada en es pecial la devolución de gastos de administración dinero remitidos al fondo de garantía de pensión mínima primas de seguro previsional, indexación toda vez que estas condenas resultan injustificadas muchas gracias, señor juez”

Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 31⁴ años de edad y había cotizado 26,29⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 6 meses y 1 día)⁶, y para la fecha de presentación de la demandada ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 59 años de edad- ver folio 58 del archivo 01 y archivo 02 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que

⁴ Nació el 08 de enero de 1963, folio 58 archivo 01.

⁵ Ver historia laboral Oficina de Bonos Pensionales folios 37 y 56 archivo 01

⁶ Ibidem

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁷, ⁸. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces,*

⁷ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁸ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo"; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, *"Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información"* (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"*, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible *"en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social"* (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión de forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión"*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que en el año 1994 un asesor de COLMENA le indicó que el ISS se iba a liquidar y que podía perder sus aportes, y le puso de presente algunos beneficios del RAIS como la posibilidad de

EXP. 23 2022 00495 01

María Clemencia Maldonado Sanín Contra Colpensiones y otro.

acceder a una pensión anticipada sin restricción, retirar los aportes y heredar los aportes y también un mayor valor de mesada (Audiencia virtual del 07 de septiembre de 2023, récord 10:39).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Seresaltaque, pese a que la demandante se encontraba afiliada a una CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL el traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó el Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, y estableció que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley”*. Sobre la materia, también se debe señalar lo establecido en el Decreto 2527 de 2000, en el que se establece que las Cajas, Fondos, o entidades públicas continuaran reconociendo o pagando pensiones, *“mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”*.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual

EXP. 23 2022 00495 01

María Clemencia Maldonado Sanín Contra Colpensiones y otro.

de la demandante incluyendo los rendimientos causados y pagados, los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, a cargo de aquella y de PORVENIR y PROTECCIÓN (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁹) los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, ambos conceptos deben ser devueltos.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLFONDOS.

⁹ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 23 2022 00495 01

María Clemencia Maldonado Sanín Contra Colpensiones y otro.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLFONDOS

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 23 2023 00081 01
José Antonio Torres Gaitán contra Colfondos S.A.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ ANTONIO TORRES GAITÁN CONTRA
COLFONDOS S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para conocer en el grado jurisdiccional de consulta, la sentencia dictada el 06 de diciembre de 2023 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada del reconocimiento y pago de la garantía de pensión mínima al demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ ANTONIO TORRES GAITÁN presentó demanda contra la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se ordene el pago del retroactivo de la garantía de pensión mínima a partir del cumplimiento de 62 años y hasta el 22 de agosto de 2022.

Como fundamento de lo pedido afirma que se vinculó al sistema general de seguridad social mediante afiliación al extinto ISS donde aportó 770 semanas, se trasladó al RAIS el 1 de noviembre de 1998 y realizó aportes allí por 1.151 semanas hasta el 12 de enero de 2022. Informa que COLFONDOS reconoció la pensión de vejez a partir del 10 de agosto de 2022 en los términos del artículo 65 de la Ley 100 de 1993 para el cual tuvo en cuenta 1.921 semanas de cotizaciones (ver demanda archivo 01 subsanación demanda archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia). Aduce tener derecho al reconocimiento oficioso de la pensión a partir del cumplimiento de los requisitos señalados en la ley para la garantía de pensión mínima, a saber, 1150 semanas de cotización y 62 años de edad.

EXP. 23 2023 00081 01
José Antonio Torres Gaitán contra Colfondos S.A.

Notificada la demanda, compareció al proceso COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que reconoció oportunamente y paga la prestación de vejez con garantía de pensión mínima al demandante, de acuerdo con lo establecido en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993. Aduce que el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época, establecía una excepción de pago para el afiliado que recibiera otras rentas, pensiones o remuneraciones cuya suma sea superior al valor que eventualmente le correspondería por mesada, lo que se presentó en el caso del demandante, como quiera que percibía remuneración por su trabajo en el Municipio de Melgar. Asegura que el reconocimiento de la prestación económica denominada *garantía de pensión mínima* no depende de esa administradora sino de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y la tarea de esa AFP se agota *al suministrarle al Ministerio la información necesaria para que proceda con el debido análisis y el eventual reconocimiento de la prestación en cuestión*. Dice que resulta incompatible el pago de salarios y mesadas pensionales, y por ello el servidor público debía haberse desvinculado de la entidad para recibir las mesadas, lo que ocurrió en el mes de enero de 2022 razón por la cual el reconocimiento se realizó a partir del mes de febrero de 2022. En su defensa propuso la excepción previa de *no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*, y como excepciones de mérito: *prescripción, compensación y pago, ausencia de legitimación de la causa por pasiva, falta de acreditación de los requisitos legales para acceder a la pensión de vejez, en los términos del artículo 64 de la ley 100 de 1993, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, ausencia de derecho sustantivo, carencia de derecho y carencia de acción, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 11 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 06 de diciembre de 2023, mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, ABSOLVIÓ a COLFONDOS de las pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión consideró que si bien el demandante tenía los requisitos para la prestación de vejez con garantía de pensión mínima, en virtud del artículo 84 de la ley 100 de 1993 (vigente para la época de la causación) y conforme a lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, el disfrute de la prestación solo

EXP. 23 2023 00081 01
José Antonio Torres Gaitán contra Colfondos S.A.

procedía desde el momento en que el afiliado dejara de percibir ingresos salariales superiores a la garantía. En el caso del demandante se probaron ingresos hasta enero de 2022, y por ello acertó el fondo en reconocer la pensión con garantía mínima a partir de febrero de ese año.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el señor demandante JORGE ANTONIO TORRES GAITÁN. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación, propuesta por la pasiva. TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandante a favor de la parte demandada. CUARTO: DE NO SER apelada la presente sentencia se ordena se surta grado jurisdiccional de consulta para que se revise la decisión a favor del señor demandante dado que los resultados del proceso son totalmente adversas a sus pretensiones.”* (Audiencia virtual, récord 28:36, archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSULTA

Como la sentencia fue desfavorable al demandante y no fue apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (artículo 69 del CPT y SS) que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia: (i) que el demandante JOSÉ ANTONIO TORRES GAITÁN se encuentra afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP COLFONDOS, por lo que las prestaciones a las que puede tener derecho deben ajustarse a los lineamientos normativos que regulan dicho régimen; (ii) que mediante comunicación el 10 de agosto de 2022, COLFONDOS S.A. reconoció a su favor pensión de vejez bajo *garantía de pensión mínima*, a partir del 1 de febrero de 2022 en cuantía de 1 SMLMV (\$1.000.000), por encontrar satisfechos los requisitos del artículo 65 de la Ley 100 de 1993 (folios 7 a 9 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia); (iii) que el demandante nació el 05 de septiembre de 1956 (folio 23 archivo 08 ibídem), por lo que el mismo día y mes de 2018 cumplió 62 años, fecha para la cual contaba con más de 1150 semanas cotizadas y no poseía en su cuenta de

EXP. 23 2023 00081 01
 José Antonio Torres Gaitán contra Colfondos S.A.

ahorro individual el capital suficiente para acceder a una pensión de vejez; (iv) que en el periodo del cual reclama el pago de la prestación, el demandante cotizó al Sistema y lo hizo hasta enero de 2022 (páginas 30 a 55, archivo 11 expediente digital), con un Ingreso Base de Cotización superior al salario mínimo de la época¹.

En las condiciones fácticas referidas ningún reparo le merece al Tribunal la decisión de primera instancia, pues si bien es cierto, a tenor de lo dispuesto en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993², que si el afiliado al RAIS no reúne el capital suficiente para financiar la prestación en los términos del artículo 64, puede acceder a su pago mediante la *garantía de pensión mínima*,³ con 57 años de edad las mujeres y 62 los hombres y 1150 semanas cotizadas al sistema de pensiones, también lo es que tal derecho estaba sujeto a la condición dispuesta en el artículo 84 de la Ley 100 de 1993⁴ vigente en la época -Derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019-, norma según la cual, la pensión no se causa cuando el afiliado recibe otras rentas, pensiones o remuneraciones, superiores al valor que eventualmente le correspondería por concepto de garantía de pensión mínima.

La aplicación de la norma en los términos referidos ha sido reiteradamente aceptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL-4531 de 2020, reiterada en la SL-4252 de 2021⁵).

¹ Ver historia laboral de COLFONDOS paginas 30 a 55 archivo 11.

² “ARTÍCULO 65. GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA DE VEJEZ. Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente Ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión. PARÁGRAFO. Para efectos del cómputo de las semanas a que se refiere el presente artículo se tendrá en cuenta lo previsto en los parágrafos del artículo 33 de la presente Ley.”

³ En virtud de lo estatuido en el al artículo 83 de la Ley 100 de 1993 –regulado por el artículo 9 del Decreto 832 de 1996 (compilado en el Decreto 1833 de 2016-, corresponderá a las administradoras de pensiones efectuar, a nombre del pensionado, los trámites necesarios a efectos de que se haga efectiva tal garantía de pensión mínima y su reconocimiento, conforme los artículos 4 y 7 del Decreto 832 de 1996, estará a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público.

⁴ ARTÍCULO 84. Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima.” -Derogado por el artículo 336 de la Ley 1955 de 2019-.

⁵ “(...) Ahora, en este punto es necesario precisar dos aspectos. El primero, que el disfrute de la garantía de pensión mínima no se encuentra condicionado al retiro del sistema, dado que esta exigencia es propia del régimen de prima media con prestación definida a la luz del artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990.

EXP. 23 2023 00081 01
José Antonio Torres Gaitán contra Colfondos S.A.

De las pruebas allegadas se deduce que para la fecha en que el demandante cumplió los 62 años -5 de septiembre de 2018- tenía más de 1150 semanas, y que el capital de su cuenta de ahorro individual era insuficiente para financiar la pensión de vejez, sin embargo con posterioridad a esa fecha y hasta enero de 2022, efectuó cotizaciones al sistema de pensiones reportadas con un IBC superior al salario mínimo lo que prueba que recibió ingresos superiores al monto de la prestación mínima de cada anualidad (páginas 30 a 55, archivo 11 expediente digital).

En este orden el disfrute la prestación de garantía mínima solo podía hacerse efectivo a partir del mes de febrero de 2022, mensualidad para la cual dejó de percibir ingresos salariales del Municipio de Melgar Tolima, tal como lo concluyó el *a quo*.

En todo caso, debe advertir el Tribunal que el demandante se encontraba inmerso en la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política⁶, como quiera que, según la certificación expedida por la Secretaria General y de Gobierno Talento Humano de la Alcaldía de Melgar de fecha 30 de septiembre de 2022, hizo parte de la planta de personal de ese municipio en el periodo transcurrido entre el 03 de junio de 1992 y el 12 de enero de 2022, con último cargo de técnico administrativo código 367 grado 07 (ver certificación folio 7 archivo 01, trámite de primera instancia del expediente digital). Por esta circunstancia adicional, el reconocimiento de la prestación solo procedía a partir del retiro del servicio.

El segundo, que el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época de los hechos, establecía una excepción a la garantía de pensión mínima que consistía en que, si el afiliado recibe otras rentas, pensiones o remuneraciones, cuya suma sea superior al valor que eventualmente correspondería por concepto de garantía de pensión mínima, esta no procede. En efecto, dicha disposición era del siguiente tenor:

ARTICULO 84. Excepción a la Garantía de Pensión Mínima. Cuando la suma de las pensiones, rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, no habrá lugar a la garantía estatal de pensión mínima.

En tal panorama, se tiene que esa prerrogativa pensional tiene un momento cierto de causación y disfrute, de manera que su retroactivo se generará desde el momento en que se verifique el cumplimiento de los requisitos de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, salvo que el afiliado reciba otros ingresos que superen el salario mínimo conforme al artículo 84 ibídem.

EXP. 23 2023 00081 01
José Antonio Torres Gaitán contra Colfondos S.A.

SIN COSTAS en esta instancia.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.,
administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por
autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión
laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

⁶ “Nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley”

EXP. 26 2020 00233 01
Claudia Cristina Martínez Ricardo Contra Colpensiones y Otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE CLAUDIA CRISTINA MARTÍNEZ RICARDO
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2023 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones, con las cuales procuraba la declaración de la ineficacia del traslado del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CLAUDIA CRISTINA MARTÍNEZ RICARDO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia y/o nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, por la indebida y nula información. Pide que se ordene a PORVENIR devolver a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que se encuentran depositados en la cuenta de ahorro individual, y se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación declarando para todos los efectos jurídicos que se encuentra afiliada al régimen RPM, que reciba los aportes, y que actualice su historia laboral. Además, pide que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1 de enero de 2019, junto con las mesadas

EXP. 26 2020 00233 01

Claudia Cristina Martínez Ricardo Contra Colpensiones y Otro.

adicionales. De manera subsidiaria pide que se ordene a PORVENIR reconocer la pensión de vejez en las mismas condiciones y características que tiene el RPM pagando las diferencias que resulten entre la mesada reconocida inicialmente por PORVENIR y la que hubiera correspondido en el RPM (ver demanda folios 12 a 36 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Afirma que la demandante realizó su traslado de forma libre y voluntaria, además, conforme al artículo segundo de la Ley 797 de 2003, se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen pensional. En su defensa propuso las excepciones de fondo: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 102 a 111 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que el traslado de régimen pensional que efectuó la demandante fue válido pues estuvo precedido de asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria; además, como las condiciones pensionales están contempladas en la Ley, lo que alega la demanda es la existencia de un error de derecho que no vicia el consentimiento. Sostiene que no es viable que la demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer el derecho al retracto dentro de los términos legales y no lo hizo. Formuló las excepciones de fondo que denominó *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe* (ver contestación folios 2 a 28, archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La AFP PROVENIR presentó demanda de reconvención contra la demandante. Pide que, en caso de declararse la ineficacia, se le condene a reintegrar las sumas de dinero que se hayan pagado en su favor por concepto de mesadas pensionales (archivo 05, *ibidem*).

EXP. 26 2020 00233 01

Claudia Cristina Martínez Ricardo Contra Colpensiones y Otro.

Por auto del 22 de septiembre de 2022 (archivo 08, *ibidem*) la juez admitió la demanda de reconvención. Notificada la demandante la contestó. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que PORVENIR tiene acción de repetición contra COLPENSIONES. Propuso como excepción de fondo la de *pago parcial realizada por el Fondo de Pensiones PORVENIR S.A.* (ver archivo 09, *ibidem*).

En audiencia celebrada el 8 de mayo de 2023, como medida de saneamiento, se dispuso la vinculación de la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público (archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Enterado de la demanda el Ministerio de Hacienda y Crédito Público la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones relacionadas con la ineficacia. Señala que la demandante debe acreditar los “supuestos” engaños de que fue objeto por parte de PORVENIR. Afirma que por disposición del Decreto 4712 de 2008, modificado por el Decreto 192 de 2015, la oficina de bonos pensionales responde únicamente por la liquidación, emisión, expedición, redención, pago o anulación de bonos pensionales o cupones de bonos pensionales a cargo de la Nación, procedimientos que se efectúan con base en las solicitudes que al respecto formulan las administradoras del sistema general de pensiones. Advierte que en el caso de pensionados del RAIS no es posible declarar la ineficacia del traslado a tenor de la sentencia CSJ SL373 de 2021. En su defensa propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación y consecuente falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, La Oficina de Bonos Pensionales no funge como entidad de provisión social ni fondo ni administrador pensional y aplicación del artículo 282 de la ley 1564 del 12 de julio de 2012, “por medio de la cual se expide el código general del proceso y se dictan otras disposiciones”* (archivo 22 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de diciembre de 2023 mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas. Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia y concluyó que si bien no se logró establecer una debida y adecuada información al inicio de su vinculación al RAIS, también resultó probado que la demandante desde el año 2019 adquirió

EXP. 26 2020 00233 01

Claudia Cristina Martínez Ricardo Contra Colpensiones y Otro.

el estatus de pensionada en ese régimen y por ello, de conformidad con los nuevos lineamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, no se puede declarar la ineficacia de su traslado. Indicó que sólo quedaba la posibilidad de demandar los perjuicios, frente a los cuales dijo que la demandante no cumplía los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RPM por no contar con la densidad de semanas allí requerida.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora CLAUDIA CRISTINA MARTÍNEZ RICARDO, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO. COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de un millón de pesos (\$1.000.000). TERCERO. En caso de que la sentencia no sea apelada, se remitirá en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte actora.”* (Audiencia virtual, récord 31:10, archivo 29 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la demandante solicita que se revoque la sentencia y se acceda a las pretensiones de la demanda. Afirma que no se demostró que el traslado de régimen hubiera estado precedido de información suficiente. En relación con la jurisprudencia que la juez aplicó para negar la ineficacia por tener el carácter de pensionada, señala que desconoce el derecho de igualdad y la equidad pues genera un desequilibrio sin causa justa entre afiliados y pensionados del RAIS, por lo cual resulta discriminatoria frente a este último grupo a quienes se les cierra la posibilidad de acceder a una pensión justa. Aduce que no se puede tener por saneada la nulidad del acto por el hecho de estar pensionada, y que resulta desproporcional la mesada asignada en relación con el salario sobre el que realizó los aportes en la vida laboral, lo que afecta sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la igualdad, y afecta los principios de eficiencia, solidaridad, unidad y participación. Señala que la conducta de la AFP generó un perjuicio a la

EXP. 26 2020 00233 01

Claudia Cristina Martínez Ricardo Contra Colpensiones y Otro.

demandante que se ve reflejado en el menor valor de la mesada pensional¹. (Audiencia virtual, récord 32:00, archivo 29 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “ Solicito respetuosamente a la honorable sala del tribunal superior del distrito judicial revocar el fallo proferido por la señora juez 26 laboral del circuito pues contrario a lo resuelto la demandada porvenir no logró acreditar dentro del plenario que el traslado de régimen efectuado el día 15 de enero de 2003 por la demandante Claudia Cristina Martínez Ricardo, estuviese precedido de la suficiente ilustración e información por parte del esta razón por la cual vulneró el deber de información contemplado en el artículo 97 del decreto 663 de 1993 igualmente no es menos importante recordar que el artículo 15 del decreto 656 de 1994 establece que todo fondo de pensiones debería tener en el plan de pensiones un reglamento de funcionamiento aprobado de manera previa e individual por la superintendencia bancaria el reglamento debe contener a lo menos las siguientes previsiones, los derechos y deberes de los afiliados y de la administradora el régimen de gastos conforme a las disposiciones que establezca la superintendencia bancaria el texto del reglamento así como el respectivo plan deba ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación en razón al anunciado es evidente que era un deber ineludible de la afp entregar a cada afiliado a más tardar al momento de la vinculación el plan de pensión y el reglamento de la administradora situación que en el presente asunto no ocurrió omisión que claramente demuestra la falta de información veraz y oportuna al momento de la promoción por otra parte se observa que el fallador de primera instancia no tuvo en cuenta la aplicación del precedente vertical construido de manera pacífica unificada y reiterada por la honorable corte suprema de justicia, sala de casación laboral a través de las sentencias 31989 del 9 de septiembre de 2008, 33083 del 22 de noviembre de 2011, la 46292 de 13 de septiembre de 2014, la sl 3963197 del 18 de marzo de 2020 y la sl 3719 2021, jurisprudencia que ha sido enfática de manifestar que son las administradoras de fondo de pensiones las que deben suministrar al afiliado una información clara, cierta, comprensible y oportuna respecto de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen condiciones que operando en este tipo de procesos la inversión de la carga dinámica de la prueba en virtud de lo establecido en el artículo 1604 del código civil y el artículo 167 del código general de proceso estando a cargo de la demandada porvenir a llegar al plenario todas las pruebas que tenía en su poder situación que en el caso que nos ocupan no ocurrió siendo esto una regla de justicia, pues no es posible exigirle al que está en una situación complicada o cuanto más imposible o de desventaja el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de probar lo cual es constituye un despropósito, pues con la simple afirmación del no haber recibido la información suficiente corresponde un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones no siendo menos importante advertir que la firma del formulario de afiliación con la afirmación que la afiliación se hace libre y voluntaria u otro tipo de leyendas similares no son suficientes para dar por demostrado el deber de información dejando claro además que referido al precedente jurisprudencial es aplicable sin importar si se tiene o no un derecho consolidado si es o no beneficiario del régimen de transición o si está próximo o no a pensionarse ahí en lo señalado por el precedente jurisprudencial de la corte suprema de justicia se desarrolla bajo una óptica garantista, toda vez que se da prevalencia de los derechos del afiliado y del pensionado sobre los intereses económicos del sistema pues el planteamiento jurisprudencial de la sentencia sl 373 de 2021, señalado por el a quo deja sin posibilidad a los pensionados del régimen de ahorro individual de solicitar la ineficacia del traslado en virtud de la omisión en el deber legal de información constituye una decisión adversa toda vez que desconoce principios constitucionales como la igualdad y la equidad este planteamiento jurisprudencial frente a la ineficacia del traslado genera un desequilibrio entre los pensionados del rais y los afiliados como quiera que excluye a el primer grupo de ser beneficiarios de la declaración de ineficacia del traslado utilizando como argumento que el hecho de disfrutar de una pensión es una situación jurídica consolidada prácticamente imposible de revertir o retraer los efectos de esta obviando que el eje principal del que configura la ineficacia del traslado es la violación al deber de información pues el pensionado debe estar en igualdad de condiciones, de reclamar en las mismas instancias para que se le subsane esta violación pues como bien se observa la condición de ser pensionados es causa suficiente para negar el traslado de régimen sin importar que se haya sido víctima de actitudes fraudulentas o de promesas sin respaldo por parte del régimen privado obligando a la víctima a asumir las consecuencias injustificadas de actos que se desprenden del actuar de porvenir s.a pues no es válido que en un tema tan sensible se realice una discriminación entre pensionado y afiliado para efectos de declarar la ineficacia del traslado, ya que el planteamiento jurisprudencial del a quo por parte de un supuesto equivocado al hacer de una diferenciación entre pensionado y afiliado restringiendo la ineficacia entre los pensionados, sin tener en cuenta que el afiliado puede llegar a adquirir la calidad de pensionado sin haber

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

(I) NULIDAD DEL TRASLADO. Para resolver la primera parte de la controversia que plantea el recurso, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 – modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el

recibido la debida información y que en el caso particular de mi representada la señora Claudia Cristina Martínez Ricardo no puede sostenerse que por el solo hecho de ser pensionada haya saneado la irregularidad presentada en su afiliación en el rais pues el deber de información no concluye con en el momento en que decide solicitar la pensión de vejez ya que nuestro estado social de derecho no es concebible que por ser pensionado pierda su derecho a reclamar la ineficacia del traslado y el retorno al régimen de prima medida con prestación definida pues al pedir la pensión de vejez esta no sana la ineficacia ni tampoco supera la falta de información además cabe aclarar que la seguridad social es un derecho irrenunciable y se le debe garantizar a mi representada el acceso a la pensión de vejez de manera digna de cara a lo anterior se observa que el acto al no haber prosperado la pretensión principal y la subsidiaria se le sigue vulnerando a mi mandante el derecho constitucional a la igualdad siendo apropiado recordar en este punto que el derecho a la igualdad no solo debe entenderse como una forma de protección de las condiciones mínimas que le asisten a los asociados sino que para el caso en concreto es una manera que exista equilibrio entre los aportes realizados al sistema de pensiones por parte del asegurado y los beneficios que le asisten a la hora de reclamar su derecho pensional, pues hay que tener en cuenta que la señora CCMR a lo largo de su vida laboral siempre cotizó para los riesgos de invalidez, vejez y muerte sobre más de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes y es absolutamente inaudito y desproporcional e iniciativo que el fondo de pensiones al momento de reconocer la prestación económica solo lo haga en su momento de 8.407.62 pesos, pues con ello no solo quedan pisoteados los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y de igualdad de mi mandante sino por demás trasgredidos los principios de eficiencia, solidaridad, unidad y participación que pregone el sistema de pensiones en la ley 100 de 1993, pues el ingreso base de liquidación de mi poderdante es de 5.204.890 pesos suma que aplicándole una tasa de reemplazo del 62.53% de conformidad con lo establecido en el artículo 34 de las ley 100 de 1993, nos arroja una mesada pensional de 3.251.866, es decir, tenemos que la pensión que le correspondería en Colpensiones sería 3.251.866, la cual es superior a la ofrecida por porvenir de 8.407.62 pesos razón más que suficiente para que se le respete el acceso a la pensión de vejez de manera digna conforme a las condiciones del régimen de prima media con prestación definida toda vez que le es más favorable en este orden de ideas y por tratarse en un caso en el que se discute la ineficacia del negocio jurídico de afiliación entonces también sería aplicable lo que reconoce la corte en sentencia sl 373 de 2001 de ahí que el incumplimiento de este deber legal por parte de la afp demandada se constituye como una conducta de tipo dolosa culposa que ocasiona que mi representada no solo tomara una decisión que no convenía a su futuro pensional sino que además durante toda su vida laboral haya estado equivocada acerca del funcionamiento del régimen pensional del ahorro individual de que forma parte en últimas el incumplimiento de este deber lega ocasiona un perjuicio en el valor de la mesada pensional de mi representada perjuicio este que se caracteriza por ser cierto personal y antijurídico por cuanto la señora Claudia Cristina experimentó una disminución en el valor de su mesada pensional con base en su ingreso base de cotización de los últimos años, y de cara al valor de la mesada pensional que le hubiera sido reconocida por Colpensiones con base en las mismas cotizaciones por todo lo anterior solicito muy respetuosamente al honorable tribunal que la decisión de primera instancia sea revocada en su integridad muchas gracias.”.

derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 42² años de edad y había cotizado 479.29³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 5 años 9 mes y 19 días)⁴, y para la

² Nació el 11 de agosto de 1960, folio 32 archivo 01.

³ Ver historia laboral de Porvenir folio 46 archivo 05

⁴ Ibidem

EXP. 26 2020 00233 01

Claudia Cristina Martínez Ricardo Contra Colpensiones y Otro.

fecha de presentación de la demandada superaba la edad mínima para acceder a la pensión (tenía 59 años de edad- ver folio 32 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción⁵,⁶. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

Más recientemente esa misma Corporación, en la sentencia SL373-2021, recogió de forma explícita las tesis jurisprudenciales que había expresado con anterioridad frente a pensionados que solicitaban anulación de su traslado, y señaló que NO procede la declaración de ineficacia cuando quien la reclama está pensionado en el RAIS. Dijo la Corte: *“la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que*

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 26 2020 00233 01

Claudia Cristina Martínez Ricardo Contra Colpensiones y Otro.

no es razonable revertir o retrotraer (...) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto” (ver SL 373-2021, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el caso bajo estudio desde la demanda se puso de presente que la demandante se encuentra pensionada en el RAIS por la AFP PORVENIR desde enero de 2019, y recibe una pensión.

En consecuencia y acatando el cambio jurisprudencial referido atrás -vigente en la fecha de esta sentencia- el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra, advirtiéndole que en el presente asunto no existen un conflicto sobre la aplicación de normas vigentes sino de tesis jurisprudenciales elaboradas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y que el Tribunal está aplicando la actual y vigente en la cual se subsume, sin duda alguna, la situación que plantea la demanda.

(II) PERJUICIOS. Para resolver la segunda parte de la controversia que plantea el recurso frente a la decisión que negó la pretensión subsidiaria de reparación de perjuicios a cargo de la AFP o de COLPENSIONES, se debe señalar, en primer lugar, que la demanda que dio inicio al proceso persigue la indemnización de los perjuicios causados por el incumplimiento de la obligación *contractual* que tienen las administradoras de fondos de pensiones en el momento del traslado de régimen pensional de brindar la información debida al afiliado sobre las condiciones legales y las consecuencias que acarrea el cambio de régimen pensional.

Y se firma lo anterior porque dicha obligación tuvo origen en el *acto jurídico convencional* que surgió entre el Fondo de pensiones y el afiliado por su vinculación al Sistema. No sobra recordar que, para casos como el presente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha negado la declaración de *ineficacia* o inexistencia del *acto jurídico convencional* de traslado de régimen pensional, cuando en el reclamante consolidó la condición de pensionado con lo cual dio plenos efectos al *contrato* pensional celebrado con la AFP (Sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020, SL-373 de

EXP. 26 2020 00233 01

Claudia Cristina Martínez Ricardo Contra Colpensiones y Otro.

2021⁷, reiterada entre otras en la SL2929-2022, SL2176-2022 y SL1082-2023).

En consecuencia, las normas aplicables para definir la indemnización reclamada en este expediente son las que regulan el incumplimiento de obligaciones *contractuales* (artículo 1602 y siguientes del Código Civil) y no las previstas para la reparación de daños por hechos o culpas previstas en el artículo 2341 y siguientes del Código Civil⁸.

Dicho lo anterior, se debe tener presente también, para decidir asuntos como el que se estudia, que si bien el artículo 1602 del Código Civil dispone que *“la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo (...)”*, el artículo 1616 del mismo estatuto señala claramente que en este tipo de responsabilidad *“si no se puede imputar dolo al deudor, solo es responsable de los perjuicios que se previeron o pudieron preverse al tiempo del contrato; pero si hay dolo, es responsable de todos los perjuicios que fueron consecuencia inmediata o directa de no haberse cumplido la obligación o de haberse demorado su cumplimiento”*.

Así las cosas y dado que en este expediente se está reclamando la reparación de daños *que no se previeron o no podían preverse* al tiempo del acto de afiliación, la responsabilidad surgiría del *dolo* y no de la *culpa* del eventual deudor⁹. No sobra señalar que la demanda que dio inicio a este proceso no expuso argumento alguno frente a los elementos de la reparación de

⁷ En dicha sentencia, la Corte recogió de forma explícita las tesis jurisprudenciales que había expresado con anterioridad frente a pensionados que solicitaban anulación de su traslado, y señaló que NO procede la declaración de ineficacia cuando quien la reclama ya está pensionado en el RAIS. Dijo la Corte: *“la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectarían a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”* (ver SL 373-2021, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

⁸ *“ARTICULO 2341. <RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL>. El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido”*.

⁹ *“(...) La norma acusada no despoja al contratante cumplido de la tutela resarcitoria en la medida que, de acuerdo con ella, todo deudor incumplido, doloso o culposo, responde de los daños que sean consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, aunque limite los daños por los que responde el no doloso a aquellos que podían preverse al momento de contratar. Esta limitación, no resultan irrazonable ni caprichosa, toda vez que se fundamenta en criterios de justicia y equidad contractual, en la tradición culpabilista en que fundamenta la responsabilidad civil contractual, y encuentra respaldo en referentes internacionales como la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercancías y los Principios Unidroit, lo que reafirma su razonabilidad”* (C.C. sentencia C-1008 de 2010).

perjuicios, elementos cuya prueba resultaba necesaria para decidir sobre la responsabilidad en las demandadas, el libelo inicial se limitó a reclamar de la AFP y de COLPENSIONES el pago de las diferencias entre la mesada que recibe la demandante y la que le correspondería en el RPM, sin mencionar siquiera la existencia de *dolo* como causa de la reparación.

Con estos referentes normativos y jurisprudenciales, el Tribunal confirmará también la sentencia de primera instancia en cuanto negó las pretensiones subsidiarias de la demanda, pues para la fecha en que se suscribió el formulario de afiliación al RAIS no era previsible para el afiliado, ni para la demandada, la ocurrencia del daño que la demanda estima generado y que tasa en la diferencia de valor entre la mesada que viene recibiendo en el RAIS y la mesada que le correspondería de haber permanecido en el RPM, y en este proceso no se alegó ni demostró *dolo* en la AFP.

Sobre lo primero, resulta claro de las pruebas aportadas que, para la fecha de afiliación al RAIS (enero de 2003), a la demandante le faltaban 12 años para cumplir la edad de pensión según la legislación vigente en esa época y solo había cotizado 537 semanas al Sistema (según se afirma en la demanda). Como en el régimen pensional por el cual optó en ese momento (RAIS) el valor de la mesada se tasa con variables que eran inciertas para ambas partes (el monto de capital ahorrado, la modalidad de pensión escogida, la composición del grupo familiar, el número de beneficiarios y las condiciones de estos, la edad del afiliado, la rentabilidad real estimada con la cual se efectúe el cálculo actuarial de la renta vitalicia o del retiro programado, entre otros) el eventual daño que se afirma casado era ciertamente imprevisible.

No sobra recordar que la aceptación de su afiliación en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad implicaba, por esencia, asumir los riesgos del mercados de valores y de extra longevidad, pues el valor final de la mesada pensional dependía del capital que se hubiera ahorrado, suma incierta e imprevisible para el momento del traslado en la medida en dependía no solo del valor de los aportes que se hubieran efectuado en la vida laboral, sino también y fundamentalmente de los rendimientos que hubieran generado en el mercado de capitales los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual, además, dependía de situaciones personales e imprevisibles como la sobrevivencia del afiliado o de sus beneficiarios más allá de las probabilidades estimadas, entre otras.

En este orden de ideas, el cálculo del valor de la mesada pensional que correspondería a la demandante en el futuro era un simple supuesto, no era posible prever cuál sería el comportamiento de la vida laboral de la demandante, de sus ingresos, el devenir económico o los resultados del manejo de los portafolios pensionales¹⁰.

En consecuencia, no resultaba previsible en la fecha de afiliación al RAIS que se fuera a generar una diferencia entre las mesadas pensionales, que es el daño sobre el cual se reclama reparación.

Aunque lo anterior resulta suficiente para tomar la decisión que ya se anunció -confirmar la sentencia de primera instancia- también resulta aplicable al caso que se analiza, el principio jurídico que, fundado en la buena fe de los contratantes en un contrato o convención, impide que una de ellas reclame judicialmente de la otra la derogación de las consecuencias del acto que voluntariamente celebró¹¹.

La prohibición de ir en contra del *acto propio* defiende la coherencia en las actuaciones surtidas por las partes, de forma tal que las actuaciones de un sujeto no puedan contradecir lo que con sus comportamientos o declaraciones anteriores hizo creer a otra persona¹². La Corte Constitucional ha señalado que esta situación se presenta cuando existe: “a. *Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz. b. El ejercicio de una facultad o de un derecho*

¹⁰ Así lo estimó el Dr. Jorge Quiroz Alemán en el salvamento de voto a la sentencia SL 3871 de 2021.

¹¹ CSJ - Sentencia del 9 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 00254.01 (“En cabal realización de estas premisas –se puntualiza- las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o que duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada Teoría de los Actos Propios” y, por lo tanto, un acto contrario a aquellos que lo anteceden “(...) puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante”

¹² CSJ - Sentencia del 9 de agosto de 2007, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, Exp. 00254.01 (“En cabal realización de estas premisas –se puntualiza- las personas, al interaccionar con sus semejantes, adoptan conductas que fijan o marcan sendas cuya observancia, a futuro, determinan qué grado de confianza merecen o que duda generan. Los antecedentes conductuales crean situaciones jurídicas que devienen como referentes a observar frente a actuaciones presentes y futuras, de similar textura fáctica y jurídica, no pudiendo sustraerse caprichosamente de sus efectos, génesis esta de la llamada Teoría de los Actos Propios” y, por lo tanto, un acto contrario a aquellos que lo anteceden “(...) puede constituir, y suele serlo, un acto contrario a los fundamentos de la buena fe y a la coherencia jurídica exigida a cualquier contratante”

subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción -atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas. c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.” (Sentencia T-295 de 1999¹³).

Tales situaciones concurren en el caso se analiza, si se tiene en cuenta que la afiliada voluntariamente solicitó, no solo el traslado de régimen sino también y fundamentalmente el reconocimiento de su pensión de vejez ante la AFP, para lo cual fue necesaria la elección de una modalidad de la pensión, otorgar información sobre sus beneficiarios, y debió suscribir el *contrato de administración de mesadas pensionales* con la AFP (folios 132 a 138, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia), actos jurídicos que generaron confianza en la administradora de pensiones, que por ello, no puede ser desconocidos ahora so pretexto de que no se cumplieron unas expectativas económicas que -se insiste- resultaban imprevisibles y estaban sometidas al albur.

El diseño legal y constitucional de nuestro Sistema Pensional no permite al afiliado escoger el régimen que regulará su pensión en el momento en que se va a pensionar. Eso es lo busca la demanda, desconociendo las

¹³ “El respeto del acto propio requiere entonces de tres condiciones para que pueda ser aplicado:

a. Una conducta jurídicamente anterior, relevante y eficaz

Se debe entender como conducta, el acto o la serie de actos que revelan una determinada actitud de una persona, respecto de unos intereses vitales. Primera o anterior conducta que debe ser jurídicamente relevante, por lo tanto debe ser ejecutada dentro una relación jurídica; es decir, que repercuten en ella, suscite la confianza de un tercero o que revele una actitud, debiendo excluirse las conductas que no incidan o sean ajenas a dicha relación jurídica.

La conducta vinculante o primera conducta, debe ser jurídicamente eficaz; es el comportamiento tenido dentro de una situación jurídica que afecta a una esfera de intereses y en donde el sujeto emisor de la conducta, como el que la percibe son los mismos. Pero además, hay una conducta posterior, temporalmente hablando, por lo tanto, el sujeto emite dos conductas: una primera o anterior y otra posterior, que es la contradictoria con aquella.

b. El ejercicio de una facultad o de un derecho subjetivo por la misma persona o centros de interés que crea la situación litigiosa, debido a la contradicción –atentatorio de la buena fe- existente entre ambas conductas.

La expresión pretensión contradictoria encierra distintos matices: por un lado, es la emisión de una nueva conducta o un nuevo acto, por otro lado, esta conducta importa ejercer una pretensión que en otro contexto es lícita, pero resulta inadmisibles por ser contradictoria con la primera. Pretensión, que es aquella conducta realizada con posterioridad a otra anterior y que está dirigida a tener de otro sujeto un comportamiento determinado. Lo fundamental de la primera conducta es la confianza que suscita en los demás, en tanto que lo esencial de la pretensión contradictoria, es el objeto perseguido.

c. La identidad del sujeto o centros de interés que se vinculan en ambas conductas.

Es necesario entonces que las personas o centros de interés que intervienen en ambas conductas -como emisor o como receptor- sean los mismos. Esto es que tratándose de sujetos físicamente distintos, ha de imputarse a un mismo centro de interés el acto precedente y la pretensión ulterior.”

EXP. 26 2020 00233 01

Claudia Cristina Martínez Ricardo Contra Colpensiones y Otro.

consecuencias que generaron los actos propios, expresos, inequívocos y reiterados que dieron lugar al reconocimiento pensional.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

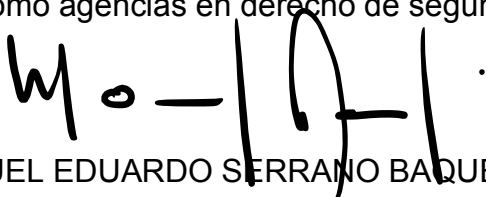


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada
ACLARO VOTO

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 29 2023 00099 01
Marco Fernando Perilla Pineda contra Colpensiones

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARCO FERNANDO PERILLA PINEDA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 04 de diciembre de 2023 por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer un retroactivo pensional con intereses moratorios.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARCO FERNANDO PERILLA PINEDA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez a partir del 1 de noviembre de 2019, en consecuencia, pide que se ordene el pago del retroactivo causado entre noviembre de 2019 y marzo de 2020, junto con los intereses moratorios (ver demanda folios 01 a 10 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES compareció a través de apoderado para la litis. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que el reconocimiento y pago de la prestación reconocida mediante Resolución SUB 75300 del 18 de marzo del 2020, se hizo según la historia laboral y la normatividad aplicable, con las fórmulas correspondientes, y los

EXP. 29 2023 00099 01
Marco Fernando Perilla Pineda contra Colpensiones

artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 establecen que la pensión se paga previa desafiliación del Sistema, y conforme a la historia laboral la última cotización al sistema se hizo en el período 01/01/2020 a 31/01/2020. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *inexistencia del derecho reclamado, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no procedencia al pago de intereses moratorios, compensación y la innominada o genérica* (ver contestación folios 02 a 42, archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 04 de diciembre de 2023 mediante la cual la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que la prestación se debe reconocer a partir del 1 de febrero de 2020, en virtud de lo cual ordenó el pago del retroactivo y los intereses moratorios. Para tomar su decisión, tuvo en cuenta que el demandante, conforme el reporte de COLPENSIONES, realizó aportes a pensión hasta el mes de enero de 2020 y solicitó el reconocimiento pensional el 19 de febrero de 2020, lo que entendió como un retiro tácito del sistema y por ello ordenó el reconocimiento del retroactivo desde ese momento con intereses moratorios.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que la demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, debe reconocer al demandante MARCO FERNANDO PERILLA PINEDA, la pensión de vejez a partir del 01 de febrero de 2020. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer y pagar al demandante MARCO FERNANDO PERILLA PINEDA, el retroactivo causado desde el 01 de febrero hasta el 30 de marzo de 2020, correspondiente a la suma de \$30.116.078 pesos, a la cual se le deberán descontar los aportes para salud. TERCERO: CONDENAR a la demandada la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a reconocer y pagar al demandante MARCO FERNANDO PERILLA PINEDA, los intereses moratorios de que trate el artículo 141 de la ley 100 de 1993, sobre el retroactivo ordenado liquidados a partir del 01 de abril de 2020, y hasta que se haga el pago de dicho retroactivo. CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma de medio*

EXP. 29 2023 00099 01
Marco Fernando Perilla Pineda contra Colpensiones

salario mínimo legal mensual vigente, y en todo consultar el presente fallo ante el tribunal superior de Bogotá, sala laboral en caso de no ser apelada por COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 35:05, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

El demandante, en el recurso solicita que se reconozca el retroactivo pensional a partir de noviembre de 2019, data para la cual realizó la última cotización según la Resolución SUB 75300 de 2020, de igual manera se pide que se reconozcan intereses a partir de la fecha en que realmente se debía reconocer el retroactivo.

La demandada COLPENSIONES, solicita que se revoque la sentencia y se le absuelva de las condenas, porque ha actuado con apego a la ley.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Durante el trámite de este proceso se acreditaron ocurridos sin controversia por las partes, los siguientes hechos relevantes para resolver la instancia: i) que mediante Resolución SUB 75300 del 18 de marzo de 2020, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a favor del demandante, a partir del 1 de abril de 2020, en cuantía inicial de \$15.058.039, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición (folios 50 a 56 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), estableciendo que el status pensional lo adquirió el 31 de marzo de 2012; (ii) que la prestación se liquidó teniendo en cuenta cotizaciones por 1.529 semanas en toda la vida laboral.

El Tribunal debe definir desde cuando procede el pago de la prestación, y en dado caso, la procedencia o no de intereses moratorios y de la condena en costas del proceso.

(i) RETROACTIVO PENSIONAL. Para resolver si procede o no el reconocimiento del retroactivo pensional que ordenó la sentencia de primera instancia, y en consonancia con reiterado criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debe recordar el Tribunal que el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios no

EXP. 29 2023 00099 01
Marco Fernando Perilla Pineda contra Colpensiones

siempre habilitan el pago de la primera mesada pensional, pues el ordenamiento jurídico exige, para este efecto, el retiro del afiliado del Sistema de pensiones. Sólo cuando ello ocurre, se podrá entender renunciado el derecho que le otorgan las normas legales a incrementar el valor de la pensión con cotizaciones adicionales al número mínimo que exige la Ley para acceder al derecho (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990).

La voluntad de retiro se puede manifestar de forma *expresa* cuando se realizan los trámites administrativos de retiro, o se debe entender expresada *tácitamente* cuando el afiliado que cumple los requisitos legales para acceder a la pensión deja de efectuar aportes al Sistema, o cuando eleva la reclamación de su pensión, pues en ambas situaciones se puede entender razonablemente su renuncia al derecho que protege la norma, consistente – se repite-, en obtener aumentos en el valor de su mesada pensional por cotizaciones adicionales a las mínimas que exige la Ley.

Con esta premisa normativa y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión dictada en primera instancia en cuanto ordenó el pago de la pensión desde febrero de 2020, pues de acuerdo al reporte de semanas cotizadas en pensiones aportado por COLPENSIONES (archivo 07 expediente administrativo trámite de primera instancia del expediente digital), la última cotización al Sistema se hizo el 31 de enero de 2020, fecha para la cual el demandante había causado su pensión –la causó el 31 de marzo de 2012- y cumplía con suficiencia el requisito de densidad de semanas de cotización exigido para acceder al derecho (tenía 1.529,71 semanas cotizadas). Además, había solicitado el reconocimiento pensional, con requisitos cumplidos, dentro del periodo pensional correspondiente (febrero de 2020) como lo reconoce la resolución SUB 75300 de 18 de marzo de 2020.

En ese sentido, es claro que la prestación pensional se hizo exigible el 1 de febrero de 2020 porque operó su desafiliación del sistema pensional con la última cotización, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que reconoció el pago del retroactivo pensional entre el 1 de febrero y el 31 de marzo de 2020, el que asciende a la suma de \$30.116.078.

Para responder al recurso del demandante se debe señalar que, conforme a las pruebas aportadas, la última cotización se hizo el 31 de enero de 2020 (ver archivo 07 expediente administrativo). Tal conclusión no la desvirtúa la

EXP. 29 2023 00099 01
Marco Fernando Perilla Pineda contra Colpensiones

resolución SUB 75300 del 18 de marzo de 2020 pues no existe novedad expresa de retiro del sistema y solo hasta el 19 de febrero de 2020 reclamó su prestación ante COLPENSIONES. No sobra señalar que el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 dispone que, para liquidar la pensión de vejez, *“se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo”*.

(ii) INTERESES MORATORIOS: Para resolver este punto de la controversia, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone el pago de intereses a cargo de la administradora de pensiones por la mora o retardo en el pago de las mesadas pensionales a los afiliados al Sistema. Sobre su procedencia respecto de pensiones causadas al amparo de normas diferentes a la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional en la sentencia C-601 de 2000 dispuso claramente que dicha disposición no creó *“privilegios entre quienes han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos”* ni distinguió entre pensionados. Además, en situaciones como la que se decide en esta providencia, la Sala Laboral de la Corte Suprema recientemente estimó la integración normativa de todas las prestaciones que hacen parte del Sistema General de Pensiones (ver SL 1681 del 3 de junio de 2020, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

No obstante y dado que al demandante se le adeudan las mesadas de una pensión causadas entre el 1 de febrero y el 31 de marzo de 2020, y por ello procedía el pago de intereses moratorios sobre cada una de dichas mesadas, éste corre a partir del 19 de junio de 2020 pues la primera reclamación pensional con requisitos cumplidos se elevó el 19 de febrero de 2020 (ver reclamación en el expediente administrativo), y a partir de ese momento la entidad tenía un plazo de 4 meses para pagar la primera mesada pensional¹.

Se modificará la sentencia de primera instancia en este punto.

(iv) COSTAS. Finalmente, se confirmará también la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a COLPENSIONES en COSTAS. Para este efecto, el artículo 365 del CGP impone el pago de las costas del proceso a la parte que resulte vencida, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y terminan siendo derrotado en sus argumentos como ocurrió con COLPENSIONES, que no solo se opuso a las pretensiones de MARCO

¹ Ver parágrafo 1, artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

EXP. 29 2023 00099 01
Marco Fernando Perilla Pineda contra Colpensiones

FERNANDO PERILLA sino que además planteó controversia frente a los argumentos que éste expuso, controversia en la cual resultó vencida.

COSTAS en la apelación a cargo del demandante.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **MODIFICAR** la sentencia de primera instancia, para disponer que el pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, procede desde el 19 de junio de 2020 y hasta que se verifique el pago total de lo adeudado.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de QUINIENTOS MIL PESOS (\$500.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 34 2019 00059 01
Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE SANDRA PATRICIA GUERRERO SANTOS
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES VINCULADA la SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD
MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SOCIEDAD AFP SKANDIA
PENSIONES Y CESANTÍAS y LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE
COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 07 de diciembre de 2023 por la Juez Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ELSA CRISTINA TIEMPOS GÓMEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *nulidad* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizada a través de PORVENIR, por haberse realizado con vicios en el consentimiento de la demandante. En consecuencia pide que se declare para todos los efectos legales que siempre permaneció en el RPM, se ordene a

EXP. 34 2019 00059 01

Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

PORVENIR trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros recaudados por concepto de aportes pensionales, y a COLPENSIONES aceptarlos, reactivar su afiliación y actualizar su historia laboral (ver demanda folios 05 a 15 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se aporta prueba de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por una falta en el deber de información a cargo de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento por error, fuerza o dolo, y estima que no puede verse perjudicada y hacerse acreedora de obligaciones que se encuentran a cargo del fondo privado de pensiones. Advirtió que en el caso bajo estudio la demandante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010 para poder trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito las de *descapitalización del Sistema Pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica* (ver demanda folios 65 a 97 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado de régimen pensional es válido como quiera que estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, además no se puede declarar como vicio del consentimiento un error de derecho por desconocimiento de las normas legales de público conocimiento. Sostiene que no es viable que la demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto dentro del términos legales y no lo hizo. Formuló como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver demanda folios 149 a 173 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 34 2019 00059 01

Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

Mediante auto del 30 de agosto de 2021, el juzgado ordenó la vinculación de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SOCIEDAD AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, en calidad de litis consorte necesarias de la pasiva (ver archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Notificada de la demanda SKANDIA S.A. la contestó, se opuso a las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante goza de validez por cumplir con todos los parámetros legales exigidos para la época de traslado. Señala que el traslado realizado con la entidad no presenta ninguna irregularidad y que brindó toda la información pertinente para que la demandante tomara la mejor decisión, lo que se encuentra probado con el formulario de afiliación. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (ver contestación folios 2 a 21 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a la MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folios 75 a 85 archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia) el cual se admitió por auto del 01 de septiembre de 2022 (archivo 08, ibídem.).

Enterada de la demanda, la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones con sustento en que el traslado de régimen es válido, y se realizó con el cumplimiento de los requisitos exigidos para la época. Propuso como excepciones: *el acto jurídico de afiliación al RAIS fue debidamente informado y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de “autonomía de la voluntad”, sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación de la demandante a la AFP SKANDIA S.A., legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones.* Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza. Se opuso a la solicitud de reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado por cuanto la

EXP. 34 2019 00059 01

Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

póliza contratada únicamente ampara la invalidez y la sobrevivencia y no se encuentra la declaración de ineficacia o nulidad; la obligación que adquirió la compañía fue pagar la suma adicional para completar el capital que financia estas pensiones. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA S.A., frente a la acción material ejercida por la parte demandante, SKANDIA S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado a MAPFRE, en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, MAPFRE no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPFRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante, AFP SKANDIA S.A., y, por lo mismo, no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y reconocimiento oficioso de excepciones* (ver contestación archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 07 de diciembre de 2023 mediante la cual la Juez Cuarenta y Tres (43) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora SANDRA PATRICIA GUERRERO SANTOS, del régimen de prima media con prestación definida administrado por ese entonces por el ISS hoy la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., y su posterior traslado a la AFP SKANDIA S.A., y PORVENIR S.A., por lo expuesto*

EXP. 34 2019 00059 01

Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., por ser el fondo al cual actualmente se encuentra afiliada la demandante a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora SANDRA PATRICIA GUERRERO SANTOS, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos. Asimismo, debe devolver a COLPENSIONES, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos, y CONDENAR a la AFP SKANDIA SA, a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la demandante como son gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y que deberá asumir con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a tener como válidamente afiliada a la señora SANDRA PATRICIA GUERRERO SANTOS, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado y recibir los dineros trasladados por la AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por COLPENSIONES y por PORVENIR y SKANDIA, y por la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en lo que respectaba a la demanda y declarar probados los supuestos de hechos que soportan las excepciones formuladas por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., respecto al llamamiento en garantía. QUINTO: ABSOLVER a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA, de ser llamada a responder por la condena impuesta en contra de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A. y en favor de la demandante, tásense las agencias en derecho en la suma de \$1.160.000 para cada uno de los fondos. No se condena en costas a COLPENSIONES y se condena en COSTAS a la AFP SKANDIA S.A. en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. en la suma de \$1.160.000. SÉPTIMO: Remítase el presente proceso ante el

EXP. 34 2019 00059 01

Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.” (Audiencia virtual, récord 1:41:44, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de SKANDIA solicita que se revoque la orden de traslado de gastos de administración. Afirma que estos pagos se hicieron por mandato legal y cumplieron con su finalidad. Señala que ante los efectos de la nulidad no hay lugar a devolución de los rendimientos, y solicita que se estudie lo relacionado con la indexación¹ (Audiencia virtual, récord 1:44:36, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Afirma que el traslado es válido y eficaz pues se brindó la información necesaria y suficiente, y se realizó con el cumplimiento de las normas vigentes para la época del traslado, tanto es así que con posterioridad se realizaron dos traslados horizontales. Aduce que la mesada pensional es la única razón de la demandante para interponer la demanda. De manera subsidiaria solicita se revoque la devolución de los bonos pensionales, como quiera que estos no se han redimido, así como los gastos de administración y

¹ *“Gracias su señoría estando en la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer y sustentar recurso de apelación contra de la sentencia acá notificada específicamente en cuento a la condena del traslado de gastos de administración impuesta a mi representada esto de conformidad con los siguientes argumentos sea lo primero mencionar honorables magistrados que respecto la condena impuesta a mi representada skandia s.a durante el tiempo que la demandante estuvo plenamente vinculada con esta administradora pues mi representada descontó y efectuó dichos descuentos de los aportes efectuados mes a mes por la demándate en cumplimiento a la normativa que le estaba obligada a acatar esto es en cuanto al 3% de la cotización realizada esto de conformidad al artículo 20 de la ley 1000 de 1993 así mismo pues se pone de presente que dichos conceptos descontados pues cumplieron plenamente su finalidad y esto es el reconocimiento de rendimientos propios del régimen de ahorro individual rendimientos que fueron reconocidos y trasladados a su administradora actual así mismo pues vale la pena mencionar que dichos rendimientos no fueron rendimientos obligados que cada administradora debe estar obligada a reconocer como rendimientos mínimos si no que fueron unos rendimientos superables y que casi que de lo trasladado a la administradora actual pues casi que ostenta el 40 % de dicho monto trasladado así mismo vale la pena manifestar que si el objeto de condena es declarar ineficaz un traslado como lo es el traslado al régimen individual por defecto de dejar como si la demandante nunca hubiera estado afiliada al régimen de ahorro individual pues lo cierto es que los rendimientos y por lo tanto las administradoras de este régimen no estarían obligadas a devolver al régimen de prima media sumas que en ese régimen no se hubieran causado pues a lo sumo estarían obligadas a devolver unos eventuales rendimientos que no se hubieran causado en el fondo común por tal razón y bajo esa consideraciones solicito muy amablemente el estudio a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá respecto de la condena impuesta a mi representada, así como la debida indexación impuesta a dicho traslado bajo estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación muchas gracias.”*

EXP. 34 2019 00059 01

Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

las primas de seguros previsionales, que tiene un origen legal y no financian la prestación. El descuento para el fondo de pensión de garantía mínima, también fue un descuento válido y legal que tenía destinación específica. Frente a la indexación, aduce que la misma corresponde a una doble condena, Solicita que se revoque la condena en costas como quiera que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado y por ello no se podía acceder a lo pedido² (Audiencia virtual, récord 1:48:05, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

² *"Gracias su señoría en la oportunidad procesal y pertinente para ello de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su honorable despacho con la finalidad de que esta sea revocada en su totalidad por la sala laboral del honorable tribunal superior del distrito judicial de esta ciudad que por reparto corresponda los puntos de materia de apelación son las declaratoria de ineficacia así como la orden de traslado así como la orden de traslado a Colpensiones y las cuotas procesales impuesta a porvenir s.a me permito solicitarles muy respetuosamente señores magistrados que se revoque la sentencia apelada toda vez que se acredito dentro del plenario desde el escrito de contestación que el traslado de régimen pensional el cual realizo la demandante la señora Sandra patria guerrero santos el 21 de febrero del año 95 con mi representada porvenir s.a fue un traslado totalmente valido y eficaz toda vez que gozo de toda la información que para su momento estaba obligada porvenir a brindar a sus potenciales afiliados toda vez que se le brindo de manera verbal la información de manera clara, comprensible y suficiente para que de manera libre y voluntaria la demandante tomara la decisión de vincularse con al régimen individual con solidaridad tanto es así que posteriormente a su vinculación al régimen individual realizo dos traslados horizontales dentro del mismo régimen no retornando al régimen publico administrado en su momento por el instituto de los seguros sociales hoy Colpensiones y permaneció siempre afiliada al régimen de ahorro individual mostrando su comportamiento con acto de relacionamiento y el error que este tiene en los diferentes traslados horizontales y la información que recibió en cada una de esas vinculaciones además de ello que quedó acreditado en el interrogatorio rendido que lo único motivo de la actora para solicitar su desvinculación del rais su afiliación al régimen público es que la posible mesada pensional que pudiera obtener en Colpensiones aun cuando no tiene claridad sobre la misma ni conoce los requisitos propios para pensionarse en el régimen público que administra hoy Colpensiones se aportaron los respectivos formularios de vinculación los cuales eran los únicos documentos válidos para probar o acreditar un traslado libre y voluntario para la fecha se contaba con los requisitos propios del entonces superintendencia bancaria hoy superintendencia financiera el cual nunca fue tachado ni desconocido por lo tanto gozan de plena validez dicho documentos por todos los anteriores motivos solicito se revoque la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional establecida en el numeral primero de la sentencia ahora bien en caso de mantenerse dicha declaratoria de ineficacia y como petición subsidiaria de manera respetuosa solicito a los honorables magistrados que revoque parcialmente el numeral segundo que ordena a la devolución de ciertos aportes a Colpensiones toda vez que los bonos pensionales que se ordenan en este numeral como está acreditado dentro del plenario no se han redimido la actora no a realizado tramite de solicitud pensional y por lo tanto no están dentro de la cuenta de ahorro individual por ende no se pueden devolver lo concerniente a los descuentos validos realizados por gastos de administración y los descuentos para las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia estos no hacen parte de la cuenta de ahorro individual gozan de validez desde el artículo 20 de la ley 100 del 93 se recuerda que se descuentan dentro del régimen público como en el régimen privado y en ninguno de los dos regímenes están destinados a financiar una pensión de vejez razón por la cual mal haría ordenarse la devolución de estos conceptos cuando los gastos de administración precisamente fueron los que le generaron los frutos, rendimientos e intereses que se ordena su devolución y recordando que si mantiene la visión jurídica como si nunca se hubiese vinculado o trasladado de régimen pensional la demandante hubiese tenido los mismos descuentos y sus aportes no hubiesen generado ningún tipo de rendimiento fruto o interés las primas de seguro previsional se encontraron mes a mes con un tercero con la respectiva aseguradora y en la actualidad la demandante goza de la protección para la posible pensión de invalidez y pensión de sobrevivencia además de ello el fondo de pensión mínima esto es un descuento también valido y legal que lo realizan los fondos privados en cabeza del estado y tienen una destinación específica que no está llamada a atener mi representada a devolverlos y por último en este punto lo concerniente a la*

EXP. 34 2019 00059 01

Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES, solicita que se revoque la sentencia. Afirmo que la motivación de la demandante para solicitar la ineficacia es el monto de la mesada, y que utiliza la acción para saltar la prohibición legal de traslado en que se encuentra inmersa. Esta orden de traslado atenta contra la estabilidad financiera del sistema. Señala que la demandante realizó dos traslados de régimen horizontal lo que corrobora la voluntad de permanecer en el RAIS. Solicita se revoque la condena en costas³ (Audiencia virtual, récord 1:53:56, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

indexación que es traer a valor real dichos aportes que es su momento la actora cotizo al régimen privado esto no está llamado a mantenerse y sería una doble condena al pago de lo no debido al devolver los frutos rendimientos y intereses generados por mi representada y además de ello indexar dichos aportes recordando que si se tiene esa ficción jurídica como si nunca se hubiese trasladado la actora los hubiese tenido es decir los descuentos y nos le hubiese generado ningún tipo de incremento en sus aportes y para finalizar en cuento al numeral sexto que ordena a mi representada al pago de costas a la parte actora se debe indicar que la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal que mi representada nada podría hacer al respecto de manera administrativa o allanarse a las pretensiones de la demanda razón por la cual la oposición a la misma es totalmente válida y ajustada a la ley por lo tanto se solicita se absuelva a mi representada de dicha condena en ese orden de ideas dejo sustentado mi recurso de apelación muchas gracias."

³ *"Muchas gracias su señoría siendo este el momento procesal oportuno me permito presentar recurso de apelación sea lo primero manifestar y solicitar muy respetuosamente al honorables tribunal superior de Bogotá revocar la condena impuesta en contra de la administradora colombiana de pensiones teniendo a recibir como afiliada válida a la demandante dentro del régimen de prima media con prestación definida notificando los argumentos de hecho y de derecho plasmados en la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión es así su señoría y honorables magistrados que se solicita que sea tomada en cuenta la correspondencia entre voluntad y acción es decir que la realidad sea un reflejo de lo que aparece firmado como se considere como se dejó marcado en el interrogatorio de parte la realidad es que la voluntad de la demandante era permanecer en el régimen de ahorro individual simplemente que sus expectativas se encontraron mermadas al momento del reconocimiento de la prestación pensional de la posible liquidación que le pudiese llegar a corresponder en el momento de liquidación y reconocimiento de una pensión decidió iniciar el proceso para obtener el reconocimiento por parte de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones y así saltar la prohibición de la que trata la ley 797 de 2003 es así como también con la sentencia de ineficacia de traslado pensional de esta afiliada se encuentra dentro de la prohibición de que trata el artículo 2 de la ley 797 del 2003 conforme a lo indicado en la sentencia SU 062 de 2010, atenta contra la sostenibilidad financiera y fiscal del sistema en el entendido que el objeto perseguido con el periodo de llamamiento de carencia de la norma acusada consiste en la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media con prestación definida que se produce cuando se permite que las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarían en un futuro el pago de sus pensiones y las de reajuste periódico sean trasladados de régimen cuando estén próximos o ya han cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez lo que contribuye a desfinanciar el sistema y por ende poner en riesgo la pérdida irrenunciable del derecho de la pensión del resto de cotizantes es así como honorables magistrados como se encuentra probado que los supuestos de hechos que configuran los actos de relacionamiento dentro de este proceso conllevan a indicar que la demandante era consiente de permanecer en el régimen privado de pensiones más aun cuando realizó tres traslados de régimen de manera horizontal dentro de las afps y realizó aportes voluntarios a pensión beneficiándose del régimen de ahorro individual aportes voluntarios que solo se predicen en tal régimen por tanto honorables magistrados solicito muy respetuosamente revocar la condena impuesta en contra de la administradora colombiana de pensiones su señoría dejando así por sustentado el recurso de apelación agradezco inmensamente el uso de la palabra."*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia

EXP. 34 2019 00059 01

Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 30⁴ años de edad y había cotizado 293.14⁵ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 4 años, 8 meses y 15 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a pensión (tenía 54 años de edad- ver folio 178 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁷, ⁸. Para

⁴ Nació el 25 de enero de 1965, folio 178 archivo 01.

⁵ Ver historia laboral de la Oficina de Bonos Pensionales folio 7 a 9 archivo 4

⁶ Ibidem

⁷ *Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁸ *Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones,*

la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) -según la Corte- ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión*

convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 34 2019 00059 01

Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que la llamaron de recursos humanos a una reunión en las instalaciones de la empresa para la cual laboraba en esa época, el asesor presentó la compañía, les comentó que el ISS se iba a acabar, que lo más conveniente era trasladarse al fondo privado, les dieron los formularios, les ayudaron a diligenciarlos y lo firmó. No tuvo ilustración alguna sobre las particularidades del régimen de ahorro individual (Audiencia virtual del 16 de enero de 2024, récord 23:58).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019,

EXP. 34 2019 00059 01

Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO) fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses, rendimientos, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de aquella y de SKANDIA por el tiempo que estuvo afiliada a cada una de ellas, pues así lo definió la Corte en la sentencia que se sigue como precedente de obligatoria aplicación (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁹), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* pues así lo decidió -igualmente- la Corte en las sentencias que se siguen como referente (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES y PORVENIR, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dichas entidades en el caso bajo estudio.

⁹ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 34 2019 00059 01

Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA y PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de SKANDIA y PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 34 2019 00059 01
Sandra Patricia Guerrero Santos Contra Colpensiones y otros.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE CINDY ALEXANDRA NOVOA
CABALLERO CONTRA LA SOCIEDAD NACIONAL DE LA CRUZ
ROJA COLOMBIANA.**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada, contra la sentencia dictada el 26 de julio de 2023 por el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo y se condenó a la demanda a pagar a favor de la demandante prestaciones sociales, compensación de vacaciones, aportes a seguridad social y la indexación.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CINDY ALEXANDRA NOVOA CABALLERO presentó demanda contra la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo del 12 de abril de 2016 al 12 de diciembre de 2017 y, en consecuencia, se condene a la demandada a pagar primas de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, aportes a la caja de compensación y al sistema de seguridad social integral causados en vigencia de la relación laboral, junto con la sanción por no consignación de las cesantías, la indemnización moratoria y la devolución de las sumas *retenidas indebidamente*. En subsidio de la sanción moratoria solicitó la indexación.

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que prestó sus servicios médico – asistenciales de manera continua e ininterrumpida a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ del 12 de abril de 2016 al 12 de diciembre de 2017, en virtud del contrato de prestación de servicios No. 117-2016, bajo la continuada subordinación de la demandada, pues estaba sometida a los reglamentos y funciones predeterminadas dentro de la entidad y que se enmarcaban dentro del objeto social de la demandada. Asegura que nunca se le afilió al sistema de seguridad social ni se le reconocieron las prestaciones sociales y vacaciones correspondientes y que el 19 de noviembre de 2019 presentó la reclamación de sus acreencias, petición que le fue negada mediante oficio del 10 de diciembre de 2018 (ver demanda folios 1 a 23, archivo 01 primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, la demandada la contestó a través de apoderado para la litis. Aceptó los hechos relacionados a la suscripción del contrato de prestación de servicios y sus extremos, así como la presentación de la reclamación y que no pagó acreencias laborales. Los demás los negó. Se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que las partes suscribieron un contrato de carácter civil y comercial de prestación de servicios profesionales independientes en virtud del cual aceptaron los derechos y obligaciones que este generaba, y no un contrato de trabajo, razón por la cual no procede el pago de los derechos reclamados. Aseguró que el cumplimiento del objeto contractual se desarrolló con autonomía e independencia, lo que se refleja en el hecho de que la demandante nunca recibió un llamado atención, los turnos eran concordantes con la disponibilidad de la profesional, es decir, con el tiempo en que esta podía prestar el servicio. En ese sentido, explicó que en manera alguna impartió ordenes o impuso horarios de trabajo y que los derechos que emanan del contrato civil de prestación de servicios no da lugar a adquirir otros diferentes a los que en la realidad se produjo, esto es, los honorarios que fueron pactados entre las partes. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de contrato escrito de trabajo o de relación ficta de trabajo, inexistencia de las obligaciones demandadas, pago* y la genérica (folios 1 a 15, archivo 05 primera instancia).

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de julio de 2023, mediante la cual el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes del 12 de abril de 2016 al 12 de diciembre de 2017 en el que la demandante percibió una remuneración de \$5.500.000, y condenó a la demandada a pagar a favor de la actora prestaciones sociales, la compensación de vacaciones y los aportes a seguridad social en pensión causadas en vigencia de la relación laboral, debidamente indexados, absolviendo a la demandada de las demás pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión, concluyó que no se desvirtuó la subordinación, particularmente porque no se acreditó que la actividad de la demandante fuera autónoma e independiente y que, por el contrario, estaba demostrado que debía obedecer órdenes, portar uniforme y cumplir un horario de trabajo. Negó la sanción moratoria por considerar que la demandada actuó de buena fe y la indemnización del artículo 64 del C.S.T. por no acreditarse el hecho del despido.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora CINDY ALEXANDRA NOVOA CABALLERO en su calidad de trabajador y la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA BOGOTÁ como empleador, existió una relación contractual de carácter laboral entre el periodo comprendido del 12 de abril de 2016 y el 12 de diciembre 2017 en el que la demandante persiguió como remuneración las sumas \$5.500.000 mensuales conforme a lo expuesto en la providencia. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción denominada inexistencia de las obligaciones demandadas respecto a las indemnizaciones deprecadas y no probadas las demás excepciones de fondo formuladas por la demandada conforme a lo expuesto. TERCERO: CONDENAR a la demandada a la CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA BOGOTÁ a pagar en favor de la demandante CINDY ALEXANDRA NOVOA CABALLERO por los siguientes conceptos la suma de dinero que se indican a continuación: por concepto de cesantías la suma de \$9.166.667, interés sobre las cesantías la suma de \$933.787.96; prima de servicios la suma de \$9.166.166.67, compensación por vacaciones la suma de \$4.583.333.33. CUARTO: CONDENAR a la demandada CRUZ ROJA*

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ a pagar lo correspondiente al valor del cálculo actuarial por los aportes a seguridad social en pensiones causados en favor de la demandante por los extremos temporales de la relación laboral declarada tomándose como índice base de cotización la suma de \$5.500.000 mensuales, dicho monto con destino la entidad en que se encuentra afiliada actualmente la demandante CINDY ALEXANDRA NOVOA CABALLERO con sujeción a lo considerado en esta decisión. Para hacer efectiva la orden se concede al extremo demandado el término de cinco días para que eleve la solicitud del cálculo actuarial ante la entidad correspondiente y 30 días adicionales para pagar el monto que ella arroje, contados a partir de la notificación de la respectiva liquidación por parte de la administradora de pensiones al aquí empleador. En caso de no proceder de tal manera se habilitará a la demandante para que proceda a solicitar dentro del mismo término la elaboración del cálculo actuarial luego del cual empezará contabilizarse el término de 30 días con que cuenta la demandada para efectuar dicho pago. Deberá la demandante informar el régimen y fondo de pensiones a que actualmente se encuentran afiliado. QUINTO: CONDENAR a la demandada CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA Y BOGOTÁ a pagar a favor de la demandante CINDY ALEXANDRA NOVOA CABALLERO la indexación respecto de la suma reconocidas en esta sentencia conforme a lo expuesto. SEXTO: ABSOLVER a la demandada CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA BOGOTÁ de las demás pretensiones incoadas en su contra. SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada CRUZ ROJA COLOMBIANA SECCIONAL CUNDINAMARCA BOGOTÁ en favor de la demandante CINDY ALEXANDRA NOVOA CABALLERO, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes” (Audiencia virtual, archivo 18, récord 1:03:21 trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandada asegura que se valoraron de manera indebida las pruebas del expediente y se omitió que la relación que existió entre las partes fue un contrato de prestación de servicios de

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

naturaleza civil con honorarios variables, y aunque se fijó en el contrato una suma fija, esta no se cumplió porque en la realidad la facturación dependía del número de traslados que realizara, lo que no es concordante con un contrato de trabajo. Señala que la subordinación no puede derivarse de las instrucciones que se daban a través del radio operador, porque esta era la forma en que se asignaba el acto médico, ni de la jornada laboral porque esta fue escogida por la misma demandante. Sostiene que tampoco se tuvo en cuenta que en los espacios en que debía estar atenta a la asignación de la actividad la demandante podía estar fuera de la institución y dedicarse a actividades como al estudio, las cuales – a su juicio- no resultan coherentes con un contrato de trabajo, que pese a que una vez se negó a prestar el servicio no fue sancionada por esa circunstancia, que tareas como diligenciar la historia clínica no implicaba el cumplimiento de reglamentos, que la actora presentaba cuentas de cobro, que para ausentarse por 4 días pidió la *suspensión* del contrato de prestación de servicios y que podía coordinar los turnos con el otro profesional médico. Considera que no procede el pago del cálculo actuarial porque la demandante cancelaba sus aportes que deberían ser descontados¹ (Audiencia virtual, archivo 18, récord 1:07:52 trámite de primera instancia).

¹ “Con fundamento en los requerimientos del recurso de apelación respetuosamente interpongo este recurso ante su despacho en primer lugar porque estamos legitimados para recurrir la decisión que causa un agravio a mi defendida en segundo lugar porque la providencia recurrida es susceptible del recurso de apelación En tercer lugar lo estoy formulando dentro de la oportunidad debida y en cuarto lugar haré una breve como el señor lo ordena reparos a la sentencia que causa agravio a mi defendida anunciando como lo anuncia el señor juez que dentro de los tres días presentaré memorial ampliando de manera más detallada dicho recurso la motivación para este recurso se sustenta realmente en la indebida y con el mayor respeto en la indebida valoración de las pruebas aportadas en primer lugar se omite que la demandada tuvo a través de la relación comercial y civil de un contrato de prestación de servicios honorarios variables si bien es cierto en el contrato inicial se enuncio una suma fija esta no se cumplió en realidad Porque como se desprende de las mismas pruebas aportadas en las cuentas de cobro esto varía mes a mes porque ella estaba sujeta o se comprometió dentro del contrato referido a facturar acorde al número de traslados que realizaba situación que no es concordante con un contrato de trabajo en segundo lugar enuncia el despacho que la subordinación está probada por el hecho de que a través del radio operador se daban instrucciones para el traslado de pacientes se pregunta esta defensa como más podría asignarse a un acto médico de traslado de un paciente si no era a través de radio operador luego esta notificación o solicitud del servicio no podría interpretarse como una subordinación orden a la contratista en tercer lugar frente a la jornada que se asignó como lo refirió al momento tanto como mi testigo como la misma defendida ella aceptó la jornada que estaba disponible que era la de la tarde porque en la mañana había un médico que está prestando este servicio también por prestación de servicio entonces durante el desarrollo laboral ella no manifestó inconformidad alguna y se ajustó a esa jornada que se le había presentado como lo refirió la jefe que ejercía la labor de coordinación de estas circunstancias de traslados primarios ella en algunas ocasiones estaba fuera de la institución de la sede de la Cruz Roja hecho pues que el despacho omitió en su en su calificación en algunas ocasiones ella en sala de espera

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

pues esperando el turno asignado porque a eso se había comprometido en el contrato civil y comercial de prestación de servicios pues dedicado el tiempo a estudiar o repasar temas inherentes al acto médico actuar que no es coherente tampoco con un contrato de trabajo en segundo lugar el componente traslado que tenía mi defendida era un componente de traslado de baja complejidad traslados sencillos refiere el despacho que la doctora tal y como quedó demostrado en su momento procesal en alguna ocasión se negó el traslado aduciendo que la ambulancia en el cual se iba a trasladar el paciente pues no estaba ligada con las competencias o los requisitos que el traslado ameritaba como lo ratificó mi testigo la jefe en su testimonio pues esto no ocasiono ninguna circunstancia de sanción o llamado de atención simplemente ella pues tomo la decisión de no realizar el traslado hecho que pues que tampoco es imputable o coherente con un contrato de trabajo en el interrogatorio de parte la testigo de la parte demandante se afirmó con insistencia siempre que digamos el hecho de cumplir con la normatividad vigente que rige el actuar médico que es la resolución 1995 se interpretaba como una orden pero este es un acto inherente al acto médico y debe valorarse integralmente un traslado genera una historia clínica sin que ello pueda ser interpretado como un cumplimiento de reglamentos tal como lo preceptúa el artículo referente al contrato laboral en tercer lugar el despacho pues no tiene en consideración que durante la vigencia contractual la doctora presentaba cuentas de cobro Así mismo ella lo reconoció en su carta cuando dice textualmente en el comunicado Solicito suspender el contrato de prestación de servicio para ausentarme por cuatro días para asistir a un seminario inherente a su profesión Esto no es una situación que sea afín al contrato de trabajo propiamente dicha razón por la cual ella tenía que avisar porque estamos frente a un acto médico comprometido y al ausentarse ella tal como el mismo despacho lo reconoce era con base en el testimonio de la jefe coordinadora de los traslados pues ser remplazada por otro médico y luego de aquí se desprende su señoría el hecho de que el servicio no debía ser prestado solamente por ella y solo ella sino que también era delegable o ella podía presentar el mismo despacho lo reconoció y lo dice por otro médico en razón de la ausencia de ella o cuando no estaba como ocurrió con la licencia que solicite así mismo señoría debo manifestar frente a la situación de los turnos asignados como se dijo al momento inicial Esa fue la jornada que ella aceptó y tuvo todo tiempo disponible para poderla modificar o si no está de acuerdo pues habría controvertido lo que recibió siempre de ella y se resalta por parte del despacho y se agradece pues que no haya sido un motivo de mala fe por parte de mi defendida porque desde un comienzo la doctora al momento de firmar el contrato sabía que era un contrato de prestación de servicios de carácter civil y comercial a ello se comprometió ella sabía las circunstancias en cuanto a la condena que impone el despacho frente al cálculo del actuarial de los que son los parafiscales pues debe tener el despacho en cuenta que ella como responsable del contrato que tenía pues hizo unos aportes parafiscales valores que deben ser en una eventual condenada o de ratificarse por el superior descontados porque no puede mi defendida asumir lo que ya se ha pagado en ese sentido descontarse los valores aportados por ella porque a eso se comprometió en el contrato ella se comprometió a realizar los pagos parafiscales así como los aportes a las demás circunstancias de carácter laboral y prestacional por servicios se refiere también a la circunstancia de la autonomía que tenía el despacho pues considera que el hecho de facilitar una chaqueta de la cruz roja constituye pues una también una vinculación laboral en ese sentido debemos aclarar que pues el acto médico demanda una presentación adecuada porque estamos frente a un paciente y obviamente se requería que se identificaran quiénes eran quienes estaban prestando el servicio lo mismo no era entendible que la profesional prestara el servicio de manera independiente sin contar con estos recursos porque su mismo costo lo imponía para ella dada la capacidad económica el componente traslado se constituye de una serie de elementos que son vitales para el traslado de los pacientes en ese caso su señoría entonces relato de manera breve estos reparos frente a la sentencia que su despacho acaba de emitir en contra de mi defendida porque nos sentimos agraviados con la decisión adoptada por el despacho Le agradezco mucho y quedo a la definición de su aceptación por parte de su señoría Muchas gracias”

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

No fue objeto de controversia en esta instancia, que entre las partes se suscribió, formalmente, un *contrato de prestación de servicios médico asistenciales de atención prehospitalaria*, que estuvo vigente entre el 12 de abril de 2016 y el 12 de diciembre de 2017 (folios 44 a 46, 50, 68 archivo 01, primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir (i) si en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas se acreditó o no la existencia del contrato de trabajo, y en dado caso, (ii) si se debe descontar del pago de aportes a seguridad social las cotizaciones efectuadas por la demandante.

(i) CONTRATO REALIDAD. Para resolver la controversia son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST. El primero define al 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*”. El segundo (artículo 23 del mismo estatuto) dispone como elementos esenciales del contrato de trabajo a la actividad personal del trabajador, la continuada subordinación (facultad del empleador de impartir órdenes de trabajo en cualquier momento sobre el modo, el tiempo o la cantidad del servicio, e imponer reglamentos) y el salario.

Una vez reunidos estos elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De ésta última norma y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación continua de un *servicio personal* está regida por contrato de trabajo, lo que -en aplicación del artículo 167 del CGP- invierte las cargas probatorias del proceso. En consecuencia, si el demandante en el proceso laboral reclama la existencia de un contrato de trabajo y prueba que prestó en forma continua y personal un servicio (hecho causal de la presunción), la ley *entiende* que éste se ejecutó mediante contrato de trabajo, es decir bajo

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

subordinación, y corresponderá al demandado la carga de probar que no existió este último elemento: la subordinación.

Debe precisar la Sala, sin embargo, que la subordinación –entendida como la facultad del empleador de impartir órdenes al trabajador sobre el modo, el lugar, el tiempo de ejecución de las labores, y de imponer reglamentos de trabajo-, de fácil percepción en la mayoría de relaciones de servicios personales, merece una consideración especial cuando la relación de servicios personales se ejecuta con quienes ejercen una profesión liberal, o actividades para las que se requiere una especial formación técnica –como ocurrió en el caso bajo estudio-, pues éstas exigen títulos académicos de idoneidad que asignan conocimientos científicos, técnicos e intelectuales de nivel superior y que implican, por esencia, libertad de concepción y de ejecución en las funciones que se les encomiendan, es decir, *cierto grado* de autonomía técnica y directiva, de la cual no se deriva necesariamente la ausencia del elemento *subordinación*.

En relaciones de trabajo con quienes ejercen una profesión liberal² o actividades para las que se requiere una especial formación técnica, la subordinación jurídica laboral se expresa entonces, más que en la posibilidad del empleador de impartir órdenes sobre el MODO en que se ejecutará el servicio profesional, en la posibilidad de impartir órdenes sobre el LUGAR de prestación del servicio, o sobre la CANTIDAD de labor a realizar por unidad de tiempo, o en la imposición de REGLAMENTOS de trabajo elaborados por el empleador, entre ellos, el horario de trabajo.

A estas materias se debe orientar la prueba de quien tiene la carga de desvirtuar la existencia de subordinación que el legislador presume, es decir la parte demandada.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, pues las pruebas aportadas demuestran que la demandante prestó servicios personales para la

² Entendida como aquella en la cual predomina el ejercicio del intelecto, reconocida por el Estado, y para cuyo ejercicio se requiere la obtención de un título académico.

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

CRUZ ROJA y conforme a ello se presume que tales servicios se ejecutaron bajo subordinación, elemento cuya existencia no fue desvirtuada por la demandada.

La Sala encuentra prueba clara de servicios prestados por la demandante en favor de la demanda pues así fue aceptado por ésta desde la contestación a la demanda, y que se verifica con el contrato de prestación de servicios médico-asistenciales suscrito entre las partes (folios 44 a 46, 50, 68 archivo 01, primera instancia).

La existencia de tal servicio hace presumir que su ejecución se hizo bajo *subordinación* laboral, elemento que la Sala no encuentra desvirtuado con pruebas útiles o pertinentes por quien tenía la carga de hacerlo: la entidad demandada.

Para ese efecto no se allegó elemento probatorio suficiente del cual se pueda concluir que la labor se realizó sin sometimiento a órdenes de trabajo y a reglamentos de quien lo contrató en cuanto al *tiempo, el lugar y/o la cantidad* de servicios contratados. Por el contrario, resulta claro que las labores se desarrollaron en las dependencias del contratante, bajo los horarios que éste definía para la prestación del servicio, y utilizando los recursos, medios o elementos de trabajo de su propiedad (del contratante).

Sobre este aspecto, la Sala Laboral de la Corte de Suprema de justicia, ha considerado como relaciones de trabajo bajo subordinación, en profesiones liberales –incluso- aquellas en las que los servicios se prestaron por fuera de la sede o instalaciones del presunto empleador, sin horario, y con pagos no periódicos³; o con instrumentos o herramientas de propiedad del presunto trabajador que prestó el servicio⁴; o aquellos que se prestaron sin exclusividad⁵⁻⁶; aun así ordenó

³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 30 de agosto de 1991, radicado N° 4361 MP. Hugo Suescún Pujols

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 5 de febrero de 1963 MP. José Joaquín Rodríguez.

⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 11 de febrero de 1994 MP. Jorge Iván Palacio Palacio

⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Sentencia del 11 de agosto de 2004, radicado N° 21219. MP. Camilo Tarquino Gallego

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

la existencia presunta del contrato de trabajo en este tipo de relaciones. Con mayor razón procede tal declaración cuando -como ocurre en el presente asunto- la prueba aportada al expediente evidencia dependencia del trabajador frente a su empleador sobre el *tiempo, el lugar, y la cantidad* de trabajo contratado.

En efecto, de acuerdo con los testimonios de GINNA PAOLA VELASQUEZ⁷ y SANDRA PATRICIA MUÑOZ⁸ la demandante prestaba sus servicios en la jornada de la tarde que iba desde las 2:00 p.m. hasta las 10:00 p.m., e incluso laboraba un fin de semana cada 15 días, tiempo durante el cual permanecía en las instalaciones de la institución, aunque no fuera en la central de referencia, atenta a la asignación del servicio de traslado de pacientes en ambulancia medicalizada o de atención domiciliaria, por parte de la demandada. Aunque, como lo señala la testigo SANDRA PATRICIA MUÑOZ estos horarios hubieran sido los informados como disponibles por la demandante, de manera previa a la contratación, lo cierto es que tenía un turno de trabajo y, en todo caso, es claro que la sociedad demandada le imponía el lugar y la cantidad de trabajo que debía desarrollar en cada turno.

No resulta útil para desvirtuar la subordinación, como se sugiere en el recurso, el hecho de que a la demandante se le retribuyeran sus servicios bajo la denominación de honorarios o que para el pago tuviera que presentar mensualmente cuentas de cobro, porque sin importar la denominación que se asigne, en el derecho laboral prima la realidad sobre las formas. Tampoco la misiva del 2 de mayo de 2017 en la que solicita informa que se ausentará de su cargo del 13 al 18 de junio para asistir a un congreso académico (folio 19, archivo 05), ese solo documento no da certeza de la autonomía de la demandante, ni la ausencia de imposición de sanciones disciplinarias pues no se tiene certeza de que las mismas hayan sido en efecto cometidas por la trabajadora en vigencia del contrato de trabajo.

⁷ Audiencia virtual del 21 de junio de 2023, y continuó en la audiencia del 30 de junio de 2023, récord 05:13

⁸ Audiencia virtual del 30 de junio de 2023, récord 46:26.

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

Así las cosas y dado que la carga de desvirtuar la existencia del elemento subordinación la tenía la demandada, y que dicha carga no fue cumplida, se debía declarar, como se hizo, la existencia del contrato de trabajo desde el 12 de abril de 2016 al 12 de diciembre de 2017, y proceder a la liquidación de los derechos laborales que se pudiesen haber causado desde esa fecha.

ii) APORTES A SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIÓN: Definida la existencia de una relación de trabajo, surgía para la demandada la obligación de pagar los aportes a pensión correspondientes. Así lo disponen los artículos 17 y 22 de la Ley 100 de 1993, al señalar el primero, que *“Durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen”*, y establecer el segundo, que *“El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno. El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador”*.

Ha dicho reiteradamente la jurisprudencia, que cuando el empleador omite el cumplimiento de la obligación de afiliar al trabajador al Sistema Pensional -como ocurrió en el caso bajo estudio- debe pagar, mediante cálculo actuarial, el valor de los aportes que corresponderían por los tiempos del servicio prestados (inciso 1°, parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993), razón por la cual se confirmará también en este punto la sentencia apelada.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada.

Exp. 36 2019 00825 01

Cindy Alexandra Novoa Caballero contra Sociedad Nacional de la Cruz Roja Colombiana.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Quinta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE PEDRO MEJÍA MANSBACH CONTRA
AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A., LA
COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA, MISIÓN
TEMPORAL LTDA. Y SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI
S.A.S.**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 19 de julio de 2023 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se procuraba la existencia de un contrato realidad de trabajo con AVIANCA S.A. y el pago de unas acreencias laborales.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, PEDRO MEJÍA MANSBACH presentó demanda contra AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A., la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA, SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. y MISIÓN TEMPORAL LTDA., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo de término indefinido con AVIANCA S.A., que terminó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador, en el cual SERVICOPAVA, SAI S.A.S y MISIÓN TEMPORAL LTDA actuaron como simples intermediarios. En consecuencia, pide que se condene solidariamente a las demandadas a pagar la bonificación especial que se reconoce *a todos los trabajadores no sindicalizados en el mes de febrero*, la prima de vacaciones, la prima de navidad, al *reconocimiento por*

antigüedad, el incentivo de productividad, el auxilio educativo, el auxilio médico, la ayuda especial para salud, el auxilio de alimentación y el auxilio extralegal de transporte conforme lo establecido en el PVB, la compensación extraordinaria como factor salarial, las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones causadas desde su ingreso a SERVICOPAVA hasta el 31 de octubre de 2017. Además, a reliquidar sus salarios, prestaciones sociales, aportes a seguridad social y vacaciones a partir del 1 de noviembre de 2017 en virtud a la disminución ilegal de su remuneración, y a pagar la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo por el tiempo que duró su vinculación con SERVICOPAVA y por consignación incompleta desde el 1 de noviembre de 2017, la sanción por no pago de intereses a las cesantías, los días adicionales de vacaciones, los tiquetes que por política interna de la compañía se han dejado de reconocer; a reintegrar las sumas ilegalmente descontadas por cuota de admisión y cuotas mensuales equivalentes al 5% del salario, \$100.000 mensuales por concepto de auxilio de alimentación convenido en el contrato de trabajo a partir del 1 de noviembre de 2017, la indemnización por terminación unilateral y sin justa causa del contrato prevista en el artículo 64 del C.S.T., la sanción moratoria de que trata el artículo 65 ibídem, indexación, intereses moratorios y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 2 de diciembre de 2011 (sic) se vinculó mediante contrato de trabajo con la sociedad MISIÓN TEMPORAL LTDA para desempeñar el cargo de *auxiliar de operaciones terrestres* en favor de la empresa AVIANCA S.A., devengando un salario mensual de \$535.600, vínculo que estuvo vigente hasta el 7 de enero de 2014. Señala que a partir del 8 de enero de 2014 se vinculó a través de un convenio de asociación con la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA para continuar desarrollando sus labores personales para AVIANCA S.A. en el mismo cargo de *auxiliar de operaciones terrestres*, devengando como retribución la suma de \$736.537 a título de compensación ordinaria mensual y un auxilio de transporte de \$72.000. Asegura que sus funciones para Avianca consistieron en “a) *descargue y cargue de equipajes y carga en general a las aeronaves;* b) *limpieza y presentación de las aeronaves, en el alistamiento previo al vuelo;* c) *lavado de aeronaves en su parte externa;* d) *movimiento de aeronaves por medio de los vehículos de tránsito interno en las zonas de aeropuerto,* d) *movimiento de aeronaves por medio de los vehículos de tránsito interno en las zonas de aeropuerto;* e) *selección y manipulación de equipajes en el*

alistamiento de los vuelos nacionales e internacionales, f) anfitrión (porter) en los counter de atención de viajeros; g) confirmar que las posiciones de parqueo de aeronaves estén libres de obstáculos y de FOD, h) desarrollo de señalización para tránsito de aeronaves, i) verificador de listas de chequeo en el desarrollo de operaciones de vuelo, conductor/tractorista en las zonas de rampa”. El 31 de octubre de 2017 SERVICOPAVA le notificó el *retiro unilateral de laborales*, fecha para la cual su compensación mensual era la suma de \$862.056 más un beneficio de transporte de \$83.140, un beneficio extraordinario de transporte por valor de \$171.077, y un auxilio de educación por valor de \$85.538. Refiere que el 1 de noviembre de 2017 fue contratado por la empresa SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI para continuar desarrollando sus labores en AVIANCA S.A. con salario de \$750.000 y un auxilio de alimentación de \$100.000 que nunca le fue cancelado. Aduce que el 17 de octubre de 2018 fue citado a rendir descargos disciplinarios en virtud a que *presuntamente* el 18 de septiembre de 2018 se retiró de su puesto de trabajo y dejó de realizar las actividades para las que fue contratado. En dicha diligencia explicó que dejó de realizar la labor encomendada debido a que las *bandas de equipaje fueron paradas*, lo que *impidió el flujo de los equipajes*, *reanudando su labor a las 12:00 horas*. Mediante comunicación del 15 de noviembre de 2018 la sociedad SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. le notificó la terminación de su contrato de trabajo con justa causa con sustento en lo dispuesto en “*los literales d), h), y j) del artículo 81, numerales 2 y 6 del artículo 86 y numerales 5, 11, 18, 25, 29, 30, 31, 49 del artículo 88 y numerales 5, 11 del artículo 98 del Reglamento Interno de Trabajo y numerales 2, 4 y 6 del literal a) del artículo 62 del C.S.T.*”, determinación que impugnó el 20 siguiente y que fue confirmada a través de misiva 27 de noviembre de 2018. Indica que no tenía llamados de atención ni sanciones disciplinarias con anterioridad a su despido, tampoco se le puso en conocimiento el reglamento interno de trabajo por el cual se le endilgan las presuntas faltas, ni se siguió el procedimiento disciplinario conforme los direccionamientos de dicho reglamento, porque los descargos no los tomó el jefe directo o el gerente. Por otra parte, y con relación a la alegada *intermediación ilegal*, refiere que SERVICOPAVA no tenía elementos propios para el desarrollo de sus funciones, sino que estos pertenecían a AVIANCA S.A., y aunque entre ellas se celebró un contrato de comodato, lo cierto es que el direccionamiento y control sobre los mismos siempre fue ejercido directamente por AVIANCA S.A. pues eran utilizados de manera simultánea

por trabajadores directos e indirectos de la compañía. Señala que las capacitaciones específicas y generales que debían recibir los trabajadores para el desarrollo de sus funciones laborales, le eran otorgadas, dictadas y certificadas por AVIANCA S.A. y se desarrollaban dentro de las instalaciones internas de la compañía, además, debían adelantar capacitaciones permanentes programadas a través de las plataformas tecnológicas de AVIANCA S.A. como *AVANCEMOS*. Menciona que dentro de la estructura de AVIANCA S.A. se comprende la existencia del área de *asistencia en tierra* como un área interna de la compañía bajo la vicepresidencia del mismo nombre, y que en el documento *mapa de procesos AVIANCA* se establece como uno de los procesos misionales y principales de la compañía la *operación y servicio del transporte aéreo (flota pasajeros)* que tiene como procesos internos el de *operaciones terrestres*, y en el que se describen los cargos de *auxiliar de asistencia en tierra*, *líder de operaciones terrestres* y demás desarrollados por SERVICOPAVA. Asegura que los manuales de funciones técnicas y demás instructivos a los cuales se encontraba sometido, eran de propiedad de AVIANCA S.A. y registrados directamente por ésta ante los órganos de control aeronáutico del país, la programación de turnos que se realizaban para los trabajadores se realizaba a través de la herramienta *SABRE* de su titularidad, con administración y ejecución de programación exclusiva por AVIANCA S.A.-. Aduce que SERVICOPAVA no tenía autorización ante las autoridades aeroportuarias ni aeronáuticas para el manejo de personal en las instalaciones del aeropuerto, por lo que el carnet de autorización expedido por la OPAIN de los trabajadores vinculados a SERVICOPAVA, se realizaba directamente por AVIANCA S.A.; los uniformes se los suministraba a través de un formato de soporte de AVIANCA S.A. y eran propios de esta empresa. Manifiesta que SERVICOPAVA CTA no contaba con niveles directivos, sino solo con trabajadores operativos y de coordinación, por lo que las instrucciones eran impartidas por AVIANCA S.A.-. Asegura que para la presentación de sus turnos y jornadas debía hacer marcación en los relojes biométricos propios de los trabajadores de AVIANCA S.A., tenía acceso y autorización a las zonas de labor propias de los trabajadores vinculados directamente por AVIANCA S.A. y una póliza de vida contratada por esa aerolínea con la aseguradora ALLIANZ, se beneficiaba de la política de tiquetes en idénticas condiciones a las ofrecidas a los trabajadores vinculados directamente a AVIANCA, para cuyo uso le fue asignado un usuario y código para ingreso a la aplicación corporativa *a viajar*; se le realizaban pruebas de

bienestar laboral y medición de productividad realizadas por AVIANCA S.A. a través de *great place to work*, así como de evaluación y desempeño que eran estructuradas, administradas y desarrolladas por AVIANCA S.A. en sus procesos internos. Indica que hacía uso del casino de alimentación y de las rutas de transporte que tenían para el servicio los trabajadores de AVIANCA. De otro lado, indicó que AVIANCA S.A. y SERVICOPAVA CTA fueron sancionadas por el Ministerio del Trabajo con una multa de \$1.113.400.000, ante lo cual AVIANCA S.A. optó por *acogerse al denominado ACUERDO DE FORMALIZACIÓN LABORAL* para lograr la suspensión y condonación de la multa impuesta, el cual fue suscrito ante el Director Territorial de Barranquilla el 26 de diciembre de 2016 y que implicó para AVIANCA la contratación directa de 1494 trabajadores que estaban vinculados a través de Cooperativas de Trabajo Asociado; sin embargo, dejó por fuera la contratación de un grupo específico de trabajadores de asistencia en tierra. Refiere que, como persistieron las conductas de *tercerización ilegal en los procesos de asistencia en tierra*, AVIANCA fue nuevamente investigada y sancionada en el año 2017 por la Dirección Territorial del Valle del Cauca, quien mediante Resolución 1587 del 31 de agosto de 2017 le impuso una multa equivalente a \$2.950.000.000, en virtud de la cual esa sociedad se vio obligada a suscribir el 31 de octubre de 2017 un nuevo *acuerdo de formalización laboral* que incluía los trabajadores de asistencia en tierra, dentro de los cuales se encontraba, y aunque en ese acuerdo no participó SERVICOPAVA, AVIANCA se comprometió a contratar a los trabajadores vinculados a través de esa Cooperativa, aunque no todos directamente sino a través de una empresa que esta había adquirido denominada *SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S.* Así se les explicó también a los trabajadores, a quienes en una reunión se les indicó que debían presentar renuncia obligatoria a los cargos que venían desempeñando en SERVICOPAVA, a través de un formato pre impreso, para vincularse al día siguiente con SAI. Como no firmó el formato de renuncia, SERVICOPAVA lo desvinculó a través de resolución y seguidamente debió firmar el contrato con SAI, sin la posibilidad de discutir los términos de su contratación y con condiciones salariales inferiores a las que tenía con SERVICOPAVA pues no cuenta con los beneficios extralegales que le eran otorgados; no obstante, siguió disfrutando del casino y de las rutas de transporte otorgadas por AVIANCA a su personal. Sostiene que nunca se le han reconocido los beneficios del Plan Voluntario de Beneficios aplicable al

personal no sindicalizado de Avianca S.A. (ver demanda y su subsanación folios 1 a 30 archivo 03 y archivo 14 primera instancia).

Notificadas de la demanda y corrido el traslado legal, las demandadas la contestaron a través de apoderados judiciales.

AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA, se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que no existió vínculo laboral o de alguna otra naturaleza con el demandante, ni se dan los presupuestos para configurar responsabilidad solidaria, por lo que no es posible imponerle condena alguna. En ese sentido, señaló que esa sociedad suscribió con MISIÓN TEMPORAL LTDA un contrato de prestación de servicios de *outsourcing*, y con SERVICOPAVA una oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos y administrativos en actividades *no misionales*, no así para el suministro de personal, pues los servicios prestados por los asociados no estuvieron sujetos a subordinación por parte de la aerolínea; estas personas jurídicas, con quienes el demandante tenía su vinculación, contaban con plena autonomía técnica, administrativa y directiva. Adujo además que el demandante, tal como lo identifica en los hechos de la demanda, suscribió también un contrato con SAI S.A., en el que AVIANCA no tuvo injerencia alguna y, por ende, desconoce las circunstancias con las que fue vinculado en esa empresa, vínculo que se extinguió por una justa causa según ilustró el demandante. En todo caso, afirmó que los servicios prestados por SAI S.A. son ajenos a su objeto social. En relación con las herramientas de trabajo, indicó que dentro de las obligaciones que adquirió se encontraba la de entregar en comodato los equipos, herramientas o elementos que SERVICOPAVA pudiera requerir para la correcta prestación de los servicios; asimismo, frente a las capacitaciones, explicó que esa sociedad tenía la posibilidad de colaborar en la capacitación técnica del personal asignado para la prestación de los servicios objeto de la oferta mercantil lo cual resultaba en concordancia con lo establecido en el artículo 2.2.4.26.11 del Decreto 1072 de 2015. Respecto a las plataformas, indicó que a estas podían acceder proveedores y terceros, y por ello podían contener información relacionadas con servicios y cargos ejecutados a través de terceros contratistas. Aclaró que los manuales operativos e instructivos aeroportuarios incorporados no describen cargos o funciones, que los beneficios de tiquetes son un *gesto que busca establecer o mantener relaciones comerciales* es usual que se otorguen

sujetos a espacio para ser usados por los colaboradores vinculados con el tercero, no tienen valoración económica para la empresa y su utilización está condicionada a que queden sillas vacías en los vuelos, en su administración no se deben generar costos para la empresa y es por ese motivo que se usan los mismos portales y plataformas empleados por los trabajadores directos de la empresa; que en la oferta de servicios también se obligó a pagar directamente *los permisos ante la Aerocivil, los carnets, los elementos de protección personal, la alimentación el transporte de los asociados del oferente*, así como de los uniformes o vestuario específico por lo que estaban directamente ligados al cumplimiento de lo pactado entre las partes, y que los carnets tenían el nombre de AVIANCA a efectos de dar cumplimiento a los reglamentos establecidos por la Aeronáutica Civil. Respecto de las pólizas de vida suscritas a nombre del actor precisó que estas aseguran al personal que, con independencia de su vinculación, transitara en áreas aeroportuarias, y que obedecen al cumplimiento de reglamentaciones y exigencias legales de la operación sin que provengan de una relación laboral. Afirmó que no efectuó ninguna evaluación de competencias del actor. En cuanto al acuerdo de formalización laboral, resaltó que fue suscrito por AVIANCA HOLDINGS S.A., empresa diferente a la aquí demandada, cuyo domicilio es Panamá, por lo que no tuvo injerencia alguna en el mismo, y se encaminó a vincular trabajadores asociados de SERVICOPAVA directamente con las empresas AVIANCA S.A. o SAI S.A., caso este último, el del demandante. Advirtió que SAI S.A. es una sociedad jurídica con más de 34 años de experiencia en el sector de servicios en tierra a aerolíneas que, en virtud de sus facultades legales, ha celebrado contratos comerciales con AVIANCA S.A. y con otras sociedades. Finalmente, señaló que no existe sanción alguna en su contra que se encuentre en firme. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, falta de título y de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, compensación, pago y genérica o innominada* (archivo 24 y 37, primera instancia).

MISIÓN TEMPORAL LTDA. se opuso únicamente a las pretensiones de la demanda dirigidas en su contra, con fundamento en que en el periodo en el que el demandante estuvo vinculado con esa empresa, el cual no vulneró la temporalidad exigida en la ley, fue ésta la única responsable del pago de salarios, otrosí, liquidaciones, pago de prestaciones, etc., que desvirtúan *en forma clara y contundente, los desacertados e irreales pretensiones y*

*situaciones fácticas elevadas por la parte demandante, y no se le puede hacer responsable por las vinculaciones anteriores y posteriores con empresas diferentes. Por ello, explicó que suscribió con el demandante un contrato laboral por duración de la obra o labor que inició el 9 de septiembre de 2013 y finalizó el 7 de enero de 2014, para desarrollar, como trabajador en misión, el cargo de operaciones terrestres y cumplir el contrato comercial de prestación de servicios temporales No. MT-246/05 celebrado entre esa Empresa de Servicios Temporales y AVIANCA S.A., vínculo que terminó por renuncia espontánea, libre de coacción y producto de la voluntad que en su momento presentó el actor. Preciso que esa sociedad se rige por lo establecido en el artículo 71 y siguientes de la Ley 50 de 1990, en consonancia con lo decantado por el Decreto 4369 de 2006 y el Decreto 1072 de 2015, que su objeto es la celebración de prestaciones de servicios con empresas usuarias para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades y que cumplió a cabalidad con sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias, siendo la verdadera empleadora del demandante, más allá de las facultades de ceder la subordinación a la empresa usuaria. En su defensa propuso como excepciones de mérito: prescripción, *inexistencia de solidaridad entre la empresa Misión Temporal Ltda. y Avianca S.A.*, *Inexistencia de causa para pedir, pago total de la obligación correspondiente al contrato laboral a cargo de mi representada, buena fe de la empresa Misión Temporal Ltda., mala fe del demandante, falta de legitimación en la causa por pasiva, cesión de la facultad subordinante del demandante a la empresa usuaria, trabajador en misión, compensación y la genérica* (folios 1 a 43, archivo 32, primera instancia).*

SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda. Manifestó que con anterioridad al 1 de noviembre de 2017 nunca tuvo vínculo laboral o de alguna otra índole con el demandante, por lo que no existe *legitimación en la causa por pasiva, ni causa legal* para proferir condenas en su contra. Adicionalmente, señaló que de conformidad con los hechos y documentos aportados el demandante claramente sostuvo una relación con la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA, posteriormente suscribió un contrato de trabajo con SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. sin que se presenten los supuestos legales para la configuración de la solidaridad prevista en el artículo 35 del C.S.T., pues SAI S.A.S. y la COOPERATIVA DE

TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA son empresas totalmente diferentes. Dicho contrato surgió como consecuencia del *acuerdo de formalización* celebrado el 31 de octubre de 2017 por AVIANCA S.A., SAI S.A.S. y la Dirección Territorial del Atlántico del Ministerio del Trabajo. Por otra parte, manifestó que en cumplimiento de las obligaciones pactadas en el acuerdo de formalización, suscribió con el demandante un contrato de trabajo a partir del 1 de noviembre de 2017, en virtud del cual canceló de manera completa y oportuna todas las acreencias laborales a las cuales tuvo derecho, y que en vigencia de la relación laboral, fue SAI S.A.S. y no AVIANCA S.A. -respecto de quien nunca ha actuado como intermediara- quien impuso los horarios de trabajo, turnos, órdenes y directrices que cumplió el demandante. Aseguró que el vínculo laboral con el actor terminó por decisión unilateral y con justa causa imputable al trabajador el 15 de noviembre de 2018 debido a que con su conducta se configuró una falta grave a sus deberes y obligaciones. Con relación al auxilio de alimentación, aclaró que entre las partes se pactó de común acuerdo que si esa sociedad de manera voluntaria reconocía en algún momento del vínculo laboral un auxilio de alimentación, este no tendría connotación salarial y, en todo caso, contrató con el proveedor externo denominado COMPASS GROUP el servicio de casino para los trabajadores tanto de planta operativa como planta administrativa, suma que es cancelada en su totalidad por SAI S.A.S. y que es imputable al auxilio extralegal de alimentación, por lo que no hay lugar al doble reconocimiento de este beneficio. Del mismo modo, y frente al auxilio de transporte, indicó que al interior de esa compañía existe la política de transporte L-SCP-001 para trabajadores de la empresa, razón por la cual el demandante contó con dicho beneficio previo el cumplimiento de las condiciones allí establecidas. Refirió que, mediante circular del 14 de junio de 2018, informó a los trabajadores el cambio del Reglamento Interno de Trabajo, el cual fue publicado en la sede de atención al colaborador P30, lugar al que el demandante tenía acceso, y que para el despido siguió el proceso disciplinario previsto en el artículo 99. Por otra parte, precisó que al interior de esa empresa también existe una política de tiquetes beneficio tercero que es otorgada por AVIANCA HOLDING S.A. conforme se detalla en ese documento, por lo que no se puede interpretar como un beneficio otorgado por AVIANCA S.A., y que entregó directamente la dotación al trabajador, así como las herramientas de trabajo, dotación y elementos de protección personal para el cabal cumplimiento de las funciones asignadas. Formuló como excepciones de mérito: *inexistencia de las*

obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin causa, justa causa para la terminación del contrato de trabajo del demandante, buena fe, prescripción, mala fe del demandante y genérica (folios 1 a 124, archivo 34 primera instancia).

La COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA, mediante apoderado, se opuso igualmente a la totalidad de lo pretendido, con fundamento en que entre dicha cooperativa y el accionante no existió relación laboral sino un convenio de asociación suscrito el 8 de enero de 2014, por solicitud voluntaria de éste presentada en la misma fecha, conforme a lo cual se cancelaron todos los derechos propios de dicho vínculo, que terminó por renuncia voluntaria debidamente aceptada. Resaltó que no prestó servicios de intermediación, pues su relación con AVIANCA S.A. se limitó a la venta de servicios por medio de una *oferta mercantil* que existió desde julio de 2003 hasta diciembre de 2017, labor que llevó a cabo de manera autónoma, independiente y autogestionada en tanto fue la CTA quien impartió las instrucciones, fijó turnos y horarios, a través de sus coordinadores y líderes respectivos, vínculo según el cual AVIANCA efectuaría capacitaciones, como también lo podían hacer terceros. Afirmó que el carné y los uniformes eran entregados por la cooperativa y en ellos debía aparecer identificada la empresa cliente, por disposiciones de la AEROCIVIL y de OPAIN por razones de seguridad aeronáutica, y que contrató los servicios de casino y transporte, sin ningún tipo de exclusividad. Los servicios prestados por la cooperativa no correspondían a la actividad misional de AVIANCA, si bien las labores del demandante iniciaron como auxiliar de operaciones terrestres, el acuerdo permitía que las mismas se modificaron por el representante legal de la cooperativa, según las necesidades que se presentaran respecto de los clientes. La cooperativa entregaba los elementos para la realización de la labor. En virtud del vínculo con el demandante, no se le cancelaba salario ni prestaciones sino las compensaciones de Ley, que incluían una asignación ordinaria mensual, compensación extraordinaria mensual, el cual era factor *compensacional* (sic) “*salarial*” y *prestacional*, compensación anual (cesantías), intereses de la compensación anual (intereses sobre las cesantías), compensación semestral (prima de servicios de junio y diciembre), auxilio de transporte y auxilio extralegal de transporte, compensación por descanso (vacaciones), así como reconocimiento de tiempo suplementario

según la necesidad de la operación, entre otros. También efectuó el pago de los aportes a seguridad social en salud, pensiones, riesgos profesionales y a una caja de compensación. Los aportes IVM asociados, se descontaban previa autorización del demandante para poder pertenecer a la cooperativa, y eran destinados a su sostenimiento y, en todo caso, fueron devueltos al finalizar el acuerdo. Sostuvo que dentro de la oferta mercantil suscrita con AVIANCA S.A., se celebró también un contrato de comodato el cual se surtió en plena vigencia del Decreto 4588 en el que se establece que las Cooperativas pueden desarrollar su objeto social sin que los medios de producción sean propios, siempre y cuando sobre los mismos ostente la condición de propietaria, poseedora o tenedora, por lo que *el direccionamiento y control de las herramientas de labor que se encontraban en comodato, siempre fueron ejercidas por el personal de SERVICOPAVA, no por la empresa cliente.* Propuso como excepciones de fondo: *cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y genérica* (folios 1 a 50, archivo 47, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de julio de 2023, en la cual el Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra e impuso las costas a cargo del demandante. Para tomar su decisión consideró, en primer lugar, que la vinculación que sostuvo el demandante con MISIÓN TEMPORAL lo fue por un espacio de 4 meses lo que respetó el límite de contratación dispuesto en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990. Frente a la contratación con la Cooperativa de Trabajo Asociado SERVICOPAVA, estimó con base en las pruebas recaudadas, que esa CTA no actuó como simple intermediaria, pues halló demostrado que el actor suscribió el formato de solicitud de ingreso a la cooperativa, cumplió con el requisito de obtener certificación de curso básico de economía solidaria, fue esa Cooperativa de Trabajo Asociado quien le reconoció compensaciones ordinarias equivalentes al salario a la prima de servicios y a las cesantías, así como la compensación por descanso equivalente a vacaciones, otorgó permisos al demandante para asuntarse de su puesto de trabajo, y suscribió un contrato de comodato con AVIANCA para el desarrollo efectivo de la operación. Por último, respecto al vínculo con SAI S.A.S. discurrió que AVIANCA no prestaba el servicio de operación en tierra, específicamente de cargue y descargue de equipaje, procesos que tenía

contratados con SAI, empresa que le compró todas las herramientas para el desarrollo de las operaciones como carros de transporte de equipaje, y como no encontró prueba alguna de la que pudiera colegir que AVIANCA dio órdenes o instrucciones al demandante o le aplicó sanciones disciplinarias o le entregó elementos de trabajo, determinó SAI S.A.S actuó como un verdadero contratista independiente (Audiencia virtual archivo 65 primera instancia, récord 1:04:27).

La parte resolutive de la sentencia es del siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor PEDRO MEJIA MANSBACH. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por las encartadas TERCERO: CONDENAR en costas al extremo demandante liquídense como agencias en derecho de la suma de \$500.000. CUARTO: En caso de no ser apelada, la sentencia deberá remitirse en el grado jurisdiccional de consulta a favor del libelista, según las reglas del artículo 69 del Código de Procedimiento, el trabajo y la Seguridad Social”*.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante aduce que el Juzgado no analizó lo relativo a una tercerización indebida, ni tuvo en cuenta que dentro de su objeto social AVIANCA sí desarrolla el proceso de asistencia en tierra, de lo que dan cuenta los documentos que aportó, y que era esta sociedad quien de hecho contaba con las autorizaciones para desarrollar ese proceso; por ello la necesidad de que los carnés y uniformes contaran con el logotipo de AVIANCA. Adicionalmente, resaltó que en el alcance de la negociación se consignó, frente al proceso de asistencia en tierra, que SERVICOPAVA atendería no solo a AVIANCA sino a otros clientes de esta, y era por ello que ese servicio se extendía a otras aerolíneas. Tampoco se analizaron aspectos como que las funciones contratadas por SERVICOPAVA lo serían para AVIANCA, por lo que debía estar subordinado a los requerimientos de esa empresa, así como a sus políticas, y en general sus lineamientos internos, aunque no se recibieran órdenes verbales, porque el direccionamiento técnico provenía de la usuaria, y que el servicio de casino era para trabajadores directos e indirectos de Avianca, incluso los vinculados a través de otras razones sociales. Frente a la vinculación con Misión Temporal, alega que sólo

se tuvo en cuenta la duración de la relación laboral, pero no se pronunció el despacho sobre los elementos concretos que deben seguir según la Ley 50 de 1990, específicamente, no determinó cuál fue el pico de producción para el que se contrató el demandante, ni verificó que, para ser contratado como trabajador en misión, Avianca debía estar desarrollando directamente los procesos de asistencia en tierra. Señala que se demostró que AVIANCA sí brindaba capacitación a los trabajadores de SERVICOPAVA y SAI, y que para ello se usaban las plataformas e insumos de esa empresa, las que de hecho era necesarias y requeridas para el desarrollo de las actividades de asistencia en tierra, de lo cual resultaba clara la falta de autogestión de SAI y la CTA. Igual ocurre con la alimentación, respecto de la cual no se demostró cuál era el supuesto proveedor contratado por estas. Destaca que no se revisó la jurisprudencia reciente sobre este tipo de contratos, ni se tuvieron en cuenta las sanciones administrativas impuestas a AVIANCA por intermediación ilegal que cobraron ejecutoria y darían lugar a la declaratoria del contrato realidad con esa empresa y el consecuente pago de las prestaciones contenidas en el Plan Voluntario de Beneficios. Por otra parte, sostuvo que dentro de sus pretensiones principales se encontraba el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa y el pago del auxilio de alimentación, aspectos que debieron revisarse, aunque lo que solicitó de manera general fue la aplicación del contrato realidad. Asegura que tampoco se estudió la ineficacia de la terminación del vínculo con la CTA¹ (Audiencia virtual archivo 65 primera instancia, récord 1:04:27).

¹ “Teniendo en cuenta los aspectos planteados y analizados por el despacho frente a la presente determinación me permito informar al despacho que presento recurso de apelación en contra de la determinación anterior para que en virtud del estudio en análisis por parte de la Sala Laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá, se disponga a revocar totalmente la determinación absolutoria anterior y en virtud de ello se disponga a condenar las pretensiones invocadas por mi parte dentro de la demanda y con fundamento en los aspectos que me permito presentar o fundamentar a continuación. Como primera medida en virtud de lo planteado por mi parte dentro del aspecto de la demanda, evidentemente el despacho hace un análisis inadecuado frente a las probanzas que han sido arrimadas al proceso partiendo del principio, que si bien es cierto la parte el despacho de primera instancia resalta que no se ha determinado siquiera la evidencia o la existencia de una vinculación laboral del demandante al servicio exclusivo de la demandada Avianca y que, por su parte, como lo resaltaba en alguno de sus aspectos, era parte de las demandas o de las codemandadas el desarrollo de actividades para otras aerolíneas, pues lo cierto o no, entremos en otro orden más como primera medida, se invoca dentro de las pretensiones de la demanda, el análisis y el estudio de los dos aspectos de tercerización del proceso de asistencia en tierra por parte de Avianca y, por una parte está la intermediación laboral y por la otra parte se encuentra la tercerización laboral indebida. El despacho única y exclusivamente hace alusión al estudio o el análisis de la intermediación, pero no de la tercerización laboral indebida, que había sido igualmente planteada dentro de los hechos y las pretensiones de la demanda, circunstancia pues que evidentemente al presentarse o al evidenciarse los dos aspectos, pues naturalmente dan por virtud la evidencia de la existencia de la única relación laboral de presentada por el demandante a través de las demandadas, y partimos de este principio en virtud del análisis

del aspecto documental frente al alcance de los conocimientos o de la asunción que presentan las demandadas o a concretamente Avianca frente a su responsabilidad empresarial suscrito en el objeto social inscrito ante Cámara de Comercio y allí cabe resaltar como lo había puesto de presente en los alegatos de conclusión que no fueron atendidos ni fueron analizados, que evidentemente Avianca dentro de su objeto social inscrito, se encuentra directamente la inscripción para el desarrollo de las actividades, aeroportuarias para su desarrollo económico y aquí el despacho mismo contradice su misma determinación, haciendo alusión que Avianca si desarrollaba el proceso de asistencia en tierra, pero con anterioridad del 2004, circunstancia que, pues evidentemente da a entender que efectivamente Avianca sí se encuentra en su objeto social inscrito, el desarrollo de las actividades de asistencia en tierra e igualmente se encuentra dentro del informativo aportadas por mi parte, que pues realmente no o lo escuché dentro de la relación de pruebas, los documentos atinentes a Avianca frente a la estructura interna que sí dan cuenta de la asistencia en tierra y esto es el, el esquema interno o estructura interna de Avianca, donde aparecen con los logos actuales posteriores al 2013, incluso actuales de Avianca. El último logo actual de Avianca que utiliza Avianca aproximadamente el de 2015. El proceso los y los subprocesos internos de Avianca en la estructura, donde sí aparece una Vicepresidencia una gerencia que incluso como el mismo testigo que fue invitado a esta oportunidad, Andrés Riaño pertenecía con anterioridad al 17 de noviembre, fecha que se vinculó igualmente al demandante a como director de operaciones terrestres de Avianca entonces este aspecto en que el despacho desliga la responsabilidad de Avianca frente al proceso de asistencia en tierra no es válido partiendo de principios fundamentales como lo es que el mismo testigo que le da plena validez el despacho. Pues así, aparte, como director de operaciones terrestres de Avianca a instancia del día anterior a que estaba realizando o estaba desarrollando el demandante las actividades a través de servicio para Avianca, entonces sí había una estructura interna de Avianca sí había un desarrollo de proceso. Igualmente, como se puede demostrar, y así mismo también lo admitió el representante legal de Servicopava tenía la autorización legal ante y ese es su fundamento, precisamente ante las autoridades aeronáuticas para desarrollar el proceso de asistencia en tierra y no por otra parte, podría ligarse efectivamente a que la necesidad de los trabajadores, e incluso el aquí demandante de utilizar los logos de Avianca y como lo decían también que las herramientas con los logos de Avianca para poderlas utilizar válidamente en el aeropuerto a no ser de que Avianca estuviesen legalmente ejerciendo el proceso de asistencia en tierra, porque de otra manera saltaría, pues la contradicción frente a por qué la aeronáutica civil le exigiría y aquí el despacho lo acepta, que la utilización de herramientas con los logos y las autorizaciones de Avianca e ingresar trabajadores con uniformes de Avianca al aeropuerto, ingresar trabajadores con los logos y distintivo de Avianca, que pues finalmente el despacho lo avala frente a un convenio, un presunto convenio de Tercerización, pero pues que a la Ley de las leyes aeronáuticas, pues no es totalmente válido conferir a que si Avianca si no tenía el desarrollo de la asistencia en tierra, porque tendrían que utilizar los logos y los distintivos. Entonces ese aspecto principal, pues parte que evidentemente Avianca si desarrollaba sus actividades conforme a lo dispuesto por la aeronáutica civil. Igualmente también comporta que era uno de los aspectos, saltaba también en el interrogatorio de parte y que intente fundamentar en el testigo Andrés Riaño, frente al desarrollo de las actividades, precisamente que ahorita el despacho dice que era porque desarrollaban a otras aerolíneas, tantos hay como Servicopava pero que fui insistente y el despacho no acudió a resolver la pregunta concreta que lo que reitero en esta oportunidad como lo dije en los alegatos de conclusión si me hubiesen dejado preguntarle que Andrés Riaño y tengo las pruebas, concretamente en otros procesos donde Andrés Riaño sí dice y nos acepta que Servicopava desarrollaba el proceso de asistencia en tierra de clientes de Avianca y que Avianca es ahí posteriormente en los procesos de asistencia en tierra desarrollan la mayoría son los clientes que venían desde el primero de enero del primero de noviembre 2017 anterior venían siendo los clientes de Avianca que se los pasa directamente a SAI aspecto, pues por voluntad igualmente del despacho, pues no lo pude aclarar a instancia que pues lo intenté como 3 veces pude aclarar ese tema, pero que sí, evidentemente sí lo veo, desafortunadamente que me lo cobran directamente en sentencia diciendo que las terceros sí se tenían, tenían otros clientes diferentes cuando intenté, pues por los medios legales que se desvirtuara esta circunstancia que pues la tengo probada en otros procesos, pero que pues lamentablemente en este no se pudo, entonces no es cierto, y además que el alcance si se observa el alcance de la negociación va a Servicopava frente al proceso de asistencia en tierra comprende no solamente la atención de las aeronaves de Avianca, sino la de sus clientes, o sea, que Avianca si tenía la clientela y que desarrollaba o se lucraba igualmente, el beneficio hacia la asistencia en tierra de otras aerolíneas. Y no, esto es un aspecto, pues que atañe directamente a la independencia de las aerolíneas, como lo plantea el despacho en esta oportunidad cabe resaltar pues igualmente que dentro del desarrollo de la asistencia en tierra dice o argumenta el despacho que el demandante no probó, no demostró que exclusivamente o que se presentará el desarrollo de las actividades para Avianca. Concretamente hago

alusión al documento certificación de fecha 7 de enero de 2014 que obra dentro del informativo página 6 del documento denominado de las pruebas del demandante, concretamente donde SERVICOPAVA refiere una carta al señor Pedro Mejía donde establece abro comillas como parte integral de los deberes del compromisos adquiridos por los miembros de la o bueno, con el fin de dar cumplimiento al estándares de calidad ofrecidos y negociados con nuestra empresa cliente, hemos decidido incorporar la responsabilidad de requeridas por la empresa cliente como parte integral de los deberes compromisos adquiridos por los miembros de la cooperativa que desarrollan actividades en el proyecto técnico administrativo y operativo de Avianca Sam deprisa en cumplimiento de los procesos ejecutados autogestionarios por la cooperativa, etcétera, etcétera. Carta 7 de enero 2014. En este aspecto, Avianca en carta suscrita directamente por Nicolás González Herrera, Secretario General de la cooperativa, está dando a entender o están informando al señor Pedro Mejía que va a cumplir las funciones para Avianca, Sam deprisa y esto parte igualmente de la afirmación del despacho donde decía que el casino de alimentación se demostró que lo brindaban a otras empresas diferentes, Avianca como deprisa y securitas, que era las empresas de seguridad partiendo del hecho o afirmando como si deprisa fuese una empresa o una razón social autónoma cuando lo resalta igualmente en los alegatos de conclusión deprisa es una marca comercial de Avianca, no es una empresa, es una marca y por lo tanto, pues si existe deprisa, estamos hablando de la misma Avianca, no estamos hablando de otra empresa y hablando de las empresas de seguridad, pues da el alcance que finalmente, pues también son las empresas de seguridad que le brindan servicios a Avianca directamente afirma el despacho, incluso adelantándome, pues un poco a ese aspecto de la plantación en casino que asistía en otras aerolíneas, este aspecto nunca fue demostrado. Este aspecto no es legal, no es cierto. Ninguna aerolínea hacía presencia, ninguna entidad diferente a Avianca, la empresa de Seguridad y como lo señala deprisa o SAI, eran los asistentes a ese casino de alimentación. Este aspecto no parte de la legalidad ni la interpretación válida que ofrece el despacho frente a sus esas declaraciones, pero volviendo al principio de la existencia o la evidencia del contrato, pues evidentemente en esta misma carta que relacionaba al 7 de enero ponen de presente que al demandante de cumplir los deberes y compromisos adquiridos como miembro de la cooperativa para desarrollar el proceso y los requerimientos que se realicen por parte de Avianca, SAI y DEPRISA. Esto finalmente que significa que estamos poniendo de presente la subordinación que debe tener el demandante frente a los requerimientos que realiza la empresa cliente, y así directamente nuestra, relacionando en esa rectificación aspecto que no se tuvo en cuenta y que pues evidentemente, conforme lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia no solamente se requiera que los trabajadores directamente obedezcan direccionamiento las órdenes verbales por parte de sus jefes directos contratados por la cooperativa, como en este caso se presenta, se plantea SAI, sino que igualmente uno de los elementos subordinantes y que determinan la sumisión frente a un trabajador es el requerimiento o el sometimiento a políticas y en general a los lineamientos internos de una empresa. Aquí el despacho desconoce que el mismo Andrés Riaño en su declaración y el interrogatorio de parte absuelto por las demandadas Servicopava y Avianca, establecen que pues sí, evidentemente deberían de cumplir el manual, incluso el manual de asistencia en tierra de Avianca y ese documento obra dentro del informativo, fue presentado por mí como prueba y fue validado como prueba y si observamos el contenido del manual de operaciones de Avianca, se establece primero el perfil de cargo que mi finalmente el despacho ponía de presente en esta oportunidad en las declaraciones del representante legal de Servicopava que el perfil de cargo impuesto por la por el cliente, o sea, que debía cumplir el perfil ordenado por Avianca y que igualmente la sumisión frente a los procedimientos tenían que ser atados a los reglamentos internos de Avianca. En ese manual que obra dentro del informativo y dentro del cual está el paso a paso de cómo se deben realizar las actividades, entonces aquí no es la autonomía de que el jefe le diga, señor, levanta esta caja, señor, ponga la acá sino que el direccionamiento técnico debe ser o está gestado directamente por Avianca calcado uno a uno de los pasos cómo deben realizarse los procedimientos por parte de Avianca e igualmente no lo pone de presente el despacho, pero Andrés Riaño estableció que en caso de que se apartaran de ese cumplimiento, Avianca tenía también unos jefes, unos supervisores que ponían de presente incluso no, como lo dice el despacho que no le podían direccionamientos Andrés Riaño claramente dijo que si había una irregularidad o estos supervisores le daban el direccionamiento directo, pero que la generalidad era que debían someterse a los jefes de la cooperativa o de SAI, pero que sí realizaban los direccionamientos. Esto es un aspecto que de manera ligera a interpretado el despacho, pero que sin embargo no tiene el alcance que realmente dio el testigo frente a esa declaración otro aspecto importante que tenemos que tener frente a la tercerización es que el despacho, inicialmente hablando de la vinculación del demandante con la demandada misión temporal, establece que existe plena legalidad frente a su vinculación, pasando por alto la totalidad del análisis de los elementos requeridos para la vinculación, la tercerización de o la vinculación de trabajadores misionales a través de

empresas de servicios temporales porque pues el despacho simplemente hace alusión a que el demandante sí aceptó a que había sido vinculado por misión temporal sí lo reconocía como su empleador y que adicionalmente tenía la claridad que había sido enviado en misión como trabajador para la empresa cliente Avianca, poniendo de presente solamente el término de duración la vinculación por la por parte de misión temporal, sin embargo, apartándose del análisis de los elementos concretos que deben seguir según la ley 50 1990, frente a la vinculación de los trabajadores misionales. Y es que, si bien es cierto, el despacho señala que fue enviado que solamente por un pico de producción cabe la pregunta a resaltar y debería haberse realizado el análisis cuál era el pico de producción por el cual fue vinculado el demandante este aspecto nunca tuvo la legalidad y además no se pone a analizar el despacho que el alcance contractual está supeditado conforme lo dice el mismo documento de contratación, hasta que la empresa cliente diga este aspecto nunca ha sido legal y el despacho no le ofrece ninguna sombra de duda frente a ese alcance, y lo más importante que lo puse de presente dentro de los alegatos de conclusión es la irregularidad de la vinculación que se realiza por parte de Avianca a través de la empresa misión temporal. Y es que el mismo despacho aquí concluye que Avianca dejó de realizar el proceso de asistencia en tierra a partir del 2003, 2004. Lo decía el despacho, pero pues la oferta mercantil es de 2003, cuando el demandante aquí vinculado fue contratado por misión temporal a partir del 2014, cuando ya Avianca no tenía el desarrollo del proceso de asistencia en tierra lo puse de presente para que fuese analizado por el despacho y no se realizó ese análisis. Por qué razón, si bien lo dice el despacho, las empresas de contratación temporal envían en misión a trabajadores para que desarrollen subordinadamente las labores por qué razón se concibe que el proceso que Avianca dejó de desarrollar desde el 2003 contrate Avianca trabajadores para desarrollar ese proceso como el aquí demandante y que lo envíen misión entonces, quién le daba órdenes si no era Avianca y eso el despacho no lo pone presen se supone que su misión temporal envía en misión Avianca y esto lo puse claro en el interrogatorio de parte tanto a Servicopava como al representante legal de Misión Temporal a quien envían a dónde envían en misión al trabajador Avianca porque Avianca recibió un trabajador en misión y un proceso de asistencia en tierra que no desarrolla desde 2003, si la subordinación derivaba de Avianca, entonces quién le dio órdenes en este aspecto, el despacho que lo puse presente en los alegatos de conclusión no absuelve estas dudas, sino que lo envían en misión a Avianca le daba las órdenes de Servicopava porque el proceso era de Servicopava, las herramientas según el despacho que estaban prestadas por comodato a copava y no eran de Avianca, entonces con qué herramientas desarrolló ese pico de producción el demandante quién le daba las órdenes a dónde las desarrollaba, porque el proceso asistencial no era de Avianca, era de Servicopava entonces este aspecto de la legalidad frente a la vinculación del demandante, a pesar de que sí se acepta y siempre se ha aceptado que sí fue vinculado, que sí fue un trabajador misional y todos los aspectos que el despacho resalta fueron ciertos frente a la vinculación del demandante a través de la temporal. Pero lo que no es cierto y no es válido es que se acolite o se colinde la legalidad de la vinculación de una persona a través de un contrato que lo dice aquí, el despacho inició o se convino con la empresa Avianca para el envío de personal misional desde el 2005 cuando ya el proceso de tercerización de asistencia en tierra estaba desde 2003 con Servicopava, entonces no cabe dentro de ese contrato, de esa amplitud del contrato comercial, establecer que válidamente Avianca podría contratar a un pico de producción que no se sabe cuál era al demandante para ser enviado en misión o para hacer trabajos de asistencia en tierra. Esta ilegalidad, frente a la vinculación es la que nos da pie, precisamente también a la irregularidad frente a la autonomía con que se desarrolla el proceso de asistencia en tierra por parte de Servicopava, recordemos entonces que igualmente, como lo decía el despacho, que las herramientas de labor y que toda esta utilización de los elementos no son elementos subordinantes, pero sí las reglas de la sana crítica lo exigen y más en materia laboral frente a la presunción que se debe o cómo se deben observar los precedentes frente a los trabajadores y que deben ser favorablemente hacia el trabajador y estos aspectos que nos generan esa duda de que Avianca, a pesar de que tenía, era propietaria de los bienes, a pesar de que se desarrollaban las actividades, tenía los permisos decía tercerizar el proceso de asistencia en tierra en Servicopava, una empresa que no tiene una especificación técnica para poder desarrollarlas, no tenía la autonomía financiera porque también es del es del resorte validar, como lo resalta al despacho, existe una certificación que Servicopava misma dice que entró en liquidación por falta de o por la desvinculación o por la terminación de la oferta mercantil con Avianca, qué significa esto que Servicopava no contaba con la autonomía financiera para poder desarrollar sus propias actividades y que dependía económicamente de Avianca para poder existir y la prueba de ello es que finalmente una vez termina el convenio de sus activos con Avianca, pues Servicopava entra en liquidación porque no tenía razón de ser porque no tenía ninguna autonomía ni la autonomía frente a los elementos para el desarrollo de la labor que eran por medio de un contrato de comodato que la Corte Suprema de Justicia, la doctora Isaura lo ha establecido claramente, no como una luz

en la santa interpretación del Derecho laboral, sino como una presunción por parte de la demandada frente a la inexistencia o la incapacidad para poder tener los propios medios, y esto también se ha resaltado en las recientes jurisprudencias que han salido en contra de Avianca, partiendo del principio que si era el interés de la cooperativa en desarrollar de manera autónoma y crecer y poder desarrollar su propio proceso en alguna oportunidad debía haber adquirido todos estos medios, pero lo cierto es que nunca pasó de eso y lo cierto es que Avianca casi durante todo el tiempo, seguía y permanecía vinculándose los elementos y las herramientas costosas de labor para poder desarrollar el proceso de asistencia en tierra con su nombre y con su logo y con su identidad, y nunca fue intención de Servicopava pues entrar a comprarlos, a adquirirlos o generar su verdadera autonomía, porque pues legalmente se establece y así lo ha concebido la Corte Suprema de Justicia no era su intención, no era su fin por el mismo nombre de la cooperativa, misma Servicopava Servicios Avianca. Damos a entender claramente que esto no era una cooperativa como lo plantea el despacho que el demandante quiso voluntariamente acceder y ser su propio jefe, vinculándose voluntariamente a firmar un acuerdo cooperativo y ser el propio dueño de su cooperativa. Esto no pasa, y menos aún en una cooperativa, como lo establecen los documentos de más de 8.000 trabajadores donde el mismo demandante establecía que se desarrollaban a través de vinculaciones por procesos internos en los cuales invitaban a trabajadores para formar parte y de donde se analizaba el perfil de cargo para poder acceder, como el despacho sí lo ha resaltado en esta oportunidad que pues evidentemente esos son aspectos directamente del contrato de trabajo y no de los deberes como asociados y que como trabajadores, o mejor dicho, como la esencia con la cual se desarrolla el trabajo cooperativo decía el despacho que no se demostró la prestación del servicio ya lo ponía de presente, que efectivamente se desarrolló no se encontró a ponía de presente que la testigo Meryein dentro de la declaración rendida dio cuenta que pues efectivamente no existían reclamaciones de parte del demandante hacia la demandada en relación con la vinculación o con algún otro expectativa frente al desarrollo laboral, recordemos y por eso presentaba también la tachá y las preguntas concretas a la testigo, Meryein que lo que le consta fue por lo que presuntamente leyó en una carpeta más, no directamente, porque ella dijo no conocer al demandante, ni siquiera entonces el despacho le genera validez a la testigo Meryein Amado, frente a que no existieron reclamaciones cuando es un aspecto que evidentemente debe ser documental y no a instancia de un testigo de oídas que finalmente no le consta y que nos argumenta aquí como yo lo planteaba, siendo la abogada que representa los procesos de Servicopava y nos viene a declarar acá que le consta que le pagaron todo, que le consta que no tuvo ninguna vinculación, que le consta que los jefes eran de la cooperativa, como lo resalta el despacho y que le consta incluso, pues que al demandante no se le quedó adeudando cuando en las preguntas que le digo, por qué le consta eso? porque lo leí alguna vez para prepararme frente a el testimonio en este proceso, aspecto que carece de toda validez, todas las circunstancias que puedan presentar la demandante frente a esa especulación y es un deber de la demanda presentar estos soportes documentales no ampararse en un testimonio de porque le consta solamente porque le leyó o presuntamente leyó una carpeta del demandante y se enteró absolutamente de toda la historia, incluso de lo que las evidencias, como plantea el despacho frente a la ausencia, reclamaciones y frente a quienes eran los Jefes cuando ni siquiera lo conocía. Y creo que en preguntas realizadas al despacho le pregunté concretamente quién eran los jefes y no tenía conocimiento o alcance directo entonces. Pues sí, yo quiero poner de presente ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, realmente la validez del testimonio o el alcance dado con el despacho frente a la validez de las declaraciones rendidas por la testigo Meryein Amado. Otro aspecto importante que debemos tener en cuenta es que dice el despacho que no se demostró que las demandadas presentarán las capacitaciones aquí tengo que poner de presente que no es cierto lo que dice el despacho o la evaluación jurídica que realiza el despacho frente a esta eventualidad. Recordemos que el mismo representante legal de Servicopava en instancia del interrogatorio de parte acepta que Avianca si brindaban las capacitaciones técnicas a los aquí demandantes. SAI igualmente lo acepta y el testigo Andrés Riaño, que como lo dice igualmente el despacho acepta que se realizaban las capacitaciones tanto de Avianca y como de otras aerolíneas, pero sí acepta que Avianca realizaba las capacitaciones, incluso están claro el testigo al declarar la existencia de estas capacitaciones que decían que se utilizaban las plataformas y los insumos de parte de la empresa cliente, o sea de parte de Avianca, entonces esta evidencia también es clara en establecer que el representante legal a instancia interrogatorio de parte aceptaron incluso la evidencia de las capacitaciones que se realizaban, y es más la ponían de presente como necesarias y requeridas para el desarrollo de las actividades la asistencia en tierra y los demandantes, así de que no hay cabida a poner a discutir o a poner en vilo la evidencia de la existencia de las capacitaciones del demandante por parte de Avianca y estos otros aspectos subordinante en el cual evidentemente la imposición de Avianca frente a arreglar las actividades del demandante a su acomodo, pues prácticamente devienen de las capacitaciones igualmente

establecidas y de los manuales que le imponían el deber de cómo desarrollarlo, y más aún ante la evidencia de los supervisores que hacía el despacho, lo pone o el despacho en primera instancia lo plantea como que no se da cuenta o de evidencia o de la subordinación de ellos, la pregunta palmaria surgiría entonces, para qué estaban concebidos ese tipo de supervisores de Avianca en el desarrollo de los procesos que deberían ser totalmente autónomos y autogestionarios por parte de SAI por parte de Servicopava, entonces no tendría ninguna asidero, teniendo en cuenta que pues si su participación era solamente documental, pues podrían hacerlo desde oficina y no bajo el cargo de supervisor los elementos que dice la el despacho, las herramientas cuando pasábamos a SAI asegura el despacho que las herramientas eran de propiedad de SAI no de Avianca. Este es un aspecto que igualmente yerra el despacho frente al análisis probatorio, partiendo del principio que si en el la instancia, el interrogatorio de parte es claro, la utilización de esas mismas herramientas que eran de propiedad de Avianca que estaban dadas en comodato a Servicopava pero que posteriormente la siguen utilizando y bajo la misma marca de Avianca, solamente que dicen que operaba por SAI pero le cree el despacho a el testigo, que es el liquidador de nómina el nominador que no tiene nada que ver con la operación, en donde dice que SAI sí los había comprado y le cree igualmente el representante legal cuando afirma que los habían comprado, pero esto es un aspecto que simplemente por solamente la afirmación dada por la parte no es suficiente y se requiere evidentemente, la prueba documental donde acredite que las herramientas eran de propiedades SAI y este documento nunca lo presentaron y es un precedente que lo pongo desde la presentación de la demanda y que si en sentir de las demandadas, quisieran dar por virtualidad por virtud de la propiedad de los elementos, deberían haber aportado el documento y no entrar a pretender demostrarlo a través de unos testigos no técnicos y que no le dan la garantía ni la validez requerida. Y este mismo juicio, este mismo aspecto probatorio o validez, su alcance demostrativa la yerra, el despacho, al presentar igualmente lo del aspecto de la alimentación, la alimentación, que pues finalmente también era requerida por mi parte, frente al desarrollo de las actividades que afirma el despacho que esto era suministrada a través de terceros y que era pagada por SAI e igualmente este aspecto, incluso en las declaraciones, el interrogatorio de parte ninguno fue claro en establecer quién era el que finalmente era entonces el proveedor si no era Avianca y no lo presentan documentalmente porque igualmente como lo de resalto al despacho, este es un no es un aspecto que sea válido demostrar y solamente con la argumentación o la exculpación de la demanda en afirmar que era un tercero no Avianca y que eso lo pagaban a un proveedor que no recuerdo que nombre, era lo decían así, pero que tenemos que darle validez. Este aspecto tendría que ser como lo de requería despacho, desvirtuar esa presunción que se tenía frente a la afirmación que hago en la demanda y tiene que ser desvirtuado documentalmente, no de otra manera, porque pues para ser así, pues evidentemente partiríamos de que no se requeriría ningún documento y solamente en contraposición de lo que se diga en la demanda y con lo que un eventualmente un testigo pueda firmar aquí ligeramente, pues sería bastante suficiente, y pues las reglas de la sana crítica no dan el alcance o ese alcance requerido para ese aspecto hay un aspecto importante, entonces que tengo que presentar o poner de presente frente a el establecimiento del contrato realidad y son las recientes jurisprudencias que han salido frente al establecimiento de Avianca el despacho establece que no sé qué o sea adquiriendo el estatus de lo que me resaltaban dentro del interrogatorio de Avianca, poder eludir la responsabilidad frente a las investigaciones administrativas en donde pues evidentemente las demandadas decían que nunca hubo sanciones administrativas y que eso no quedó en firme nunca, aspecto que no es cierto. El despacho comete ese error al no leer o al no analizar debidamente las pruebas aportadas por mi parte, donde dan cuenta efectivamente que sí cobró eficacia las sanciones impuestas en contra Avianca por la tercerización laboral, indebida y contra Servicopava sí está y yo lo presenté con las apelaciones que habían presentado Avianca y Servicopava con la determinación por parte del Ministerio, donde le tuvo por no dar cabida la apelación porque fueron presentadas de manera extemporánea y la firmeza del acto administrativo y la sanción, estas sí fueron efectivas. Estas sanciones sí están legalmente ejecutoriadas una circunstancia que no precisamente por no evaluar o leer la prueba. El despacho es que se presenta, es la formalización laboral como mecanismo para suspender la sanción económica, pero no, sin embargo, no significa que no hayan cobrado fuerza ejecutoria las sanciones, las sanciones sí existen las sanciones sí se presentan y las sanciones están totalmente legalmente ejecutoriadas y lo único que está levantado por parte del acuerdo de formalización laboral, el compromiso de Avianca adquirido es la sanción económica y es una suspensión que se daba por una vigilancia de 5 años frente a los procesos, pero no como lo afirma el despacho que eso nunca existieron y Por otro lado, también es importante poner de presente que no lo analiza de esa manera el despacho que pues evidentemente, ante las sanciones no, porque precisamente Avianca presentara una legalidad frente al desarrollo de sus procesos. Y tenemos dos investigaciones y dos sanciones administrativas por parte del Ministerio del

trabajo frente a la ilegalidad de ese procedimiento como para venir aquí a instancia del proceso, ponernos a decir que no se encuentra válidamente estructurado y que eso nunca existió. el Ministerio sí fue responsable frente a las actuaciones y obligó a Avianca que desarrollaran los procesos de formalización laboral, que incluso también fue permisivo y por esa instancia del proceso judicial. Estamos hoy presentando las garantías de los trabajadores frente a los procesos de formalización laboral, que pues vale la pena de plano de una vez entrar a decir que las formalizaciones laborales suscritas administrativamente por Avianca ante el Ministerio de trabajo, donde efectivamente acepta la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores, no significa que esté acolitando el Ministerio de Trabajo la vulneración de los derechos laborales de los trabajadores. Una cosa es la responsabilidad y atribuciones del Ministerio de Trabajo frente a las relaciones laborales en lo administrativo y otra en lo judicial frente a la generación de los derechos adquiridos de los trabajadores, que no fue analizado, pues evidentemente, por la decisión del despacho frente a la legalidad que le asistía a en la formalización, no contratación ni vinculación nueva, sino formalizarlos legalizarlos respetar los derechos y esto está, creo que en el numeral cuarto del compromiso de formalización respetarle los derechos adquiridos de los trabajadores y no vulnerable sus derechos fundamentales y aquí vulneraron la antigüedad, vulneraron la estabilidad, vulneraron el salario que venían devengando anteriormente y más aún, vulneraron los derechos extra legales que les correspondía por el la aplicación del plan de beneficios extralegales que ofrecía Avianca o que debía otorgarles Avianca por ser trabajadores directamente de ellos. Entonces esos aspectos son importantes, tener en cuenta y hacer un análisis de ius probationem, como la reciente jurisprudencia. Y lo reitero también igualmente se la había enviado al despacho, no la que salió en este mes que lo publicaba el día de ayer, la Corte Suprema de Justicia frente recalando este proceso de Avianca, pero sí alguna jurisprudencia del Tribunal y de los despachos judiciales donde dan cuenta precisamente estos aspectos frente a esto quiero resaltar entonces o solicitar ante la sala del Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar la determinación de la invocación frente al contrato realidad y necesariamente la aplicación de El plan voluntario de beneficios que debería haber sido otorgados a los aquí demandantes, Por otra parte si extraño, evidentemente, que el despacho hiciera una alusión muy somera. Por eso no pedí ni la aclaración ni la adición del fallo, porque pues el despacho fue claro en establecer que se relevaba del estudio o el análisis de estas de todas las pretensiones en virtud de lo analizado. Si él es despacho, eludió el análisis respecto de la terminación del contrato. Si bien es cierto, se aplica como pretensión como una de las pretensiones principales de la demanda, la estructuración del contrato realidad, pues igualmente estamos estableciendo algunas obligaciones adicionales que pues en caso de la terminación del contrato, la pretensión principal, una de las pretensiones principales también radicada en el estudio, el análisis de la indemnización por la terminación unilateral del contrato a instancia de las circunstancias que pues rodearon esa terminación, aspecto que pues el despacho considero no viable analizarlo de profundo, pero que sí, efectivamente a pesar de que se solicitara o si invocara de manera general la aplicación de un contrato realidad no lo exime ni lo exonera de El análisis debido frente a la forma como se desvinculó el demandante frente a una de las vinculaciones o frente las acciones laborales que han sido demandadas, porque recordemos que la vinculación y la instancia de la terminación fue demandada, fue requerida, fue sustentada y fue pretendida entonces es un aspecto que debe ser aclarado y como lo reitero, no a instancia lo solicité a de la aclaración o adición, porque el despacho fue claro en establecer relevarse el estudio voluntariamente de esa pretensión y no por descuido olvido otro de los aspectos que también el despacho de primera instancia no realizó análisis y que también con la misma, pues explicación, no solicité la aclaración o adiciones, la denominación o la determinación del auxilio de alimentación aspecto que pues si bien es cierto, el despacho analizaba y daba por viabilidad la entrega o la virtud del beneficio de alimentación en especie otorgado por la demandada conclusión del despacho que lo pagaba directamente, aspecto que nunca demostró a un tercero que no era ni siquiera Avianca, incluso si hubiese sido Avianca, pues podría haber sido válidamente presentado pero que sin embargo, frente a la legalidad del beneficio frente a la estructuración de lo que se quiso dar en el alcance, no comporta la legalidad, y esto también lo ha tenido las jurisprudencias y muchos despachos en virtud analizar frente la migración o la interpretación dada por la demandada frente al beneficio, la ley y la jurisprudencia ha establecido que no es posible cambiar o desvirtuar los Beneficios otorgados sin la autorización expresa del trabajador, como lo hace en esta oportunidad la demanda de migrar un beneficio que ya se tenían con anterioridad en alimentación, en dinero, en especie para eludir su responsabilidad frente a un compromiso voluntariamente pactado en el contrato de una alimentación en dinero por valor de \$100.000 pesos y no es cierto que eso no fue analizado, obviamente por el despacho, pero que solicitó a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá se sirva analizarlo, concretamente el beneficio está descrito y comprometido para ser pagado en dinero y que pues cualquier interpretación adicional, por más de que como lo plantea la demandada, la alimentación en especie era mucho

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre el demandante y MISIÓN TEMPORAL se suscribió un contrato de trabajo por *duración de una obra o labor determinada* el 9 de septiembre de 2013, el cual terminó por renuncia voluntaria el 7 de enero de 2014 (folios 61 a 62 y 71 y 72, archivo 32); ii) que entre MISIÓN TEMPORAL LTDA y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A. se suscribió la oferta mercantil MT246 de 2005 para el suministro del personal temporal requerido para *el normal desarrollo de las actividades comerciales de este último* (folios 76 a 86, 87 a 89 y 90 a 91); iii) que entre AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. – AVIANCA S.A.- y la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA se firmó una *oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos*, vigente entre el 1 de septiembre de 2003 y el 31 de diciembre de 2017 (folios 64 a 69, 79 a 82, 83 a 107 del archivo 47, primera instancia); iv) que el demandante se vinculó a SERVICOPAVA mediante la suscripción de un acuerdo cooperativo de trabajo asociado el 8 de enero de 2014 que terminó por renuncia del demandante el 31 de octubre de 2017 (folios 491 a 492 y 504, archivo 47, primera instancia); v) que en cumplimiento del acuerdo de formalización suscrito entre AVIANCA HOLDINGS y el MINISTERIO DE TRABAJO (archivo 18 a 275 archivo 05, primera instancia), el demandante celebró un contrato de trabajo a término fijo de un año con la sociedad SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. para desempeñarse como *agente de operaciones terrestres*, el cual

más costosa que los \$100.000 pesos de alimentación, esto no es óbice para poder eludir la responsabilidad en el pago de los 100.000 pesos que habían sido convenidos voluntariamente por el empleador para con el trabajador y que sin embargo, pues elude esta responsabilidad, se pretende hacer valer como un beneficio diferente y adicional en especie, como el cumplimiento de la obligación contractual, sin embargo, pues esto, la Corte Suprema de Justicia no lo ha avalado de esa manera y la determinación debe ser contraria y diferente, a lo que ha sido planteado en este en este informativo aspecto, pues por el cual solicito al honorable del Tribunal Superior de Bogotá se sirva analizar precisamente este beneficio de alimentación. Evidentemente tampoco se analiza por parte del despacho la manera como llegan los demandantes y la terminación presunta dada por la cooperativa de trabajo asociado frente a la vinculación y todos los aspectos que atienen a la nulidad o la ilegalidad de la terminación del vínculo a instancia de la cooperativa de trabajo asociado para su formalización de los demás antes aspecto, pues que debe ser analizado de conformidad por parte del Tribunal Superior de Bogotá, entonces en esos aspectos solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar de manera absoluta la totalidad del fallo emitido en esta oportunidad en primera instancia, para que se despache favorablemente la totalidad de las pretensiones invocadas por mi parte en esos aspectos dejo entonces fundamentado el recurso de apelación. Muchas gracias.”

se ejecutó entre el 1 de noviembre de 2017 y el 27 de noviembre de 2018, fecha esta última en la que el empleador le notificó la terminación unilateral del contrato alegando una justa causa imputable al trabajador (folios 1, 2 a 6, 31 a 33 y 60 archivo 35 primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación, el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS) si se acreditó la existencia de contrato de trabajo entre AVIANCA S.A. y el demandante, en el cual SERVICOPAVA, MISIÓN TEMPORAL y SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS SAI S.A.S. actuaron como simples intermediarios; y en dado caso definir los derechos legales o convencionales que pudieron haber surgido en favor del demandante que no se hayan pagado.

Para resolver dicha controversia y por razones de método, el Tribunal estudiará la validez de las tres formas de vinculación que tuvo el demandante, a saber: (I) como trabajador en misión de MISIÓN TEMPORAL LTDA.; (II) como trabajador asociado de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA; (III) como trabajador de la sociedad SAI, contratista de AVIANCA para el servicio de asistencia en tierra.

RELACIÓN DE TRABAJO

(I) TRABAJADOR EN MISIÓN: Para esta parte de la controversia el Decreto 4369 de 2006 (mediante el cual se reglamentaron los artículos 71 a 94 de la Ley 50 de 1990) permite la vinculación de trabajadores con intermediación de una Empresa de Servicios Temporales.

Si se cumplen las reglas dispuestas en la Ley para esta forma de vinculación, la relación de trabajo surgirá entre el trabajador con la Empresa de Servicios Temporales como empleador y no con el usuario de los servicios.

La validez de esta forma vinculación exige que el objeto del contrato sea el desarrollo de una cualquiera de las siguientes actividades: i) atender labores ocasionales, accidentales o transitorias, a las que se refiere el artículo 6° del Código Sustantivo del Trabajo, ii) reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad, o iii) atender incrementos en la producción, en el transporte, en las ventas de productos o

mercancías, o durante los períodos estacionales de cosechas, e incrementos en la prestación de servicios. Las normas limitan además la procedencia de esta vinculación temporal a seis (6) meses, prorrogables por seis (6) meses adicionales, advirtiendo claramente, en el parágrafo del artículo 6º, que transcurrido el primer año NO se podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con otra empresa de esta naturaleza, aunque la causa que originó el servicio subsista en la empresa usuaria.

Si se cumplen estas reglas, ninguna responsabilidad tendrá la empresa usuaria frente a obligaciones que puedan haber surgido a cargo de la Empresa de Servicios Temporales, quien fue, por mandato legal, el verdadero empleador.

Con estas premisas normativas y una vez revisado el expediente, el Tribunal encuentra que respecto a la vinculación con MISIÓN TEMPORAL las pruebas aportadas demuestran cumplidos los requisitos de esta forma especial de vinculación, específicamente y en lo que a la controversia interesa, se demostró que las funciones contratadas se enmarcan en el tercer supuesto que trae el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 (atender incrementos en la producción o en la prestación de servicios), y se probaron respetados los límites temporales dispuestos en las normas.

La forma de vinculación como trabajador en misión, permitida en el ordenamiento jurídico, se insiste, quedó clara de los documentos aportados, a saber: (i) la oferta mercantil No. MT246/05 suscrita entre MISIÓN TEMPORAL LTDA. y AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO (folios 76 a 86, archivo 32) cuya cláusula segunda estipuló como objeto *suministrarle a EL USUARIO -AVIANCA-, a nivel nacional, a sus propias expensas y con autonomía técnica y administrativa, el personal temporal requerido para el normal desarrollo de actividades comerciales en los eventos previstos en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, entre estos “cuando el usuario lo requiera para atender incrementos en la venta de sus bienes y/o mercancías, periodos estacionales, y en la prestación de servicios”*; (ii) el contrato de trabajo por obra o labor que suscribieron el demandante y MISIÓN TEMPORAL respetando el límite temporal que define la Ley, pues se ejecutó con PEDRO MEJÍA MANSBACH durante aproximadamente 4 meses (del 9 de septiembre de 2013 y el 7 de enero de 2014), como lo afirma la demanda en el libelo (la norma autoriza seis

meses prorrogables por seis meses más); (iii) la finalidad de la contratación (incremento en los servicios o productividad) se obtiene del contrato por obra o labor en cuya duración se establece que *“en todo caso, el objeto de la obra o labor contratada será la prestación de servicios requerida por la usuaria, considerando la naturaleza jurídica del empleador, el trabajador desarrollará las labores de auxiliar de operaciones para la empresa usuaria AVIANCA S.A. por el tiempo que dure el aumento en la productividad por alta productividad, así el presente contrato estará vigente hasta que la cláusula décimo tercera tenga efectos”*.

Vale la pena indicar que la vinculación de trabajadores mediante EST es esencialmente distinta a otras modalidades de tercerización de la relación de trabajo para las cuales el ordenamiento jurídico establece condiciones diferentes de eficacia, como los contratistas independientes o los afiliados a Cooperativas de Trabajo Asociado.

En esta excepcional modalidad de contratación (Empresas de Servicios Temporales) los trabajadores en misión cumplen funciones *missionales* del contratista, y la relación surge con la Empresa de Servicios Temporales pese a que la subordinación se hubiera ejercido por la empresa usuaria, pues así lo autoriza la ley.

Esta misma Sala ha dictado condenas en contra de las empresas usuarias cuando en el proceso se demuestra que los servicios no fueron temporales por haber sobrepasado el límite máximo de un año dispuesto en la ley, o cuando su objeto no se enmarcó en las actividades que el ordenamiento autoriza desarrollar en esta modalidad, lo que no ocurrió en este expediente.

La sola circunstancia de haber renunciado el demandante a sus labores con MISIÓN TEMPORAL y haberse vinculado a SERVICOPAVA para prestar servicios en el mismo cargo de *auxiliar de operaciones terrestres* en AVIANCA, no desvirtúa el objeto del contrato temporal por *alta productividad* en el que se sustentó su vinculación como trabajador en misión, ese puede -precisamente- el destino natural de un trabajador en misión cuando, la misión temporal exija una permanencia y/o la consecuente vinculación directa con la usuaria, lo que puede ocurrir, por ejemplo, ante una vacancia definitiva en su planta de cargos permanente.

Así las cosas, resulta válido el contrato suscrito con duración definida por la obra o labor que suscribió el demandante con MISIÓN TEMPORAL LTDA., como trabajador en misión en AVIANCA S.A., contrato que se ejecutó desde el 9 de septiembre de 2013 al 7 de enero de 2014.

II) TRABAJADOR ASOCIADO: Sobre esta forma de vinculación son pertinentes los artículos 22, 23 y 24 del CST que definen al contrato de trabajo y sus elementos, y el artículo 59 y concordantes de la Ley 79 de 1988 que regulan el *trabajo asociado*.

De acuerdo con estas normas, en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo subordinado diferentes, a saber: el que presta un *trabajador* en favor de otra persona bajo contrato de trabajo (al cual le es aplicable la legislación laboral), y el que presta un *asociado* en favor de la cooperativa de la cual forma parte, al cual no se le aplica la legislación laboral.

Sobre esta última modalidad –que alega ocurrida la demandada- se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para advertir la validez de la estipulación normativa que excluye al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, siempre y cuando no se utilice *“de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de [TERCERAS] personas naturales o jurídicas”*².

² Sentencia del 6 de diciembre de 2006. M.P. GUSTAVO JOSÉ GNNECCO MENDOZA radicación 25713. *“Debe la Corte precisar que la contratación con cooperativas de trabajo asociado para la producción de bienes, ejecución de obras o prestación de servicios se halla permitida y reglamentada por la ley, pues constituye una importante fuente de trabajo a través de la organización autogestionaria de personas que deciden asociarse para trabajar de manera solidaria bajo sus propias reglas. Pero es claro que la celebración de contratos con esas entidades no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo, con el fin de evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de una persona natural o jurídica. Esa conducta no cuenta con respaldo jurídico y constituye una reprochable tergiversación del objetivo que persiguió la ley al permitir el funcionamiento de esos entes cooperativos, en los que debe prevalecer real y efectivamente, mas no sólo en apariencia, el trabajo cooperado y mancomunado de los trabajadores que de manera libre hayan tomado la decisión de organizarse para desarrollar su capacidad laboral. Por esa razón, cuando se ha contratado a una cooperativa de trabajo*

Con base en ello la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias de condena en contra de las personas naturales o jurídicas que se beneficiaron del servicio personal, porque se ha demostrado en el proceso judicial que fueron verdaderos empleadores por haber ejercido el poder subordinante del cual está investido un *empleador*, frente a la persona que les prestó el servicio.

Sobre este elemento -la subordinación- la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado, claramente, que la posibilidad de *delegación* en el beneficiario de los servicios del control y dirección de la actividad que desarrolla el trabajador está prevista para relaciones jurídicas diferentes al Trabajo Asociado, entre ellas las que surgen entre la empresa usuaria y una Empresa de Servicios Temporales, pero NO para las Cooperativas que vinculan trabajadores al servicio de terceros.

Textualmente dijo la Corte en la sentencia referida lo siguiente: “*no podrá considerarse legalmente en tales eventos [de trabajadores asociados al servicio de terceros] que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta, porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral*

asociado para que preste un servicio, ejecute una obra o produzca determinados bienes, es claro que en el evento de que los trabajadores que adelanten la ejecución de las actividades en desarrollo del respectivo contrato se hallen sin duda sujetos a una subordinación típicamente laboral respecto del beneficiario del servicio, de la obra o de la producción de bienes, deberán ser considerados como sus trabajadores para todos los efectos legales, por concurrir allí los elementos que configuran una verdadera relación de trabajo, como con acierto lo concluyó en este caso el Tribunal, lo cual es fiel trasunto del principio de la primacía de la realidad, elevado hoy a rango constitucional por el artículo 53 de la Constitución Política. Y no podrá considerarse legalmente en tales eventos que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales, calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión. Desde luego, no podrá considerarse que en quien ha acudido a la fraudulenta utilización de la contratación con una cooperativa de trabajo asociado exista algún elemento que razonablemente pueda ser demostrativo de buena fe de esa persona, porque si realmente ostenta la calidad de empleadora, se estará en presencia de una conducta tendiente a evadir el cumplimiento de la ley laboral, lo que, en consecuencia, amerita la imposición de sanciones como la moratoria debatida en el presente proceso”.

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

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

Además se deberá observar de las pruebas aportadas, y a tenor de lo dispuesto en el artículo 35 del CST que define al *simple intermediario* como aquel que contrata a otras personas para que ejecuten trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador, si la cooperativa, aun cuando aparezca como empresario independiente, lo que hizo en realidad fue, “*agrupa[r] o coordina[r] los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo*” y si ello ocurre, será un simple intermediario y no un empleador. En tal caso las obligaciones que surjan en favor de los trabajadores se entenderán radicadas en cabeza de la persona natural o jurídica que se benefició del servicio, y dichas obligaciones surgirán de las normas legales y de las normas *convencionales* que regulen las relaciones de trabajo que ese verdadero empleador esté ejecutando con sus trabajadores propios.

Con base en lo dicho hasta ahora, cuando se alegue la existencia de trabajo asociado pero en el proceso se demuestre (i) que la persona natural o jurídica que afirma ser un empresario agrupó o coordinó los servicios de trabajadores en beneficio de terceros, y éstos desarrollaron actividades ordinarias

inherentes o conexas a las actividades del contratante, (ii) que las labores se desarrollaron utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos del contratante de ese tercero, y (iii) que quien ejerció el poder subordinante y el control de las actividades de esos trabajadores fue el beneficiario de las labores; el juez declarará en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política) que el verdadero empleador fue quien se benefició de los servicios, y que el contratista (Cooperativa) actuó como un *simple intermediario*, con todas las consecuencias que ello acarrea en cuanto a los derechos que se pudieron haber causado.

Atendiendo a lo anterior y analizado el acervo probatorio, encuentra el Tribunal demostrado que en el periodo laborado por el demandante como trabajador de la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SERVICOPAVA y en beneficio de AVIANCA, no existió tal relación, pues actuó bajo la subordinación y control de esta, utilizando elementos de su propiedad. El periodo referido transcurrió entre el 8 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2017.

Se acreditó que los servicios del actor se prestaron a favor de AVIANCA S.A. con la oferta mercantil suscrita entre ésta y SERVICOPAVA (folios 64 a 69, 70 a 82 y 83 a 107 del archivo 47, primera instancia), conforme a la cual el demandante fue asignado para desempeñarse como auxiliar de operaciones terrestres a favor de la aerolínea, a partir del 8 de enero de 2014 (folio 87, archivo 03), cargo que fue modificado posteriormente al de *Agente de Operaciones Terrestres* conforme a los “*estándares de calidad exigidos por la empresa cliente*” (folio 494, archivo 47) y desempeñó hasta su retiro el 31 de octubre de 2017 (folio 504, archivo 47). Además, declararon sobre esta materia los representantes legales de SERVICOPAVA³ y AVIANCA⁴ en interrogatorio de parte, así como los testigos ANDRÉS RIAÑO ALZATE⁵ y MERYEIN YANCETH AMADO OROZCO⁶.

Respecto de la subordinación y el control que ejercía la demandada sobre los servicios que prestó PEDRO MEJÍA MANSBACH, obra como prueba la misma oferta mercantil (folios 70 a 82, archivo 47 primera instancia) de la cual se

³ Audiencia virtual del 28 de febrero de 2023, archivo 58, récord 26:17.

⁴ Audiencia virtual del 28 de febrero de 2023, archivo 58, récord 1:07:05

⁵ Audiencia virtual del 6 de julio de 2023, archivo 61, récord 43:38.

⁶ Audiencia virtual del 6 de julio de 2023, archivo 61, récord 1:20:36.

evidencia que el oferente –SERVICOPAVA- no tenía independencia en la contratación del personal, pues debía ajustarse *“al perfil requerido”* por AVIANCA S.A.⁷, y que esta empresa podía verificar *“el cumplimiento de los estándares requeridos”* mediante *“labores de coordinación e interventoría”*⁸ las cuales debían ser acatadas por la Cooperativa, junto con la obligación de divulgar y aplicar dichos estándares por parte de su personal⁹. Así mismo, la cooperativa se comprometió a implementar el *“modelo Gestión de Aliados Estratégicos”* establecido por la aerolínea¹⁰ y las *“reglas de acceso y circulación”* dentro de sus instalaciones¹¹ los cuales eran de estricto cumplimiento para los asociados. Aunado a lo anterior, del acuerdo de trabajo asociativo con SERVICOPAVA suscrito el 8 de enero de 2014 (folios 491 a 492 ibídem) se advierte que aún antes de su ingreso –e incluso antes de su solicitud de afiliación a la cooperativa presentada en la misma calenda (folio 496 ibíd.)- el 3 de enero de 2014 adelantó el programa de inducción denominado *“sensibilización en valores, beneficios y marco estratégico de AVIANCA”* (folio 522 ibídem.) el 7 siguiente, se le entregó el *“código de ética de la empresa cliente Avianca”*, el cual debía cumplir so pena de sanción disciplinaria (folio 524, archivo 47 primera instancia). El 29 de abril de 2016 se modificó la denominación de su cargo y las responsabilidades conforme a los *“estándares de calidad exigidos por la empresa cliente”*, que incluyó el deber de cumplir los *procedimientos, recomendaciones y restricciones de Operaciones Terrestres “publicados por el cliente”*, la asistencia a capacitaciones *“de la empresa cliente”* y la aprobación y mantenimiento en vigencia de los cursos de entrenamiento para atención de aeronaves y procesos de *“la aerolínea cliente Avianca”* (folio 494, archivo 47). Sobre esto último se advierte que las plataformas digitales de cursos de capacitación y de asignación de turnos se encontraban a cargo de AVIANCA S.A. (folios 306, archivo 04).

Los elementos de prueba analizados en conjunto indican claramente que el elemento subordinación entendido como la facultad de impartir órdenes sobre modo, cantidad, y calidad del servicio, y la *facultad de imponer reglamentos*

⁷ Cláusula Segunda inciso 2º numeral 1.

⁸ Cláusula Segunda inciso 1º.

⁹ Cláusula Segunda inciso 2º numeral 16 y 17.

¹⁰ Cláusula Segunda inciso 2º numeral 10.

¹¹ Cláusula Segunda inciso 2º numeral 13.

los desarrollaba la empresa Avianca. Sobre la valoración probatoria en materias como la que se estudia, reciente línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- ha reconocido el “*haz de indicios*”¹² compilado en la Recomendación 198 de la OIT¹³ como un instrumento útil para “*examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta*”, cuando la subordinación no parece encajar en la forma tradicionalmente entendida como la “*integración del trabajador en la organización de la empresa*”¹⁴.

En este orden de ideas, además de las pruebas analizadas, el Tribunal encuentra otros indicios de intermediación en la Cooperativa, pues desde la aceptación de la *oferta mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos* por parte de AVIANCA S.A. (folios 64 a 107 archivo 47) el oferente –SERVICOPAVA- se comprometió a asignar asociados para ocupar las *posiciones –cargos-* en una cantidad

¹² Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3695-2021 Rad. 79334 M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ: “*Precisamente en la última providencia (CSJ SL1439-2021), la Sala recopiló varios indicios que la jurisprudencia ha identificado, que si bien no son reglas exhaustivas, dado el carácter dinámico y circunstancial de las relaciones de trabajo, se relacionan con los mencionados en el referido instrumento internacional, así:*

‘(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020)’”.

¹³ La cual, contrario a lo señalado por el apoderado de AVIANCA S.A. en su apelación, no está sujeta a ratificación, pues ésta aplica únicamente a los Convenios, según el artículo 19 de la Constitución de la OIT.

¹⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3436-2021 Rad. 81830 M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ: “*Por último, es oportuno señalar que la jurisprudencia más reciente de la Corte (CSJ SL 4479-2020 y CSJ SL1439-2021) ha destacado la importancia de la Recomendación 198 de la OIT, que compila un haz de indicios enunciativo para resolver problemas complejos que se ven en las dinámicas de trabajo actuales, especialmente los que se presentan en sectores económicos fragmentados en los que se ha expandido la externalización de servicios. En la primera decisión, la Corporación señaló que uno de tales indicadores de una verdadera relación laboral es justamente la «integración del trabajador en la organización de la empresa».*

En ese sentido, la verificación de que el trabajador estaba vinculado a un ente carente de estructura propia, especializada, sin dominio de los medios de producción ni autonomía en la selección del personal y todo esto se correlaciona con una evidente integración del trabajador a la estructura organizativa y productiva de la empresa, serían elementos suficientemente indicativos de una relación laboral subordinada y de la intención oculta de encubrirla”.

variable *“conforme a las necesidades de EL (sic) DESTINATARIO DE LA OFERTA”*¹⁵, y Avianca se comprometió a pagar la suma equivalente a *“multiplicar las tarifas unitarias (...) previstos (sic) por cada asociado enviado a apoyar cada uno de los procesos”*¹⁶ según las asignaciones por compensación establecidas para cada *posición* en el anexo No. 1 de la oferta, situación claramente indicativa de que en realidad se firmó un contrato de suministro de personal, pues no se pagaba por el desarrollo de una labor global o el alcance de un objetivo determinado, sino por el número de personas que prestarían el servicio. La empresa contratante conservó, además, la facultad de *aumentar o disminuir* el número de trabajadores asociados en cada cargo según sus necesidades; tampoco podía SERVICOPAVA subcontratar o ceder la prestación del servicio¹⁷ lo que da cuenta de la escasa libertad que tenía en dicha relación comercial.

Además y si bien dentro de las obligaciones de la cooperativa respecto de sus asociados se encuentran la de pagar subsidios de transporte, entrega de dotaciones y uniformes, y la adquisición de pólizas de riesgos, lo cierto es que según el numeral 4 de la cláusula tercera, le correspondía al destinatario de la oferta *“pagar directamente como costos adicionales a la prestación de los servicios objeto de la presente oferta mercantil los relacionados con trámites de los permisos ante la Aerocivil, los carnets, elementos de protección personal, la alimentación y el transporte de los asociados de EL OFERENTE. Para los procesos que apoyen los asociados de EL OFERENTE que requieran un uniforme o vestuario específico, el costo será asumido por EL DESTINATARIO DE LA OFERTA y los uniformes o vestuario específico será entregado por EL OFERENTE directamente a sus asociados”*.

Aunque lo anterior resultaría suficiente para declarar el contrato realidad de trabajo con AVIANCA, las pruebas del expediente demuestran, además, que los elementos de trabajo eran propiedad de esa aerolínea, lo que permitiría inferir la condición de simple intermediario en la Cooperativa. Se probó que la *destinataria de la oferta* –AVIANCA S.A.- tenía la obligación de entregar *“en comodato los equipos, herramientas o elementos”* que la cooperativa requiriera para que los trabajadores prestaran sus servicios (folios 108 a 426

¹⁵ Cláusula Primera y su párrafo.

¹⁶ Cláusula Cuarta.

¹⁷ Cláusula Décima Segunda.

archivo 47). No sobra recordar que en el contrato de comodato el propietario del bien los entrega en *préstamo* a título gratuito, y advertir que en el caso bajo estudio la entrega no se limitó a unos pocos bienes que resultasen indispensables por su especificidad o elevado costo que justificara el préstamo por parte de la contratante¹⁸, el comodato se suscribió como contrato “*accesorio*” a la referida *oferta mercantil* suscrita, y en su ejecución AVIANCA S.A. entregó más de quinientos (500) elementos y equipos de oficina, tales como computadores, archivadores, sillas, puestos de trabajo, televisores, impresoras, etc., los cuales estaban taxativamente asignados a cada uno de los cargos que previamente estableció la oferta (ibídem.). Además, por tratarse de un comodato *precario*, AVIANCA S.A. conservó la facultad de exigir los elementos prestados “*en cualquier tiempo*”¹⁹ circunstancia a todas luces contradictoria con la prestación del servicio por terceros que tuvieran “*autonomía técnica, administrativa y directiva*”²⁰.

La ausencia de autonomía se expresa también en la incapacidad financiera del contratista, al punto que le impedía responder por los riesgos de su labor si prescindía del contrato con AVIANCA S.A., tanto era así que una vez AVIANCA S.A. decidió terminar unilateralmente la vinculación, en septiembre de 2017 (folio 107 archivo 47), la cooperativa resolvió, en diciembre del mismo año, entrar en estado de disolución y liquidación (folios 428 ibíd.).

Así pues, obran elementos de prueba suficientes para entender que existió una indebida intermediación en la vinculación del demandante por parte de SERVICOPAVA, pues pese a que entre la cooperativa y AVIANCA S.A. se suscribió un contrato de prestación de servicios por aceptación de la pluricitada *oferta mercantil*, el servicio del actor se prestó de manera exclusiva y continua a la aerolínea, quien se reservó amplias capacidades de control sobre los servicios y exigió el cumplimiento de reglamentos con el pretexto de mantener ciertos *estándares*, las labores se realizaron en las locaciones de AVIANCA y para cumplirlas suministró las herramientas, materiales y uniformes, de lo cual

¹⁸ Como equipos Avantel, tractores, montacargas, camionetas, etc.

¹⁹ Artículo 2219 del CC: “*El comodato toma el título de precario si el comodante se reserva la facultad de pedir la cosa prestada en cualquier tiempo*”.

²⁰ Cláusula Segunda inciso 1º de la Oferta Mercantil para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos.

resulta claro que el trabajador estuvo integrado en su *organización y estructura empresarial*.

Ante esa realidad, resultan insuficientes para desvirtuar el verdadero vínculo aspectos formales como la denominación o tipo de vínculo que contienen los documentales analizadas, y los demás que obran en el expediente como la solicitud de vinculación del actor a la cooperativa y su aceptación, la suscripción de un convenio asociativo, la autorización de descuentos por concepto de *cuota solidaria* de consignación de su “*suelo*” en una cuenta de nómina (folios 491 a 492, 496 a 498 archivo 47), que ésta lo hubiera asignado para prestar sus servicios a favor de AVIANCA S.A., o hubiera realizados los pagos de nómina y liquidación (folios 501, 514 a 522 y 545 a 549 *ibídem*), así como que haya sido la encargada de elaborar certificación de desarrollo de labores asociativas o hubiera efectuado la afiliación y los pagos a seguridad social y caja de compensación (folios 530 a 544 *ibídem*), o las solicitudes de permisos, descansos y pagos a ésta (folios 512 a 513 y 514 a 522 archivo 47).

En materia laboral prima la realidad sobre las formas y se acreditó –según lo dicho- que el demandante desarrolló una labor personal y subordinada con la sociedad AVIANCA S.A., en la cual SERVICOPAVA actuó como un simple intermediario en el período transcurrido entre el 8 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2017.

iii) CONTRATISTA INDEPENDIENTE: El artículo 34 del C.S.T. establece que “*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 beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. (...)*”. Su obligación entonces no es la de suministrar personal sino lograr, por su cuenta y riesgo y a cambio de un precio, el objeto contractualmente definido con el dueño de la obra.

Con relación a esta figura, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema ha indicado que, por su esencia, la norma en cita prevé dos relaciones jurídicas, a saber: una entre el beneficiario de la obra y el contratista que la ejecuta; y otra entre este contratista y los trabajadores que se emplean para el

desarrollo del objeto del primer vínculo. Las dos relaciones, resultan diferentes en su origen, objeto, causa, finalidad, naturaleza y partes que la integran. La primera es de naturaleza civil o comercial, en tanto que la segunda es laboral.

En lo que hace al beneficiario del servicio o dueño de la obra, es claro que no es empleador en términos formales ni reales con respecto de los trabajadores vinculados por el contratista y adscritos al objeto contractual, pues no ejerce sobre ellos subordinación laboral alguna, de suerte que sólo es acreedor de un resultado o de un concreto servicio (Sentencia del 24 de abril de 1997, rad. 9435, reiterada en sentencia de 12 de septiembre de 2012, radicado 55498).

En esa medida, conforme al artículo 34 del CST responderá de manera solidaria, cuando se demuestre que la actividad contratada es del giro ordinario de las actividades que realiza, pero NO como un verdadero empleador.

Con estos fundamentos, descendiendo al caso bajo estudio y analizado el acervo probatorio, para la Sala se acreditó que a partir del 31 de octubre de 2017 el demandante prestó servicios a la sociedad SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS S.A.I. S.A.S., quien actuó como un verdadero contratista independiente y no como un simple intermediario.

Al respecto, se advierte que para el periodo en que el demandante estuvo vinculado a la empresa SAI S.A.S. (del 1 de noviembre de 2017 al 27 de noviembre de 2018), los medios de convicción dan cuenta que esta empresa fungió como verdadera empleadora, pues fue quien ejerció el poder subordinante y sometió al trabajador a sus propias políticas y reglamentos. De hecho, fue quien adelantó el procedimiento de descargos contra el demandante, conforme lo establecido en su reglamento interno de trabajo. Además se probó que adquirió los bienes que eran de propiedad de AVIANCA S.A. para la ejecución de los servicios en tierra, por lo que contaba con total autonomía técnica y administrativa para llevar a cabo las labores determinadas en su objeto social; de ello dan cuenta los documentos que militan a folios 9 a 15, 16 a 17, 47, 133 a 134, 137 a 144 del archivo 35, el interrogatorio de parte del representante legal de AVIANCA en el que manifestó que todos los elementos y herramientas de trabajo se las vendió a SAI, y los testimonios de

JORGE ORLANDO PIRABAN NIÑO²¹ y ANDRÉS RIAÑO ALZATE, declaración de este último que resulta consistente con lo advertido por la representante legal de SAI, quien manifestó que desde noviembre de 2017 asumió el proceso de asistencia en tierra y adquirió todos los elementos que eran de propiedad de AVIANCA.

Además, los testigos fueron contestes en señalar que los beneficios otorgados por la compañía como la alimentación -que se otorgaba en el casino- y el transporte, eran contratados con terceros, y los costos de estos servicios eran asumidos directamente por esa empresa; y respecto a la política de beneficio de tiquetes, aunque estos se entregaban a través de la aerolínea AVIANCA, lo cierto es que fue desarrollada en los documentos propios de SAI S.A.S., quien valga decir, hace parte del grupo AVIANCA HOLDINGS (folios 135 a 144).

En todo caso no se allegaron pruebas que permitan discernir si el servicio del demandante se prestaba de forma exclusiva para Avianca, pues se acordó autorizado con empresas diferentes, ni cual era el vínculo que ataba a SAI S.A.S. con AVIANCA S.A., aunque esta última aseguró que tenían relaciones comerciales, pues ningún medio de prueba se arrimó a efectos de demostrar esa circunstancia.

En este periodo, contrario a lo que ocurrió con SERVICOPAVA, con ninguno de los medios de prueba que se incorporó se pudo desvirtuar que la subordinación fuera ejercida por quien fungía como empleadora del demandante (SAI S.A.S.), o que ésta no tuviera el control y autonomía sobre las funciones desempeñadas. El perfil, funciones y requisitos del cargo, fueron establecidos por SAI S.A.S (folios 9 a 15, archivo 35, primera instancia).

En consonancia con lo que viene de exponerse, aunque el demandante alega que con AVIANCA se ejecutó, en realidad, un solo contrato de trabajo del 2013 al 2018, la evidencia del expediente da cuenta clara que, si bien existió dicho vínculo, este tuvo lugar únicamente entre 8 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2017, periodo en el que SERVICOPAVA fungió como simple intermediaria.

²¹ Audiencia del 6 de julio de 2023, récord 30:54 archivo 61, primera instancia.

No hay lugar entonces a declarar la unidad contractual que el demandante reclama. De hecho, la relación laboral con Servicios Aeroportuarios Integrados surgió como consecuencia del acuerdo celebrado por AVIANCA HOLDINGS con el Ministerio del Trabajo, en el que se dispuso que SAI –empresa del grupo- asumiría todos los procesos y subprocesos de asistencia en tierra; por ello se incluyó al ahora demandante en ese acuerdo.

DERECHOS CAUSADOS EN FAVOR DEL DEMANDANTE.

Definidas las relaciones de trabajo así: como trabajador en misión entre 2 de diciembre de 2011 y el 7 de enero de 2014; como trabajador de AVIANCA con intermediación de SERVICOPAVA entre el 8 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2017; y como trabajador de SAI SERVICIOS AEROPORTUARIOS desde el 1 de noviembre de 2017 hasta el 15 de noviembre de 2018.

PRESCRIPCIÓN: Antes de estudiar si se adeuda algún valor al demandante por beneficios extralegales, prestaciones sociales, vacaciones, entre otros, se debe definir la excepción de prescripción de la acción, propuesta oportunamente.

Sobre la prescripción, los artículos 488 del CST y 151 de CPTSS disponen un término de tres años para la prescripción de la acción judicial que busca el reconocimiento judicial de un derecho laboral. El término corre “*desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible*” y “*el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez*”, por lo cual corre nuevamente por un lapso igual al inicial (3 años). En cesantías, el término trienal de prescripción se contabiliza a partir de la terminación del contrato, por ser el momento a partir del cual se hace exigible su pago, en las vacaciones el término de tres años comienza a correr cuando termina el año con que cuenta el empleador para concederlas, una vez causadas, conforme lo establece el artículo 187 del CST.

Como la demanda fue presentada el 18 de septiembre de 2020 (archivo 02) y no se advierte que se haya reclamado el pago de los conceptos sobre los que versa la acción, operó la prescripción de los derechos que pudieron causarse antes del 18 de septiembre de 2017, salvo las cesantías -según se dijo- y las

vacaciones frente a las cuales procedería el pago de las causadas en el año 2016 y 2017.

i) PAGO DE BENEFICIOS DEL *PLAN VOLUNTARIO DE BENEFICIOS*: Pretende el demandante se le reconozca y pague la bonificación especial que se reconoce *a todos los trabajadores no sindicalizados en el mes de febrero*, la prima de vacaciones, la prima de navidad, al *reconocimiento por antigüedad*, el *incentivo de productividad*, el *auxilio educativo*, el auxilio médico, la *ayuda especial para salud*, el *auxilio de alimentación* y el auxilio extralegal de transporte que se encuentran contenidos en el *Plan Voluntario de Beneficios de la empresa Avianca*. Sin embargo, de acuerdo con el contenido de dicho plan, aunque este se ofrece a *todos los colaboradores de tierra sindicalizados y no sindicalizados*, estos *voluntariamente deben acogerse a todas sus estipulaciones*, con lo cual se excluye el pertenecer de *manera simultánea a otros regímenes de beneficios extralegales existentes en la compañía*. Específicamente en el numeral 1.5 se estableció: “*el presente Plan Voluntario de Beneficios se ofrece a todos los colaboradores sindicalizados y no sindicalizados de tierra, que voluntariamente deseen suscribirlo a todas sus estipulaciones, en total plano de igualdad, sin discriminación alguna*” (folio 11 archivo 60).

En esa medida, para hacerse acreedor de los beneficios económicos allí contenidos debía probarse que el demandante se acogió al mismo, lo que no ocurrió. Por ello, no resulta procedente la condena por los beneficios extralegales reclamados.

ii) PAGO DE PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES CAUSADAS ENTRE 2014 Y 2017, Y RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES CAUSADAS CON POSTERIORIDAD A 1 DE NOVIEMBRE DE 2017: El Tribunal negará el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y vacaciones reclamadas por el periodo comprendido entre el 8 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2017 pues, además de que operó la prescripción sobre la mayoría de estos conceptos, el demandante confesó que durante su vínculo con SERVICOPAVA recibió compensaciones ordinarias mensuales, compensaciones extraordinarias mensuales, compensación por descanso, un auxilio semestral, un auxilio anual y el rendimiento de su auxilio anual, las que de acuerdo con el régimen de compensaciones de SERVICOPAVA (folios 468

a 475) son equiparables, en su orden, al salario, a las vacaciones, a las primas de servicio, a las cesantías y a los intereses a las cesantías.

Así, teniendo en cuenta que en virtud de lo dispuesto en el artículo 1630 del Código Civil el pago por terceros de una obligación la extingue, y que de todas formas el *simple intermediario* fungió como representante del empleador en los términos del artículo 32 del C.S.T, y se propusieron las excepciones correspondientes, no hay lugar a disponer el pago adicional de unas acreencias laborales que ya fueron canceladas.

Frente a la reliquidación pretendida y considerando los precisos términos en que se presentó la pretensión, se advierte que en la forma como se analizó lo relativo a la relación laboral, el demandante tuvo un contrato de trabajo con AVIANCA hasta el 31 de octubre de 2017, y a partir del 1 de noviembre de ese mismo año existió una verdadera relación laboral con SAI S.A.S., por lo que, al tratarse de relaciones jurídicas independientes, no pueda alegarse la desmejora de condiciones salariales y prestacionales entre el fenecimiento de un vínculo y el nacimiento de otro, para obtener el reajuste de acreencias en los términos solicitados.

iii) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO. El artículo 64 del CST dispone el pago de indemnización ante la *“terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador”*, de lo cual resulta claro que solo existe dicha responsabilidad cuando se demuestra en el proceso que el contrato de trabajo terminó y que la decisión en ese sentido la tomó el empleador, carga que el artículo 167 del C.G.P. asigna al demandante que reclama el pago.

Revisado el expediente el Tribunal se abstendrá de dictar la condena que se reclama, pues el demandante no demostró –como era su deber procesal²²– que el contrato hubiera terminado por una decisión unilateral de la aerolínea demandada.

²² Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL2805-2020 Rad. 76988 M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN: *“al ser una carga del trabajador demostrar el despido, en todo caso no se abriría paso el reconocimiento de la sanción deprecada”*.

Por el contrario, se acreditó que la terminación ocurrió por renuncia voluntaria del trabajador y aunque se alegó la existencia de vicios del consentimiento, no se probó con ningún medio de prueba la presencia de los mismos en ese acto del demandante.

Ahora bien, no le corresponde al Tribunal pronunciarse sobre la forma en que finalizó el contrato de trabajo con SAI y si procede en ese caso el pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues todas las pretensiones de la demanda se construyeron sobre la base de un verdadero contrato de trabajo con AVIANCA S.A. incluyendo ese lapso. De la demandada SAI S.A.S. se procuró únicamente responsabilidad solidaria. Ninguna pretensión subsidiaria se formuló que hiciera viable el estudio de esta situación, como se propone en el recurso.

Se recuerda que las facultades ultra y extra petita, están reservadas para el juez de primera o única instancia.

iv) SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS: Como quiera que la sanción por no consignación a las cesantías es exigible a partir del día siguiente a la fecha máxima que tenía el empleador para depositar las cesantías en un fondo, esto es el 14 de febrero, el plazo máximo para reclamar el pago de esta indemnización respecto de las cesantías causadas en el año 2016, venció el 14 de febrero de 2020. Por ello, en los términos anunciados en precedencia, operó el fenómeno prescriptivo por haber sido radicada la demanda el 18 de septiembre de 2020. Téngase en cuenta que no procede el pago de esta sanción respecto de las cesantías del año 2017, pues para esa anualidad -en la que terminó el contrato de trabajo- la obligación del empleador era pagarlas directamente al trabajador.

v) SANCIÓN POR NO PAGO DE INTERESES A LAS CESANTÍAS: De la misma forma que se indicó anteriormente, se encuentra prescrita la acción para reclamar el pago de esta sanción, pues el empleador tiene hasta el 31 de enero de la anualidad siguiente a la causación de los intereses a las cesantías para efectuar su pago, por lo que la sanción es exigible a partir del día siguiente. Por ello, para que la reclamación judicial de este concepto fuera oportuno, debió interponerse la demanda antes del 31 de enero de 2020.

vi) REINTEGRO CUOTA DE ADMISIÓN Y CUOTAS MENSUALES EQUIVALENTES AL 5% DEL SALARIO: Frente a la devolución de estas sumas basta con indicar que el demandante confesó en el interrogatorio de parte que las cuotas mensuales le fueron devueltas a la finalización del *convenio de asociación* que suscribió con la cooperativa de trabajo asociado SERVICOPAVA, y en todo caso, ello se verifica a folio 501 del archivo 47, en el que se constata que tales valores se retornaron con los rendimientos respectivos, últimos que compensan con suficiencia la cuota de admisión que fue de \$20.534. En esa medida, no se impartirá condena alguna por este concepto.

Finalmente, aunque en el recurso el demandante solicita se estudie el pago del auxilio de alimentación pactado en el contrato de trabajo con SAI que, asegura no le fue cancelado en vigencia de la relación laboral, lo cierto es que ello no resulta procedente porque no fue solicitado en esos términos por el actor. Como se dijo, las pretensiones se fincaron en la existencia de un verdadero contrato de trabajo con AVIANCA S.A., y ninguna solicitud se efectuó, aunque fuera de manera subsidiaria, respecto de SERVICIOS AEROPORTUARIOS INTEGRADOS S.A.I. S.A.S. en caso de hallarse la existencia de un verdadero contrato de trabajo con esa sociedad.

SIN COSTAS en apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral PRIMERO de la sentencia, para DECLARAR que entre el demandante y AVIANCA S.A. existió un contrato de trabajo entre el 8 de enero de 2014 y el 31 de octubre de 2017.
2. **DECLARAR** probada la excepción de prescripción y parcialmente probadas las de compensación y pago.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado

SALVO VOTO PARCIAL



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

ACLARO VOTO

EXP. 36 2022 00138 01
Gilberto Córdoba Suárez contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GILBERTO CÓRDOBA SUÁREZ CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuestos por PORVENIR, y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 19 de diciembre de 2023 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GILBERTO CÓRDOBA SUÁREZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado al régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de PORVENIR, por el incumplimiento del deber de información. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos, así como los demás dineros aportados con motivo de la afiliación, y la afiliación a COLPENSIONES sin solución de continuidad (ver demanda folios 03 a 24 archivo 01 y subsanación folios 04 y 05 archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 36 2022 00138 01
Gilberto Córdoba Suárez contra Colpensiones y otro.

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional y el posterior traslado horizontal que efectuó el demandante son válidos como quiera que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria. Aduce que es improcedente declarar viciado el acto de traslado por un error de derecho pues las condiciones del RAIS están determinadas en normas legales, aunado a que el demandante no aporta prueba alguna de que dicho acto se hubiera realizado con algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que el demandante alegue como causa de nulidad su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y traslado dentro del términos legales, y no lo hizo. Propuso en su defensa, las excepciones de fondo 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* (ver contestación folios 02 a 44 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que el traslado del demandante al régimen de ahorro individual se dio de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, y que la decisión obedeció a la información brindada por los asesores de la AFP que acompañaron el traslado. Además, no se aporta ninguna prueba que demuestre algún vicio del consentimiento para invalidar la afiliación. Sostiene que de presentarse en este caso un error de derecho, este no vicia el consentimiento. Advierte que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003, por lo que le es imposible a esa entidad tenerla como afiliado del RPM ya que ello contraviene el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, y, de encontrarse probado algún tipo de omisión en la información y se llegase a determinar que la consecuencia es la nulidad del traslado, se debe garantizar la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de la pensión. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad*

EXP. 36 2022 00138 01
Gilberto Córdoba Suárez contra Colpensiones y otro.

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, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (ver contestación folios 02 a 26 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de diciembre de 2023 mediante la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor GILBERTO CÓRDOBA SUÁREZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con efectividad del 01 de mayo del 2009 a través de PORVENIR. SEGUNDO: SE ORDENA PORVENIR, a normalizar la afiliación del actor en el SIAF y trasladar a COLPENSIONES, la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, incluyendo rendimientos y bonos pensionales lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas, así como entregar el archivo y el detalle de los aportes realizados por este durante la permanencia en el RAIS. TERCERO: SE ORDENA a COLPENSIONES, a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante. CUARTO: SE DECLARA no probada la excepción de prescripción. QUINTO: SE CONDENA en costas a PORVENIR. Liquidándose como agencias en derecho,*

EXP. 36 2022 00138 01
Gilberto Córdoba Suárez contra Colpensiones y otro.

la suma de \$1.000.000.” (Audiencia virtual, récord 35:07, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. solicita que se revoque la sentencia. Afirma que el antecedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos, pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas que considera no se da en este caso. Dice que el demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, con el cumplimiento de los requisitos previstos para la época del traslado. Señala que las condiciones, características, ventajas y desventajas de las AFP se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993, lo que puedo el demandante validar en cualquier momento. En su calidad de consumidor financiero debía actuar con la debida diligencia y obtener información suficiente relacionada con el acto jurídico. Solicita que se revoque la orden de indexación como quiera que esta se compensa con los rendimientos, tal como lo han expuesto otros Tribunales, como el de Medellín, Cali y Cundinamarca¹ (Audiencia virtual, récord 36:38, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Señoría, respetuosamente me permito presentar recursos apelación en contra de la sentencia de instancia solicitándole al honorable tribunal superior de la sala laboral se sirva a revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaración del acto ineficacia de la afiliación del demandante al RAÍS así como las condenas interpuestas en contra de mi representada, conforme a las siguientes consideraciones, pues en primer lugar debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable corte suprema de justicia, esta nos ha indicado que el presente no se puede aplicar de una forma homogénea en todos los procesos en donde se solicite la nulidad, la ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información, en efecto, debe existir una similitud fáctica en las condiciones, pues de cada uno de estos traslados, situación que para mí representa, no se ve en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado al régimen pensional de una forma informada y cumpliendo con todas las cargas normativas para el año 2009 y ahora bien y con independencia de la información que le entregó el asesor al momento del traslado las características, condiciones ventajas y desventajas del régimen que se encontraban establecidas en la ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información que le otorgaba mi representada y de igual manera y como todo consumidor financiero, el demandante debió actuar con mediana diligencia, lo que suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando y con mayor razón, si los elementos relevantes que le permitían apreciar las consecuencias de esta decisión estaba claramente determinados en normas legales de común conocimiento asimismo, es de decirse que el actuar de mi representada aquí llamada a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes para el momento del traslado al régimen pensional adicionalmente les solicitamos a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena interpuesta a mi representada en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos de capital que se encontraba en la cuenta individual del demandante ello es así pues bien, lo han venido señalando los tribunales superiores de Cundinamarca, de Medellín y de cali, pues en sentencias amplias en la cuales se determinó que con la condena de los rendimientos financieros, se compensa la depreciación del poder adquisitivo o la pérdida del poder

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada*

adquisitivo de la moneda con el paso del tiempo señoría por todo lo anterior, dejo presentado mi recurso. muchas gracias.”.

EXP. 36 2022 00138 01

Gilberto Córdoba Suárez contra Colpensiones y otro.

por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)".

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 45² años de edad y había cotizado 831.14³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 4 años, 8 meses y 4 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 58 años de edad- ver folios 42 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶. Para

² Nació el 22 de noviembre de 1963, folio 42 archivo 01.

³ Ver historia laboral de Oficina de Bonos Pensionales folio 117 a 118 archivo 08

⁴ Ibidem

⁵ *Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

⁶ *Sentencia STL3187-2020: "Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los*

EXP. 36 2022 00138 01
Gilberto Córdoba Suárez contra Colpensiones y otro.

la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera,*

grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

EXP. 36 2022 00138 01
Gilberto Córdoba Suárez contra Colpensiones y otro.

forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que en el año 2009 se vinculó con Nutrición en Acción con el Departamento de Boyacá y en ese momento la jefe de talento humano les presentó una asesora de Porvenir, y sin que les entregara información alguna ella diligenció el formulario para el tema de pensión, así como salud y los demás requeridos (Audiencia virtual del 19 de diciembre de 2023).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de

EXP. 36 2022 00138 01
Gilberto Córdoba Suárez contra Colpensiones y otro.

administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo rendimientos, bonos pensionales gastos de administración, comisiones, primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷), los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 36 2022 00138 01
Gilberto Córdoba Suárez contra Colpensiones y otro.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

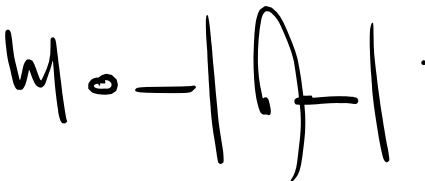
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 36 2022 00138 01
Gilberto Córdoba Suárez contra Colpensiones y otro.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LIDA LUCERO URREGO OSPITIA
CONTRA CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S.**

Bogotá D. C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación presentado por la demandada, contra la sentencia dictada el 26 de abril de 2023 por el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a la CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S. a pagar indemnización por despido sin justa causa y perjuicios morales causados como consecuencia del despido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LIDA LUCERO URREGO OSPITIA presentó demanda contra la sociedad CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 1 de diciembre de 2018 hasta el 9 de julio de 2019, que terminó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador con *violación del debido proceso*, y que su último salario básico fue de \$3.825.800. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagarle indemnización por despido sin justa causa y los perjuicios morales producto de *las lesiones en su fuero interno, causadas por el ataque a su dignidad de ser humano, en tanto que las razones para su terminación laboral nunca fueron probadas, la vulneración a sus derechos fundamentales al debido proceso y los derechos que emana de dicho concepto, vulnerados por el empleador, los daños a su buen nombre ante sus compañeros de trabajo, la vulneración a su trayectoria intachable en los años de servicio en la empresa, la afectación familiar que este suceso ha*

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

causado en su entorno familiar y las demás que sean probadas en el presente proceso, los cuales tasó en 12 SMLMV.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que el 1 de marzo de 2008 suscribió con CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S. un contrato de trabajo a término fijo de tres meses, para desempeñar el cargo de *Enfermera Jefe*, el cual se prorrogó por tres periodos iguales, y luego automática y sucesivamente por el término de un año, desde el 1 de diciembre de 2009 hasta el 30 de noviembre de 2019. El 22 de marzo de 2017 firmó el *otro sí No. 1*, en el que se modificó el cargo, el salario y la jornada de trabajo para desempeñarse como *Coordinador Administrativo Centro de Fertilidad*. Aduce que el 9 de julio de 2019, cuando llegó de disfrutar sus vacaciones, fue abordada por personal administrativo de la Clínica, específicamente por YASMINA CASTELLANOS, MIGUEL ÁNGEL BARRETO y el abogado de la clínica, para llevar a cabo una diligencia de descargos en la que se le hicieron *imputaciones falsas del supuesto delito de Abuso de Confianza*, por los pagos de unos pacientes de la clínica que no se habían realizado, y aunque explicó que no cometió ningún delito y que nunca se apoderó de dineros de la empresa, se le continuaron incriminando los hechos sin darle la oportunidad de ejercer su derecho de defensa y controvertir las *pocas pruebas*, de las que no le corrieron traslado con el tiempo suficiente para el debido análisis; en la diligencia solicitó que se escuchara al Dr. Carlos Andrés Zorro Rodríguez quien podía aclarar que ella no se había apoderado de dinero alguno, pues seguía sus indicaciones, y pidió verificar las cámaras de seguridad, pero sus peticiones no fueron oídas. Indica que mediante comunicación del 9 de julio de 2019 su empleador le comunicó la terminación del contrato de trabajo atribuyendo como causal el “*presunto ilícito de Abuso de Confianza, tipificado en el artículo 249 del Código Penal Colombiano*”, y el 30 de julio de 2019 se radicó en su contra denuncia penal por *hurto agravado por la confianza*. Por ello interpuso denuncia penal contra el representante legal de la Clínica de la Mujer por el delito de *calumnia y falsa denuncia* (ver demanda y su subsanación folios 2 a 20 archivo 01 y archivo 04).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S. a través de apoderado judicial quien aceptó la existencia del contrato de trabajo, aclarando que las prórrogas se contaron de forma inadecuada por la demandante, y la modificación del cargo a *Coordinadora Administrativa* a partir del 22 de marzo de 2017, en virtud de lo

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

cual la demandante sería *garante de los procesos administrativos del centro de fertilidad*. Los demás hechos los negó. Se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo (i) que las fechas de prórroga del contrato no se ajustan a la realidad pues la primera prórroga anual inició el 1 de marzo de 2009, y (ii) que el contrato de trabajo terminó con justa causa *por falta grave y negligencia grave* que aceptó la demandante en la diligencia de descargos, procedimiento previo al despido que se enmarcó *dentro de la legalidad, permitiendo el goce del derecho fundamental al debido proceso*. Al respecto, indicó que en la semana comprendida entre el 24 y 28 de junio de 2019 se realizó un proceso de auditoría en el que se halló en los *procedimientos de transferencias embrionarias*, que el dinero generado por los servicios de 10 pacientes a los quienes se realizó el tratamiento de acuerdo con las historias clínicas, nunca se facturó, ni se registró en el sistema, pese a que sí se recaudó la suma de \$36.992.158, situación que constituye un detrimento patrimonial para la sociedad en la suma anotada. Por ello, y en vista de que la garante del proceso de facturación es la *Coordinadora Administrativa del Centro de Fertilidad*, cargo desempeñado por la demandante quien debía *velar por la adecuada concreción de los procesos de facturación*, la convocó a descargos con el propósito de *dilucidar las condiciones de tiempo, modo y lugar del acaecimiento de los hechos*, los cuales se llevaron a cabo el 9 de julio de 2019, y en ellos la demandante “*confesó que incumplió el procedimiento de facturación, omitió completamente los procedimientos que se había comprometido a garantizar, confesó que no solo conoció que dichos procedimientos médicos no se facturaron, sino que además confesó que por órdenes del Dr. Carlos Andrés Zorro intermedió para que dichos procedimientos no se facturaran de acuerdo con los procedimientos del centro de fertilidad (...) y que los procedimientos se habían cobrado, pero que el dinero no se encontraba en su poder*”. Bajo tal entendido la demandante *no solo incumplió los procedimientos administrativos que se encontraron bajo su tutela con ocasión a su cargo, sino que además la violación fue consciente y con el fin de concretar la desviación de las sumas de dinero que se recaudaron*; por esa razón incurrió en las *graves justas causas de despido* contenidas en el código sustantivo del trabajo, el contrato, el reglamento interno de trabajo y el otrosí. Aducen que la terminación del contrato de trabajo de la demandante se fundamentó no solo en el delito de *abuso de confianza*, sino también en los graves incumplimientos a sus deberes contractuales. Frente a los perjuicios pretendidos aduce que con la demanda no se allega prueba de su existencia, monto y nexo de causalidad

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

con una acción u omisión de esa sociedad, y en todo caso, resulta ajeno a la *lógica* que las actuaciones de una persona que generó un detrimento de cerca de \$40.000.000 pida que se le indemnicen perjuicios, pues el *único sujeto procesal legitimado para reclamar perjuicios* es esa Clínica. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de las irregularidades aducidas por la demandante y justificación de su despido, improcedencia del reconocimiento de la indemnización por despido, buena fe, pago total, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción* (ver contestación folios 2 a 36 archivo 13, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de abril de 2023, por medio de la cual el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S. a pagar a la demandante indemnización por despido sin justa causa y perjuicios morales. Para tomar su decisión consideró, frente a la duración del contrato de trabajo, que este se prorrogó por tres periodos sucesivos de tres meses y a partir del 1 de febrero de 2009 por el término de un año, esto es, hasta el 31 de enero de 2010, por lo que la última prórroga corría desde el 1 de febrero de 2019 hasta el 31 de enero de 2020. Frente a la indemnización por despido sin justa causa estimó que la terminación del contrato de trabajo se motivó en el delito de abuso de confianza tipificado en el artículo 249 del Código Penal lo que enmarca en la causal contemplada en el numeral 5º del artículo 62 del C.S.T., y si bien como funcionario de la especialidad laboral no podía determinar la comisión de la conducta penal por carecer de competencia para ello, no se demostró la apropiación en provecho de ella o un tercero de los dineros recaudados. Advirtió que bajo el condicionamiento del parágrafo del artículo 62 del C.S.T. y atendiendo la manifestación expresa contenida en la misiva de despido, no es posible considerar que se hubieran alegado otras causas para dar por terminado el contrato, por ello, aunque pudiera configurarse el incumplimiento de las funciones a cargo de la demandante derivadas del otrosí suscrito, ese hecho no se adujo en la carta de despido, solo se alegó la configuración de un delito que exige un grado distinto de responsabilidad y de acreditación laboral. Accedió al pago de los perjuicios morales pues consideró que la calificación realizada en la carta de despido atentó contra la honra y dignidad de la demandante, lo que generó la situación de congoja que describieron los familiares de la demandante, una afectación en lo personal, y la repercusión que trajo en contrataciones futuras.

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la CLÍNICA DE LA MUJER S.A.S. a reconocer y pagar a favor de la demandante la señora LIDA LUCERO URREGO OSPITIA los siguientes conceptos: a) la suma de \$26.265.000 por concepto de indemnización por despido que deberá ser recocida de forma indexada desde el momento de su causación, es decir, al momento del despido hasta cuando se realice el pago efectivo de la obligación; b) la suma equivalente a 10 SMLMV de esta anualidad por concepto de perjuicios morales ocasionados por las razones que sirvieron de fundamento para el despido. SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV de esta anualidad. Por secretaría en su debida oportunidad procesal serán liquidadas”* (Audiencia virtual, archivo 18 trámite de primera instancia, minuto 25:16).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la demandada reitera los argumentos de la contestación a la demanda. En síntesis, pide que se revoque la sentencia de primera instancia pues el despido de la demandante cumplió con todos los parámetros legales y constitucionales de validez, y se fundamentó en una justa causa. Sobre esto último, considera que cumplió con la carga de informar de manera oportuna a la demandante cuáles fueron los hechos y circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que se fundó la terminación del contrato de trabajo, como lo dispone el parágrafo del artículo 62 del C.S.T., y que la causa aducida es la que contempla el numeral 8º de dicho artículo, específicamente estableció que la demandante incurrió en un grave incumplimiento de sus obligaciones contractuales consagradas en el otrosí suscrito el 22 de marzo de 2017, las cuales además eran constitutivas de un tipo penal al omitir el procedimiento de facturación previsto por esa entidad en el caso de 10 pacientes a quienes se les realizó un procedimiento de transferencia embrionaria, lo que generó un detrimento patrimonial de \$36.992.158, hecho que se probó ocurrido pues algunas de las pacientes manifestaron haber realizado el pago en efectivo y dichos pagos no aparecen en ninguno de los sistemas, omisión en la que la demandante confesó haber incurrido y que quiso justificar en las órdenes dadas por uno de los médicos. Asegura que no solo se probó el incumplimiento de sus funciones sino

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

también su participación en la desviación de los dineros que efectivamente pagaron las pacientes, lo que tipifica varios tipos penales, entre ellos, el abuso de confianza y el hurto, y que *solo cuando se comprobó que fue la directa responsable de la pérdida del dinero, se tomó la decisión de fenecer el contrato*. Aduce que no hay una fórmula sacramental para poner de manifiesto al trabajador cuáles son los hechos que dan lugar a la extinción del vínculo, y en este caso *“ese mismo día a la trabajadora se le expuso con precisión cuales eran los hechos circunstancias de tipo modo y lugar que daban lugar a la terminación del contrato de trabajo en este caso eran las conductas por acción y omisión que habían desplegado la trabajadora para efectos de omitir el procedimiento de facturación lo que generó una pérdida cercana a los 40 millones de pesos a mi representada”*. Considera que es el juez quien debe realizar la valoración jurídica de los hechos y enmarcarlos dentro de la norma aplicable. Frente a los perjuicios, aduce que no hay pruebas que den cuenta de su causación y cuantía, y que no se pueden tener en cuenta como medio de prueba para este efecto los testimonios rendidos por familiares de la demandante, dado su grado de consanguinidad¹ (Audiencia virtual, archivo 18 trámite de primera instancia, minuto 27:13).

¹ “De manera respetuosa me permito disentir de la providencia notificada en estrados el día de hoy. En ese sentido amparado en el artículo 66 del código procesal del trabajo y la seguridad social me permito respetuosamente presentar y formular y sustentar el recurso de apelación con el propósito de que ante el honorable Sala Laboral Del Tribunal Superior de Bogotá dicha corporación sirva revocar la sentencia emitida específicamente solicito comedidamente sirva revocar los siguientes numerales de la parte resolutive de la providencia en este caso pues el literal a) relativo a la concesión o el reconocimiento y indemnización por despido sin justa causa, el literal b) relativo a la condena en cuanto a los perjuicios señalados por parte del despacho y la condena en costas, es decir, solicitó comedidamente al honorable tribunal que se sirva revocar cada uno de los acápites y numerales consagrados en la parte resolutive de la providencia ahora sustento el mencionado recurso en los siguientes argumentos: Respetuosamente nos permitimos señalar que el yerro de la providencia emitida parte de pasar por alto circunstancias fácticas acaecidas en el marco del fenecimiento de la relación de trabajo de la demandante así las cosas al revisar con rigor las circunstancia de tiempo modo y lugar y terminación del contrato de trabajo se puede concluir que el despido del que fue objeto la demandante cumplió con todos los parámetros constitucionales legales jurisprudenciales y reglamentarios en ese sentido subsumiendo los hechos las conductas que por acción u omisión incurrió la demandante en las provisiones contenidas en numeral octavo del artículo 62 del código sustantivo del trabajo anudando al otrosí suscrito el día 17, 22 de marzo 2017 se puede concluir que la demandante incurrió en una justa causa de despido por lo tanto la terminación se ajusta a los parámetros y no es dable elevar en su contra reproche alguno. Por demás es pertinente mencionar que de acuerdo con lo consagrado en el parágrafo de ese artículo en el momento del despido que es básicamente lo que consagra en el parágrafo del artículo 62 del código sustantivo del trabajo se le puso de presente a la demandante cuáles eran las circunstancias los hechos de modo tiempo y lugar y los hechos que daban lugar a la terminación del contrato de trabajo. Respecto del particular el parámetro consagrado en dicho parágrafo no hace alusión a que se le deba mencionar un numeral específico o un número específico un literal específico o alguna particularidad sino simplemente que se le exponga de presente los hechos que dan lugar que al fallecimiento del contrato de trabajo al momento de la terminación o al momento de la extinción circunstancia que se cumplió a cabalidad pues básicamente la trabajadora sabía cuáles eran los hechos y circunstancias que daban lugar a la terminación del contrato de trabajo por tanto mi representaba satisfizo esa obligación consagrada en el parágrafo del artículo 62 del código sustantivo del trabajo. De otro lado impera traer a colación las condiciones ciertas situaciones alusivas a las condiciones de tiempo, modo y lugar de la

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

terminación del contrato de trabajo. Como ya se tuvo oportunidad de manifestar, mi mandante contrató a la demandante en el cargo de enfermera jefe esto para anotar que dicho cargo resulta ser de suma relevancia para la excelente prestación de los servicios médicos de mi representada en un principio la vinculación contractual de la demandante ostentó fundamento en un contrato de trabajo a término fijo cuya vigencia fue por tres meses con ocasión que efectivamente no medió interrupción frente a las prórrogas el vínculo contractual de trabajo mutó a carácter o a un contrato fijo por un año como lo advierte el despacho sin embargo vista de la adquisición de la experiencia de la demandante en las instalaciones de la clínica en virtud del otrosí suscrito el 22 de marzo 2017, la señora LIDIA LUCERO URREGO OSPITIA se le proporcionó un ascenso con modificación de sus funciones modificación de cargo unas obligaciones incluso unos parámetros normativos de regulación del marco contrato contractual como por ejemplo la adopción de justas causas especiales de despido. La modificación del marco de la regulación de la relación de trabajo se generó con ocasión a que el nuevo cargo de la señora demandante LIDA LUCERO URREGO OSPITIA de coordinador administrativa del centro de fertilidad resultaba ser un cargo de extrema responsabilidad muy sensible para efectos del desarrollo del objeto social de mi mandante, De acuerdo con lo manifestado la demandante sería la garante de la concreción de los procesos administrativos del centro de fertilidad de procedimientos tan sensibles como la correcta facturación de los procedimientos médicos que se llevan a cabo las instalaciones de mi mandante. Así el ascenso que la señora LIDA LUCERO URREGO además de un incremento salarial y de la modificación del cargo dio la modificación de las funciones contractuales de manera que a partir del 22 de marzo 2017 la señora LIDA LUCERO URREGO OSPITIA ostentó las siguientes funciones tal y como se tuvo oportunidad de mencionar en el marco del proceso primero optimización del funcionamiento del centro de fertilidad segundo garantía y control de los procedimientos del área fertilidad tercero control de manejo de personal médico asistencial administrativo cuarto garantizar el cumplimiento de los lineamientos administrativos del servicio procesos procedimientos protocolos vías y normas institucionales tal y como lo permite dilucidar la lectura de lo suscrito el 22 de marzo del 2017 el nivel de responsabilidad de la demandante frente a la concreción de los procesos administrativos como la correcta facturación de los procedimientos entre otros procesos administrativos era mayúsculo de hecho ella era la garante y la cristalización de los procesos administrativos del centro de fertilidad con ocasión al altísimo nivel de responsabilidad de la demandante con respecto a la concreción de los procesos administrativos en el centro de fertilidad la señora URREGO OSPITIA recibió sendas capacitaciones cursos charlas y entre otros con el propósito de garantizar la concreción de esos procedimientos pese a la gran inversión de la clínica en la formación lectiva de la señora URREGO OSPITIA pese a la experiencia del demandante en el centro de fertilidad pese a toda la confianza depositada en la demandante por parte de mi representada para tristemente para mi mandante fruto de un estructurado y riguroso estudio de auditoría se encontraron hallazgos de cuyos resultados se pudo, establecer sin que pudiese mediar duda alguna que la señora URREGO OSPITIA no solo había incurrido en un grave incumplimiento de las obligaciones contractuales especialmente en las consagradas en lo suscrito el 22 de marzo del 2017, sino que además eran constitutivas de un tipo penal. El anterior entendido en la semana que inició el 24 y culminó el 28 de junio 2019 se realizó un riguroso proceso de auditoría cuyos resultados entregaron los señores Miguel Ángel Barreto analista de control interno y Fredy Anderson Ortiz contralor financiero de la clínica fruto de la auditoría se pudo establecer a) respecto de procedimientos de transferencias embrionarias se estableció que en 10 casos de 10 pacientes en los que efectivamente se realizó dicho procedimiento de acuerdo con las historias clínicas procedimientos y disponibilidad y agentamiento de los especialistas el dinero generado por dichos costos nunca se facturó b) una vez se estableció la ausencia de facturación y recaudo los procedimientos cuyo monto haciende a la suma de \$36.992.158 se procedió a verificar el sistema clínico suite en el cual se deben ingresar para cobro y facturación todos los procedimientos c) fruto de la verificación del sistema clínico suite se pudo concluir que efectivamente no se procedió con la facturación de 10 procedimientos en este caso 10 procesos de transferencia embrionaria una vez estableció por un lado los procedimientos de transferencia embrionaria se realizaron y por otro que no se incluyeron el sistema de facturación se podía establecer si se había recaudado el dinero producto de la realización de dichos procedimientos e) el día 28 de junio 2019 se procedió a verificar si efectivamente me dio recaudo de los procedimientos de transferencia embrionaria que se efectuaron en la clínica para lo cual se estableció comunicación telefónica con las pacientes en ese sentido la señora YULI ANDREA GIRAL MORALES identificada con la cédula de ciudadanía 52935968 señaló que efectivamente pago el costo del procedimiento en efectivo en las instalaciones centro de fertilidad de la clínica, por su parte la señora Ana Carolina Soto Aragón identificada con la cédula de ciudadanía 52555848 señaló que efectivamente pagó el costo del procedimiento en efectivo en las instalaciones del centro de fertilidad en la clínica la mujer, la señora EDIS MELO identificada con cédula 21135425 señaló que efectivamente pagó el costo del procedimiento en efectivo en las instalaciones del centro de fertilidad en la clínica

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

de la mujer la señora DERLY VIVIANA ROMERO RICO identificada con la cédula 1038 367600 declaro que efectivamente pagó el costo del procedimiento en efectivo en las instalaciones del centro de fertilidad de la clínica de la mujer y también la paciente LUZ MARINA MONROY identificada con la cédula 21182860 señaló que canceló únicamente uno de los dos procedimientos de transferencia embrionaria en las instalaciones del centro de fertilidad de mi mandante en concordancia con los procedimientos adelantados se pudo verificar que primero los procedimientos de transferencia embrionaria exactamente se realizaron en las instalaciones del centro de fertilidad a la clínica segundo que 10 procedimientos no se facturaron ni ingresaron al sistema clínica suite tercero con profunda extrañeza excepción y tristeza para mi mandante se pudo corroborar que el costo de los procedimientos sí se pagó de hecho 5 pacientes refirieron haber pagado en efectivo los procedimientos en las instalaciones del centro de fertilidad de la clínica de la mujer de hecho una refirió haber hecho el pago directamente a una enfermera de la clínica f) contrastando el sistema clínica suito de las disponibilidad de los profesionales quienes realizaron dichos procedimientos nueve de ellos fueron realizados por el doctor CARLOS ANDRÉS ZORRO se puede evidenciar que el detrimento económico de la clínica de la mujer ascendió un monto total de \$36.992.158 pesos g) en vista que la garante del proceso de facturación es la coordinadora administrativa del centro de fertilización es decir la demandante quien con ocasión a sus funciones debía velar por la adecuada concreción de los procesos de facturación de la misma forma en la medida en que el proceso de autoría arrojó como resultado que la clínica había perdido la suma de \$36.992.158 en aras de la materialización de los derechos constitucionales y laborales de la señora LIDA LUCERO URREGO OSPITIA se decidió convocar la ceremonia descargos con el propósito de dilucidar las condiciones de tiempo modo y lugar y el acaecimiento de los hechos en el marco de la ceremonia descargos celebrada el 9 de julio 2019 señora URREGO OSPITIA confesó que ella incumplió con el procedimiento de facturación confesó que omitió completamente con procedimientos que se ha comprometido a garantizar confesó que solo conoció dichos procedimientos médicos no solo conoció que dichos procedimientos no solo se facturaron sino que además confesó que por órdenes expresas del doctor CARLOS ANDRÉS ZORRO intermedió para que dichos procedimientos no se facturaran de acuerdo con los procedimientos de facturación del centro de fertilidad que ella se ha obligado con su rúbrica a garantizar. Así señaló que por órdenes del profesional en precedencia ella había desplegado su poder en calidad de coordinadora administrativa en el centro de fertilidad para que se cumpliera con el procedimiento de facturación diseñado para tales eventos. Ahora también confesó que los procedimientos se habían cobrado pero señaló que el dinero no se encontraba en su poder, fruto de la confesión de la demandante se pudo verificar que ella no solo incumplió con los procedimientos administrativos que encontraron bajo su tutela con ocasión a su cargo sino que para la violación de esos procedimientos fue consciente y por demás se realizó para concretar la desviación de sumas de dinero que se recaudaron fruto de la realización de procedimientos es decir desplegó actuaciones para la desviación de \$36.992.158. Así, con absoluta decepción luego de la ceremonia de descargos realizada con todas las garantías constitucionales y laborales asociadas al derecho fundamental al debido proceso y derecho a la defensa corroboró que la conducta de la demandante configuró no solo la cristalización de sendas justas causas de despido sino que además sus actuaciones permiten la configuración de varios tipos penales, en la diligencia de descargos la ex trabajadora incurrió en sendas de justa causas de despido manifestó que su responsabilidad era por omisión por demás era sumamente esclarecedor aunque conocía el riesgo en cuanto a la responsabilidad laboral de las conductas tendientes a la desviación de dinero fruto de procedimientos médicos por lo que una vez descubierta no le afaná la pérdida de su trabajo ni el fenecimiento de su contrato laboral sino el tema de la iniciación de procedimientos de carácter penal. En vista que se pudo corroborar que la ex trabajadora incurrido en sendas justas causas de despido con ocasión al incumpliendo de las disposiciones contenidas en el código sustantivo del trabajo en el reglamento interno de trabajo mi mandante en el contrato trabajo suscrito por la ex trabajadora además de las justas causas creadas a través del otro suscrito por la señora URREGO OSPITIA el 22 de marzo del 2017 y además y luego de comprobar la participación activa de la de la demandante en la desviación de los dineros que efectivamente pagaron los pacientes por los procedimientos se comprobó la comisión de sendos penales de acuerdo con lo mencionado mi mandante procedió a la terminación del contrato de trabajo con la demandante con ocasión que se comprobó que no solo incurrió en varias justas causas de despido tanto generales como especiales las especiales consagradas por ejemplo suscrito el 22 de marzo 2017 sino que además las conductas desplegadas por la demandante constituye la configuración de varios tipos penales como el abuso de confianza, además de hurto así además de la ruptura del vínculo contractual del trabajo de la demandante se instauró la respectiva denuncia penal en contra de la demandante por último es del caso notar pues que pese de la conducta de la señora URREGO OSPITIA en calidad de coordinadora administrativa centro de fertilidad generaron la pérdida de la suma exacta de \$36.292.158 la clínica la mujer siempre garantizó los derechos laborales y constitucionales de la demandante garantizó el debido proceso

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

permitiendo ejercer materialmente su derecho de defensa y cuando se comprobó que fue la directa responsable la pérdida del dinero se tomó la decisión de fenecer el contrato de trabajo pagándole pues de acuerdo con la ley el pago o realizando el pago de las prestaciones sociales y acreencias laborales de conformidad con la ley. En suma la desvinculación de la ex trabajadora demandante se ajustó bajo de los parámetros ius constitucionales ius fundamentales ius laborales, jurisprudenciales y legales de manera que fue concordante con el ordenamiento jurídico colombiano en ese momento también se le expresó y como reitero tal y como lo consagra el artículo 72 del código sustantivo del trabajo el parágrafo dicho enunciado normativo se le expresó al momento de la terminación del contrato de trabajo los hechos y circunstancias que daban lugar la terminación del contrato. Reitero no sea señalado que deba a haber una fórmula sacramental para los efectos sino simplemente ponerle de manifiesto el momento del trabajador al momento de la extensión del vínculo de finalización del vínculo poner de presente cuáles son los hechos que dan lugar a la ruptura o fenecimiento del contrato de trabajo así ese mismo día a la trabajadora se le expuso con precisión cuales eran los hechos circunstancias de tipo modo y lugar que daban lugar a la terminación del contrato de trabajo en este caso eran las conductas por acción y omisión que habían desplegado la trabajadora para efectos de omitir el procedimiento de facturación lo que generó una pérdida cercana a los 40 millones de pesos a mi representada de otro lado una vez hemos analizado las circunstancias fácticas que dieron lugar a la terminación del contrato resulta pertinente poner de presente que ha señalado el ordenamiento jurídico al respecto es del caso señalar que mi mandante sí cumplió con la garantía del derecho fundamental del debido proceso garantizó el derecho a la defensa procuró por el derecho de contradicción de la demandante así la pretensión elevada por la demandante en el libelo petitorio resulta ser diametralmente opuesta a las acciones desplegadas por mi representada ahora una vez estableció la responsabilidad de la demandante había consideración que ella misma confesó que incurrió en esas acciones omisivas y que su conducta se perdió la suma casi de 36 millones de pesos al día hoy 40 millones de pesos ella aceptó que incurrió en dichas conductas y que tales conductas constituían justa causa el fenecimiento del contrato también concordante con los enunciados normativos constitucionales y legales y ahora en gracia de discusión pues expondrán reglas y su regla jurisprudenciales las que se desprenden el que las actuaciones de mi mandante estuvieron arropadas o tuvieron el ropaje normativo pertinente jurisprudencial pertinente y por tanto el fenecimiento del vínculo del contrato de Lucero URREGO ESPITIA se encuentra en control fundamento en las normas constitucionales las normas legales y la jurisprudencia tanto de la sala laboral de la corte suprema de justicia como de la corte constitucional en ese sentido es del caso señalarme en concordancia con las afirmaciones anunciadas en precedencia de la vinculación de un trabajador y empleador está sujeta las condiciones y reglas establecidas por el literal a del artículo segundo del código sustantivo del trabajo lo anterior ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la corte suprema de justicia y por la jurisprudencia de la corte constitucional esta última sobre todo a partir de la sentencia c 299 de 1998 que dispuso que previo despido con justa causa el trabajador debería ser oído o escuchado sin embargo esto no se pone una obligación de tener un procedimiento reglado como si se tratara de una sanción disciplinaria en efecto ambas cortes han coincidido que la jurisprudencia constitucional y ordinaria ha reconocido de manera uniforme que el despido no es una sanción disciplinaria para la corte constitucional el objetivo de una sanción disciplinaria es corregir lo que no se logra cuando se opta por despedir en consecuencia si bien el despido podría ser tomado como última opción no es de tipo disciplinario en tal virtud la sala de casación laboral de la corte suprema de justicia ha señalado que la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa forma parte del empleador no puede considerarse una sanción disciplinaria si no como un ejercicio de esta facultad que tiene el empleador. Sobre el particular la sentencia c 931 del 2014 señaló lo siguiente “en este punto la sala considera cabe advertir que no se pretende equiparar algo sustancialmente diferente en cuanto a la aplicación concreta el concepto indeterminado de moral las sanciones impuestas con base en ese tipo de criterios al interior de un proceso disciplinario y la causal determinación unilateral del contrato por justa causa por parte del empleador cuando un trabajador incurre en un acto inmoral. Al respecto la corte suprema de justicia señaló que la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador no puede considerarse como una sanción disciplinaria que se le impone al trabajador sino que la facultad que la ley le otorga a este mismo sentido la sentencia t 542 2000 señaló lo siguiente el acto de despidió de trabajadores privados en principio no tiene naturaleza disciplinaria y no constituye sanción en efecto la terminación unilateral del contrato es facultad que tienen tanto el empleador como el trabajador derivada del principio non adimpleti contra que consiste en la posibilidad que tiene una parte de extinguir un unilateralmente la convención pactada cuando la otra han cumplido determinadas obligaciones ahora sí en el derecho laboral la situación de subordinación donde se encuentra el trabajador respecto del empleador justifica la consagración de algunas prerrogativas a su favor no por ello se desnaturaliza la institución de la terminación unilateral del contrato y pueda afirmar que adquiere un carácter de facultades primaria por cuanto la terminación del

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

contrato la facultad disciplinaria obedecen a propósitos diferentes así lo expuesto la sala laboral de la corte suprema de justicia que en sentencia con número de radicación 13123 emitida el 23 de febrero 2010 señaló que cuando acude a las causales de terminación unilateral del contrato por justa causa los hechos que dan lugar a la aplicación de las causales deben confrontarse con las disposiciones reglamentarias y contractuales por otro lado la sala laboral de la corte suprema de justicia en sentencia sl 9833 de 2016 también se refirió a la terminación del contrato de trabajo específicamente por los actos inmorales o delictuosos preciso lo siguiente abro comillas al haberse manifestado el calificado jurídicamente el hecho por parte de la accionada correspondía al tribunal como en efecto lo realizó no solo determinar las conductas reprochadas al accionante sino también sopesar y establecer si las mismas se enmarcaban dentro de las disposiciones mencionadas por la demandada a efectos de fenecer el contrato de trabajo con justa causa lo que en efecto sucedió al encontrar al señor jc había cometido actos y inmorales con un usuario de servicio años de la enjuiciada situación acorde con lo señalado numeral quinto del artículo 62 del código sustantivo de trabajo además se debe recordar que jl que es el juez laboral que tiene la competencia determinar sobre la ocurrencia de actos inmorales o delictuosos por parte de un trabajador es así como esta corporación en la sentencia emitía el 17 de mayo 2001 bajo la radicación aplicación 15744 señaló lo siguiente con todo de tiempo atrás se tiene dicho que la jurisprudencia de esta sala de la corte que el juez laboral es competente para definir en juicios si el trabajador ha incurrido en actos inmorales o delictuosos dentro del ámbito de sus obligaciones contractuales de naturaleza laboral la razón está en que el tema se encuentra regulado por la ley del trabajo y por ello incumbe a esta jurisdicción determinar si el trabajador ha transgredido el contrato por uno de sus actos por lo mismo no es del juez del trabajo esperar la resolución del juicio penal y supeditar su decisión a qué ese juicio exista o no en consecuencia en este proceso donde se rompen en el marco y para los efectos de la contratación laboral la presunción de inocencia del artículo 29 de la carta política planteó sigo reiterado entre otras por las sentencias sl 648 del 2018 y sl 3685 2019 sl 5094 del 2021 esto compasa la facultad y valorar los hechos que dieron lugar al despido y determinar la causal procedente en el caso de configuración de un despido sin justa causa al respecto a la sentencia sl 5264 2018 de la sala de descongestión laboral de la corte suprema de justicia afirma lo siguiente abro comillas es oportuno recordar que un tribunal encuadra la conducta desplegada por el actor dentro de una causal distinta a lo que aludía por la empresa demandada tal proceder es equivocado puesto que como ya lo ha determinado la jurisprudencia en varias decisiones esa pues no es el trabajo a quien le compete de forma autónoma hacer la calificación jurídica de los hechos debatidos y demostrados en juicio enmarcándolos dentro de la norma aplicable pues este cuenta con total autonomía conforme al artículo 230 de la constitución política que establece claramente que los jueces en sus providencias solo están sometidos al imperio a la ley correspondiéndole entonces acoger el precepto legal que corresponda de acuerdo a los supuestos presupuestos y alcances normativos máxime que la corte tiene asentado que son los hechos de las voces del derecho por tal razón cuando el juzgador de alzada decide resolver el problema jurídico sometido escrutinio con normatividad que estima aplicable o pertinente sencillamente está ejerciendo una función propia que le es inherente a su condición de dispensador o administrador de justicia teniendo en cuenta lo anterior lo cierto es que el despido de la señora LIDA LUCERO URREGO OSPITIA se ajusta completamente a la regla jurisprudenciales aquí escritas y en cualquier caso de conformidad con lo mencionado una antelación el juez es libre de ver a partir de las pruebas aportadas con la contestación también las recaudadas en el marco del presente proceso es claro que la trabajadora incumplió gravemente en su obligaciones al incurrir un hecho delictuoso e inmoral y como lo manifestó la jurisprudencia de la corte suprema de justicia el juez puede calificar esta conducta si en la oportunidad también de tomar del marco normativo pertinente encuadrar dicha conducta dentro del marco normativo al que se ajuste estas omisiones o acciones y como tal subsumir dicha conducta en lo más normativo pertinente para efectos de avalar el despido con lo cual se tiene que no se ha incurrido en reproche a la normativa laboral mencionada y por tanto les pido no debe perder eficacia alguna ni tampoco se debe generar el pago la indemnización por despido por justa causa toda vez que mi matante ha cumplido a cabalidad con sus obligaciones o cumplió con sus obligaciones contractuales en su momento en el fenecimiento del contrato también cumplió a cabalidad con ello en efecto se tiene que la señora URREGO OSPITIA fue a diligencia de descargos la cual pudo ejercer su derecho contradicción defensa empero se cumplió con el debido proceso en dichas ceremonias de descargo se le informó claramente que era responsable por no haber reportado a facturación para su respectivo cobro un total de 10 procedimientos médicos que las pacientes afirmaron haber pagado en efectivo tercero se le informó además que este acto era constitutivo de un delito que subsecuentemente fue puesto a conocimiento de la fiscalía general de la nación para lo de su competencia pues se comprobó que las pacientes pagaron en efectivo en las instalaciones de centro de fertilidad los costos de dichos procedimientos de transferencia embrionaria cuarto la señora URREGO confesó a viva voz que había incurrido en dichas acciones y omisiones reiteradas oportunidades en la diligencia de cargos quinto la carta de despido guarda total congruencia

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

con lo expuesto en los descargos de tal forma que la señora URREGO OSPITIA conocía los hechos y razones precisas que motivaron su desvinculación por lo anterior es claro que el despido de la demandante obedeció la configuración de diversas justas causas la más protuberante fue haber incurrido un acto delictuoso pero además el incumplimiento contractual fue gravísimo evidente y se tradujo para mi representada en una millonaria pérdida económica así la terminación del contrato de trabajo con justa causa resulta legalmente válida y constitucionalmente válida de conformidad con la regla de expuestas en tal virtud las justas causas que se configuraron con ocasión en las acciones y omisiones de la demandante resultan ser protuberantes brillan al ojo y por demás su accionar le costó a la clínica la suma de 36.992.158 pesos en cifras 2019 es decir un dinero que a hoy 2023 es una cifra que supera los 40 millones de pesos con ocasión al anterior solicitamos con medidamente el despacho se sirva a absolver a mi representada y condenar en costas a la demandante y en efecto a revocar la providencia que se acaba de emitir y que se acaba de notificar en estrados toda vez que mi representada cumplía a cabalidad con normativa laboral para ello también resulta pertinente finalmente traer a colación el numeral octavo del artículo 62 del código sustantivo del trabajo y el párrafo del artículo 62 señala o consagra norma lo siguiente cualquier violación grave el artículo numeral octavo del artículo 62 del código sustantivo del trabajo abro comillas cualquier relación grave las obligaciones o prohibiciones que incumben al empleador de acuerdo con los artículos 57 y 59 del código sustantivo del trabajo o cualquier falta grave calificada como tal en pactos convenciones colectivas fallos arbitrales contratos individuales o reglamentos. Este digamos es la justa causa que podría aplicar o se debería aplicar a el caso por parte del despacho o calificar la conducta de omisiva y por acción de la demandante se debería enmarcar en este enunciado normativo y al respecto también de manifestar que el párrafo consagra lo siguiente la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra al momento o en el momento de la extensión la causa o los motivos de esta terminación posteriormente no puede alegarse válidamente causales o motivos distintos en ese momento es el caso manifestar que en el momento del despido tanto en la carta de terminación del contrato como en la diligencia de descargos se le puso de presente a la demandante a viva voz y por escrito cuáles eran las causas que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo se le explicó con suficiencia cuáles eran los motivos de esa determinación el ordenamiento jurídico no señala una fórmula sacramental para tal efecto sino manifiesto pone presente que pronuncia párrafo del artículo 62 que se le deben enrostrar al trabajador el motivo como tal que da lugar a la terminación del contrato de trabajo mi representada cumplió con dicha carga expuso con suficiencia los hechos que dieron lugar a tomar esa decisión los hechos que dieron lugar al fenecimiento del contrato de trabajo se les expuso básicamente que ese actuar omisivo y por acción que le causó a la clínica una pérdida de 36 millones de pesos que el día de hoy son 40 millones de pesos fue lo que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo y dicha obligación se cumplió en el momento del fenecimiento del contrato a través de la carta de terminación incluso ese mismo día el marco los mismos descargos se le puso de presente que el motivo de la terminación o las causas de esa terminación tenían que ver con esa acción omisiva que por ahí generaba por un lado pues incluso hasta tipos penales en gran discusión y por otro lado generó un incumplimiento grave en las obligaciones contractuales y un perjuicio a la compañía en ese sentido de acuerdo con las pruebas recaudadas en el marco del presente proceso tanto por interrogatorio de parte como por de la demandante como la demandada es claro y evidente que la señora demandante tenía plena conciencia que su actuar omisivo causó un grave perjuicio a la compañía que ella era la garante para cumplir con esos procedimientos de facturación y que no solo no garantizó sus procedimientos de facturación sino que por acciones y omisiones y por de una u otra forma seguir una instrucción de una persona que no era competente para darle incumplió los procedimientos de facturación desplegó su poder para que se incumplieran sus procedimientos de facturación tal y como a viva voz lo confesó también en el marco interrogatorio de parte y por tanto se generó un gran perjuicio para la clínica el interrogatorio de parte de la doctora cuevas representante legal de la clínica también puso de presente que por un lado la clínica pudo establecer ese nexo de causalidad ante el actuar omisivo de la ex trabajadora y los 36 millones de pesos digamos que fue el grave perjuicio que tuvo la compañía por otro lado también tras pruebas testimoniales de la señora Yasmina Castellanos se pudo señalar que ella o se puede extraer válidamente que ya conocía o que la trabajadora conocía cuáles eran sus obligaciones y que estaba firmando digamos o que suscribió válidamente el otrosí el 22 de marzo del 2017 que consagrar justas causas especiales y obligaciones especiales las que como se tuvo oportunidad de probar el marco presente litis se cumplieron una cabalidad por parte de la demandante y generaron un grave perjuicio de casi 40 millones de pesos al día hoy para la clínica de la mujer también en el testimonio del señor Carlos se tuvo oportunidad de señalar o tuvo oportunidad de señalar este ponente que la dependencia financiera de la clínica tuvo toda la oportunidad para probar para acreditar y para verificar que efectivamente hubo un nexo de causalidad entre el actuar omisivo y las acciones desplegadas por la demandante y la pérdida de cerca de 40 millones de pesos para el día de hoy así el señor Arévalo señaló que este procedimiento de

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

autoría dio lugar a que se pudiera establecer con certeza que la omisión en la facturación y en este caso por omisión y acción de la señora demandante genero una pérdida de hoy cerca de 40 millones de pesos para la clínica de otro lado en ese sentido su señoría o en este caso honorable tribunal existen los elementos probatorios suficientes para primero señalar primero que carece de vocación de prosperidad las pretensiones de la parte formuladas por la demandante en el libelo de la demanda por tanto solicito comedidamente se sirva revocar la providencia que se acaba de emitir en cuanto al reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa como se tuvo oportunidad de señalar por una lado incurrió pues ella incurrió en esas conductas por otro lado se le puso de presente al momento del fenecimiento del contrato de acuerdo con el artículo 62 en su parágrafo se le expuso con suficiencia a la demandante los hechos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo el mismo día de la terminación del contrato a viva voz y por escrito a través de la carta de terminación del contrato de trabajo tal y como lo exige el artículo 62 del código sustantivo del trabajo en su parágrafo por tanto se satisfizo dicha carga y el despido no debe ser declarado digamos inválido o no se ve reprochar o no merece reprochar una vez que cumplía con los parámetros normativos pertinentes y básicamente esa es la carga no el artículo ni la jurisprudencia de la corte suprema no exige una formula sacramental especial básicamente se le debe poner presente cuáles son las causas que le dan para la terminación y por tanto se cumplió con dicha carga lo que redundante ante que el despido sea absolutamente válido y que no deba merecer reproche alguno por tanto que no sea pretendiente el reconocimiento de la indemnización. De otro lado la actora también señaló se le habían generados perjuicios morales con ocasión a la acción de la clínica de la mujer sobre el particular pues ya es claro y de conformidad con sentencias emitidas por el corte suprema de justicia como la sentencia de radicación 6029 emitida en 2017 entre otras respalda dadas por la sentencia c-344 de 2017 la corte constitucional se ha consagrado que en tratándose de perjuicios morales se debe acreditar el hecho lesivo que lo produjo su nexo de causalidad y con la efectiva afectación o daño físico mental moral que se haya sufrido pérdida de oportunidades otro tipo de daños específico y que se llegue a cuantificar digamos mucha claridad y mucha contundencia en poner presente el nexo de causalidad entre los presuntos perjuicio el perjuicio mismo y la acción u omisión desplegada por la persona que presuntamente lo causó en ese orden de ideas su señoría también honorable tribunal también consideró que incurre en un dislate el despacho todo vez que en ningún momento no hay pruebas documentales ni tampoco hay pruebas digamos ni a través del interrogatorio de parte se puede establecer que se haya generado un perjuicio y cuantificar un perjuicio de otro lado también se allegaron o se recaudaron pruebas testimoniales que solicitó la respectiva tacha frente a esos dos testimonios la señora madre y el señor hijo de la demandante solicitó comedidamente que por tanto no se despache favorablemente dicha pretensión porque de las pruebas recaudadas el marco del proceso no se puede extraer válidamente que la demandante haya sufrido perjuicio alguno no se puede condenar a pagar perjuicios no se puede condenar a perjuicios en abstracto estos perjuicios deben ser probados y acreditados debidamente en juicio y de las pruebas que trajo a colación para el presente juicio la demandante ni pruebas testimoniales ni interrogatorios ni mucho menos de las pruebas documentales se puede extraer que haya sufrido materialmente un perjuicio en este caso no se puede especular y debe ser muy concreto reitero frente a los dos testigos que trajo a juicio la demandante se formuló la respectiva tacha solicito al honorable tribunal que respecto ello también se llame la atención y no se tenga en cuenta dichos deponentes toda vez que tiene un nexo de consanguinidad con la demandante evidente y por tanto su testimonio está absolutamente viciado por dicho vínculo de consanguinidad en ese sentido también solicito comedidamente que como perjuicio alguno que se pudiese evidenciar en el marco del proceso y no se probó absolutamente ningún perjuicio que también se revoque el numeral pertinente relativo a la concesión de 10 salarios mínimos de daños y perjuicios morales pues ellos nunca quedaron en el proceso ni tampoco se pudieron acreditar a través de ningún medio probatorio en gracia de discusión a través de los testimonios pero reitero se solicitó en su momento de conformidad con el código general del proceso la tacha ambos testigos hecho que se digamos manifestación que se echó de menos por parte del despacho sin embargo en la providencia que se acaba de emitir en ese sentido honorable tribunal solicito comedidamente que sirva revocar de manera integral la providencia de manera respetuosa y disiento de cada uno de los numerales de la parte resolutive toda vez que el despido el que fue objeto la demandante es concordante con la constitución política con el código sustantivo del trabajo y con la normativa laboral constitucional pertinente así como de senda línea jurisprudenciales de la corte suprema de justicia de la corte constitucional por un lado y también solicito comedidamente que se revoque por un lado pues reitero la condena al pago de la indemnización despido sin justa causa la condena al pago de los perjuicios porque se echa de menos prueba alguna o indicio siquiera que se genere un perjuicio a la demandante o que el accionar de mí representaba causó un perjuicio a la demandante y también pues como consecuencia de una revocatoria integral de la sentencia solicitó comedidamente que se revoque la condena en costas su señoría muchísimas gracias por la

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo de 3 meses que inició el 1 de marzo de 2018 (folios 21 a 23 del archivo 01, primera instancia) y cuya ejecución se prorrogó hasta el 31 de enero de 2020, conclusión esta última a la que arribó el juez del primer grado y frente a la cual no se presentó inconformidad alguna por las partes; y (ii) que la relación laboral terminó por decisión unilateral de la demandada alegando justa causa, el 9 de julio de 2019 (folios 2 archivo 04 y 49 archivo 13, primera instancia).

En consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir i) si existió o no una justa causa para el despido de la demandante y, de ser ello así, ii) si procede el pago de la indemnización tasada en primera instancia y de los perjuicios morales a los que fue condenada la sociedad demandada.

I) DESPIDO SIN JUSTA CAUSA: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define taxativamente los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización. Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la terminación, los *hechos o conductas* concretos que son motivo de su decisión, y que no puede alegar con posterioridad causas distintas.

Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa del trabajador a quien se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan expuesto en la carta de despido podrá ejercer tales derechos en el proceso judicial.

Así las cosas, expuestos por el empleador unos hechos o conductas concretos que determinaron el despido, la calificación para definir si se enmarcan o no en una de las causas señaladas en la Ley le corresponde al juez.

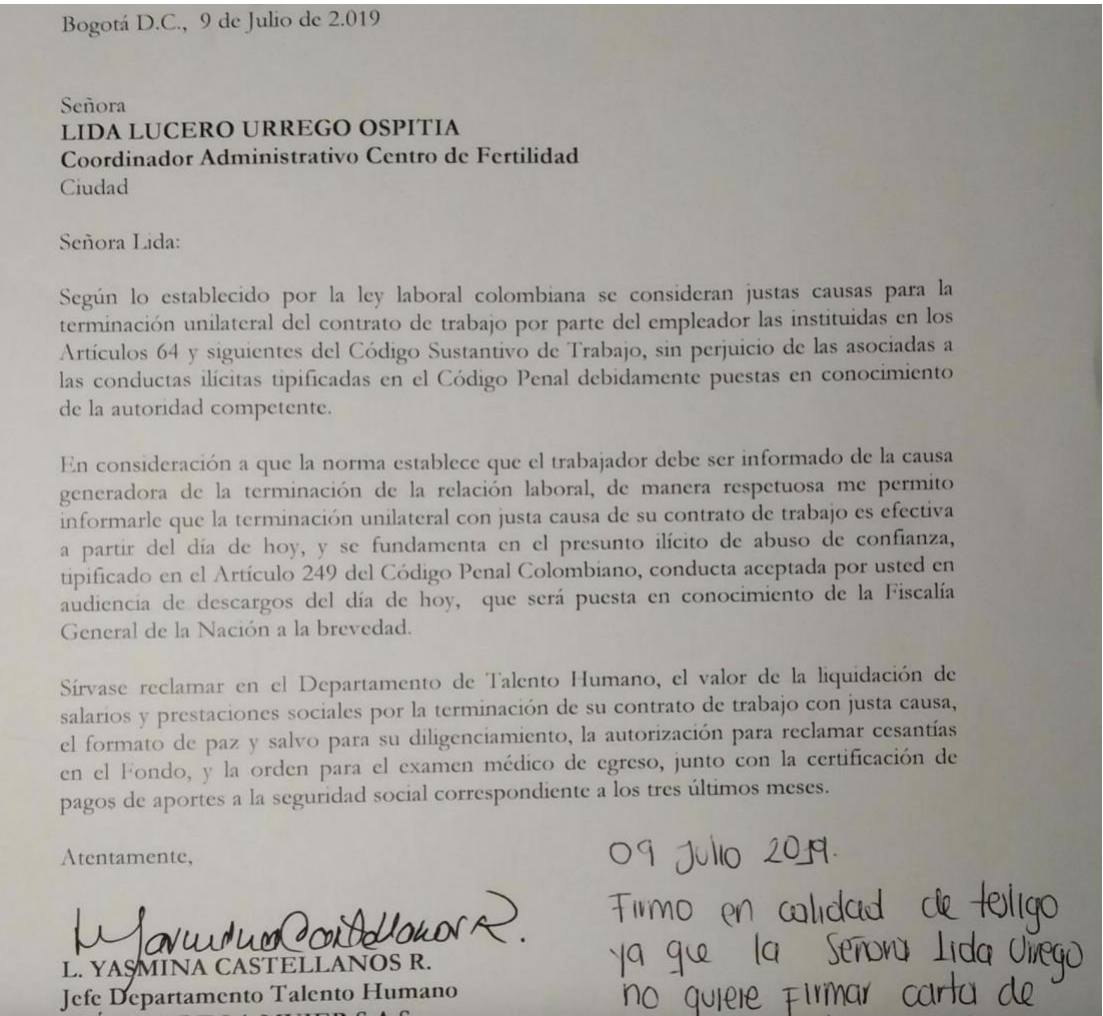
atención y solicitó reitero la revocatoria total de la sentencia y en esos términos dejo

EXP. 37 2020 00372 01
Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

En el caso presente la carta de despido aportada al expediente endilgó a la demandante, como conducta o hecho concreto que motivó el despido, “*el presunto ilícito de abuso de confianza, tipificado en el artículo 249 de Código Penal Colombiano conducta aceptada por usted en audiencia de descargos del día de hoy (...)*”² (folios 2 archivo 04 y 49 archivo 13, primera instancia).

Dicha conducta se enmarca laboralmente en el supuesto del numeral 5º del artículo 62 del C.S.T.³ que autoriza al empleador para rescindir el contrato con justa causa, por “*5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores*”.

sustentado los recursos de apelación gracias señoría”
2



³ “Artículo 62. TERMINACION DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA. <Artículo modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente:> Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo: (...) 5. Todo acto inmoral o delictuoso que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores.”

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

En este contexto normativo, si bien el juez del trabajo puede determinar la existencia de un acto inmoral o delictuoso sin necesidad de esperar la conclusión de un juicio penal⁴, la inmoralidad de la conducta o la comisión del delito deben estar plenamente demostradas, o haber sido aceptadas (por confesión) en el trámite adelantado para ejecutar el despido.

Con estos referentes normativos y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que condenó a la Clínica demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues no se acreditó por quien tenía la carga procesal en este aspecto (la parte demandada), la ocurrencia de la conducta que se endilgó a la demandante como justa causa para el despido.

No se advierte de las pruebas allegadas que la trabajadora hubiera aceptado la comisión del delito de *abuso de confianza consagrado en el artículo 249 del código penal*, como se afirma en la carta de despido. Por el contrario, en la diligencia de descargos se le puso de presente que en una auditoría se encontraron 10 casos de mujeres a quienes se les realizaron tratamientos y no se adelantó el proceso de facturación ni se dejó constancia del recaudo, y que aunque la mayoría de ellas dijo haber realizado el pago del procedimiento en efectivo, tales dineros -que ascendían a \$36.992.158- no ingresaron al patrimonio de la Clínica, pero la demandante manifestó no haberse apropiado del dinero (archivo 15, primera instancia).

Sobre la materia y al absolver el interrogatorio de parte⁵, la representante legal de la demandada confesó que la Clínica tiene claro el *incumplimiento de los procedimientos de la institución*, pero que no se probó el *hurto*, pues lo que se logró determinar fue el incumplimiento en las funciones encomendadas a la demandante quien *dejó de facturar y de supervisar el*

⁴ “No puede admitirse como lo pretende el censor, que los actos inmorales o delictuosos cometidos por los trabajadores han de ser juzgados por los jueces penales para los efectos de la terminación del contrato de trabajo. Es verdad que los jueces penales son los competentes para decidir sobre la responsabilidad de los delincuentes y sobre las penas que han de imponerse por los delitos, pero la consagración de las leyes laborales y en los contratos de trabajo, de actos inmorales o delictuosos como justas causas de terminación del contrato de trabajo, faculta a los jueces laborales para decidir sobre estos hechos como generadores de justa causa de terminación, sin que esas decisiones puedan quedar sujetas a lo resuelto por el juez penal.” Sentencia del 20 de septiembre de 1974, reiterada 16 de julio de 1993, rad. 5798.

⁵ Audiencia el 11 de abril de 2023, parte 1, récord 06:49, archivo 17, primera instancia.

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

proceso de facturación y garantizar que los procedimientos del centro -de losque estaba a cargo como Coordinadora- se cumplieran.

No sobra reiterar que la conducta aducida en la carta de despido fue la comisión del delito de abuso de confianza, definido en el artículo 249 del Código Penal con el verbo rector apropiar: “*El que se apropie en provecho suyo o de un tercero, de cosa mueble ajena, que se le haya confiado o entregado por un título no traslativo de dominio*”. Además y a tenor de lo dispuesto en el artículo 9º del Código Penal Colombiano, la conducta solo será punible cuando concurran los elementos: tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, y estos se excluyen en las circunstancias que regula el artículo 32 del mismo estatuto.

Negada la comisión de un delito por parte de la demandante, la demandada debía probar su ocurrencia, en las condiciones y bajo los principios que la legislación señala para el efecto. Ninguna prueba útil se aportó al expediente.

Nada se deduce en la materia (autoría del delito de *abuso de confianza*) del informe de auditoría suscrito por Miguel Ángel Barreto – Analista de Control Interno y Fredy Nelson Ortiz – Contralor Financiero, pues allí solo se ponen de presente los hallazgos de la auditoría y aunque se refieren a la comunicación con las pacientes y la información del pago entregado por estas, no se especifica o define la persona que recibió el dinero (folio 31 archivo 01 y 44 archivo 13, primera instancia). Tampoco se prueba su ocurrencia con los testimonios rendidos por LIGIA YASMINA CASTELLANOS RODRÍGUEZ⁶ -Jefe del Departamento de Talento Humano de la demandada- y CARLOS ARÉVALO MATAMOROS⁷ -Contador de la Clínica de la Mujer-. La primera, quien de hecho estuvo presente en la diligencia de descargos, dice que la demandante aceptó haber omitido el procedimiento de facturación, pero que no se pudo verificar si el dinero ingresó a la clínica; y el segundo solo tiene certeza de lo que consta en el informe de auditoría. Menos se prueba la apropiación de dineros con la denuncia que por *hurto agravado por el abuso de confianza* formuló la Clínica de la Mujer contra la demandante ante la Fiscalía (37 a 43, archivo 13 primera instancia) porque con dicha actuación se pone en conocimiento de la autoridad competente la

⁶ Audiencia virtual del 11 de abril de 2023, parte 1, récord 1:03:00, archivo 17.

⁷ Ibídem, récord 1:44:49.

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

existencia de hechos que pudieran o no ser constitutivos de una infracción penal, precisamente, para que se investigue si lo son o no

Aunque la demandada concentró su esfuerzo en demostrar que la verdadera razón por la cual terminó el contrato de trabajo fue el incumplimiento de las obligaciones contraídas por la demandante en el contrato, en el reglamento interno de trabajo, y en el otrosí que suscribió en el momento de su ascenso, tales conductas o hechos no fueron alegados en la carta que puso fin a la relación de trabajo; nada dice sobre la materia la carta de despido, en ella se le endilga expresa y claramente como conducta el delito de *abuso de confianza* citando incluso para ese efecto la norma del código penal que tipifica el delito.

Como bien lo refirió el juez en la sentencia apelada, no le es dable al fallador decidir sobre hechos o conductas que el empleador no puso de presente al trabajador en el momento de terminar el contrato unilateralmente. A tenor de lo dispuesto en el párrafo del artículo 62 del CST: *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*.

II) PERJUICIOS MORALES: La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que el reconocimiento de la indemnización por despido que tasa el artículo 64 del CST no impide reclamar la reparación del daño moral que se pudiera haber causado, pues la norma se refiere a la indemnización de los daños *materiales* causados (lucro cesante y daño emergente) y no a la reparación de eventuales perjuicios *morales* que se pudieran haber generado en el trabajador por el despido (SL14618 de 2014)⁸.

⁸ “Aun cuando el Código Sustantivo del Trabajo prevé una indemnización ante la terminación unilateral del contrato sin justa causa, la misma únicamente comprende, en los términos de su artículo 64, el lucro cesante y el daño emergente. Esto significa que es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial.

Ello ha sido aceptado por esta Sala, inclusive en reciente sentencia CSJ SL1715/2014, en la que se consideró:

En el plano jurídico, esta Sala es del criterio de que el daño moral siempre debe ser resarcido; por ejemplo, en la sentencia CSJ SL, 12 de Mar 2010, Rad. 35795 se discurrió:

Pese a que encontró que la jurisprudencia civil ha reconocido la posibilidad de que se causen perjuicios morales por el incumplimiento de un contrato, seguidamente el Tribunal aseveró que en materia laboral la única indemnización reconocida es la que surge de la terminación del contrato de trabajo y que la acción pertinente, en este caso, no pertenecía al

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

Como el daño moral no es susceptible de prueba directa, su ocurrencia se expresa en el dolor, congoja, pesadumbre, aflicción, intranquilidad o cualquier forma de alteración emocional que generó en quien lo reclama. A dichas circunstancias que se deben dirigir la prueba correspondiente, y la tasación la debe estimar el juez razonadamente en cada circunstancia (SL17457 de 2017 y SL10194 de 2017⁹).

Con los anteriores referentes el Tribunal confirmará también la decisión que dispuso el pago de los perjuicios morales a favor de la demandante, pues se le imputó como causa del despido una conducta delictiva que no se demostró ocurrida, y se probó que ello afectó la honra o buen nombre de la demandante y ello le causó una alteración emocional.

Las situaciones de dolor, congoja, pesadumbre, aflicción, intranquilidad que sufrió la demandante, fueron probadas con los testimonios de JUAN ANTONIO TORRES URREGO¹⁰ -hijo de la demandante- y MYRIAM OSPITIA DE URREGO¹¹ -madre de la demandante-, quienes para el año 2019 vivían con ella y pueden dar fe de la situación que atravesó la promotora del juicio, por la forma en que salió de su trabajo, los problemas que surgieron para ella como madre cabeza de familia, y el daño a su buen nombre. Valga decir que la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de la demandante no conduce necesariamente a deducir que faltaron a la verdad, y aunque su dicho se debe valorar con mayor rigor, para

derecho laboral, dado que los perjuicios invocados no provienen directa ni indirectamente de un contrato de trabajo.

Para la Sala, al discurrir de esa manera, incurrió el Tribunal en los quebrantos normativos que se le imputan porque, en primer lugar, es claro que la obligación de indemnizar perjuicios morales en materia laboral no se contrae exclusivamente a la terminación del contrato de trabajo, ya que, como lo ha reconocido de tiempo atrás la jurisprudencia, acudiendo a principios generales del derecho, el daño moral siempre debe ser resarcido, independientemente de la fuente de su origen. Aparte de ello, en el Código Sustantivo del Trabajo hay normas de las que se desprende que, al lado de la extinción del vínculo jurídico, existen otros hechos que pueden dar origen a un daño moral que debe ser indemnizado. Tal el caso del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo.

Es que la indemnización tarifada ante la terminación del contrato, como se dijo, solo cubre el daño patrimonial y deja por fuera que, en excepcionales eventos, el trabajador puede demostrar que el despido realizado de manera injusta y arbitraria trajo consigo el menoscabo de aspectos emocionales de su vida tanto en lo íntimo, como en lo familiar o social”.

⁹ “...en lo que tiene que ver con la condena proferida por el ad quem, por concepto de perjuicios morales a favor de la madre y los hermanos del causante, debe decirse que el juzgador estaba en la capacidad de tasar libremente el valor de dicha indemnización, teniendo en cuenta las condiciones en las que se produjo el accidente y las repercusiones que produjo en su núcleo familiar...”

¹⁰ Audiencia del 11 de abril de 2023, récor 45:58, parte 1, archivo 17 primera instancia.

EXP. 37 2020 00372 01

Lida Lucero Urrego Ospitia contra Clínica de la Mujer S.A.S.

la Sala las declaraciones son espontáneas y dan cuenta de lo que les consta de manera directa.

Frente al monto de estos perjuicios estima la Sala que la suma fijada por el juez es razonable dada la afectación a la honra o buen nombre de la demandante y la consecuente alteración emocional que le generó, además resulta proporcional al nivel salarial que tenía en el momento del despido. Por ello también se confirmará esta parte de la sentencia de primer grado.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandada.

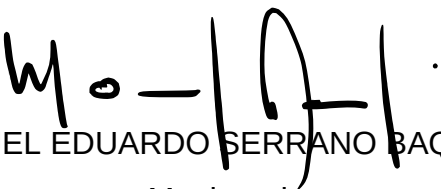
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión Laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

¹¹ Ibídem récord 1:30:20.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - [illegible]'.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 38 2023 00101 01
Jaime Andrés Jauregui Jauregui contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JAIME ANDRÉS JAÚREGUI JAÚREGUI
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2023 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JAIME ANDRÉS JAÚREGUI JAÚREGUI presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual materializado el 18 de junio de 1994, por haber omitido el fondo su deber de información al momento de la afiliación. Pide que se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los recursos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos, gastos de administración y demás emolumentos que hubiere recibido con motivo de su afiliación, y se condene a COLPENSIONES a realizar la activación de la afiliación y actualizar su historia

EXP. 38 2023 00101 01

Jaime Andrés Jauregui Jauregui contra Colpensiones y otro.

laboral (ver demanda folios 1 a 22 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, con fundamento en que la afiliación al régimen de ahorro individual se realizó con plena voluntad del cotizante que ha sido ratificada con más de 27 años de cotizaciones a ese régimen, traslado que se realizó cumpliendo con los requisitos vigentes para la época. Precisa que el demandante no tenía una expectativa legítima pensional que se hubiera afectado por el traslado y hoy en día se encuentra inmerso en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que solicitar el traslado entre regímenes sería ilegal e improcedente. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 29 archivo 09 primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda. A su juicio la afiliación al RAIS es plenamente válida y eficaz y no existe justificación legal para que declare la nulidad de dicho acto. Afirma que la vinculación a ese fondo de pensiones estuvo precedida de una asesoría clara, completa y comprensible conforme a la normatividad y exigencias para la época, lo que se prueba con el formulario de afiliación, acto válido y emanado de la voluntad del afiliado del cual surgieron obligaciones para ambas partes, que no puede ser desvirtuado por *afirmaciones indeterminadas* del demandante. Asegura que éste se encuentra inmerso en la prohibición legal que consagra la Ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión, y por ello no puede regresar al RPM. Refiere que un error de derecho no vicia el consentimiento, y en caso de existir alguna nulidad la acción se encuentra prescrita. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de*

EXP. 38 2023 00101 01

Jaime Andrés Jauregui Jauregui contra Colpensiones y otro.

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 el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal. (ver contestación folios 3 a 41 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de noviembre de 2023 mediante la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por el señor JAIME ANDRES JAÚREGUI JAÚREGUI, con destino a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a partir de mayo de 1994, con efectividad a partir del 1 de junio de este año, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a la AFP PROTECCIÓN S.A., que conjunta y coordinadamente, adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación del demandante en el régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, y a trasladar con destino a este régimen la totalidad de los recursos percibidos integralmente por cuenta del demandante en el RAIS, durante el tiempo en que estuvo irregularmente afiliado a este régimen debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que las accionadas contarán con un término de 30 días a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar estos procedimientos, resaltándose que el pago correspondiente se podrá hacer*

EXP. 38 2023 00101 01

Jaime Andrés Jauregui Jauregui contra Colpensiones y otro.

tomando para el efecto el importe de las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y solo en caso de ser insuficiente se pagaran los saldos eventualmente insolutos con cargo a recursos propios de la AFP PROTECCIÓN S.A., sin lugar a descuento de naturaleza alguna en la forma anotada en la parte motiva de esta sentencia en caso de que luego de estas operaciones lleguen a subsistir saldos en la cuenta de ahorro individual del demandante, los valores respectivos deberán ser puestos a favor del fondo de solidaridad pensional. TERCERO: EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas. CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de PROTECCIÓN S.A. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 en favor del demandante. Sin costas a cargo de COLPENSIONES. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior lo anterior en la medida que se han impuesto cargas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en esta decisión.” (Audiencia virtual, récord 55:40, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia. Afirma que se debe tener en cuenta el artículo 83 de la Constitución Política que señala que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de buena fe, y el traslado se hizo cumpliendo la normatividad aplicable para ese momento. Además, la permanencia del demandante en el RAIS implicó la aceptación de las reglas de dicho régimen y, si bien no existe en el expediente el formulario de afiliación, si obra un formulario de re-asesoría por parte de PROTECCIÓN del cual se evidencia una proyección, y un documento denominado bono pensional que fue suscrito por el demandante en el año 1994. Señala que el eventual traslado de régimen afecta la sostenibilidad financiera del sistema del RPM, además se debe tener en cuenta la variación porcentual de la destinación de los aportes en ambos regímenes¹ (Audiencia virtual, récord 58:07, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Muchas gracias su señoría me permito muy amablemente interponer recurso de apelación el cual procedo a sustentar en primera medida solicito amablemente al honorable tribunal se revoque el fallo de primera instancia conforme a los siguientes fundamentos que el artículo

EXP. 38 2023 00101 01

Jaime Andrés Jauregui Jauregui contra Colpensiones y otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10

83 de la constitución política de Colombia de 1991 establece que las acciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ser postuladas de la buena fe las cuales se alegan por la parte actora y la afp a través un asesor lo indujeron en error para realizar su afiliación en el rais y adicional por no brindar información suficiente respecto de las consecuencias que podría acarrear para los aportes de la pension en el régimen de prima media la régimen de ahorro individual le impone como carga 'procesal desvirtuar la buena fe de los fondos privados además respecto de la carga de la prueba es importante precisar que hasta el año 2016 los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento de voluntad del traslado que surtieran entre el año de 1994 y 2016 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de permanecer a el régimen de prima media con solidaridad imponer cargas adicionales de las previstas en la ley a las que exigían se constituye en una situación de carácter imposible a demás no debe desconocerse que el vínculo contractual generado a partir de la selección de un régimen a otro régimen pensional genera obligaciones reciprocas tales y como se establecen el artículo 1495 del código sustantivo, donde la afiliada también tiene cargas contra la administradora del fondo de pensiones tal y como lo ha determinado el decreto 2241 de 2010 el artículo cuarto indica los deberes financieros del sistema general de pensiones es de señalar que la permanecía en el rais por parte del demandante evidencio con claridad que se aceptó y acogió a la regla de dicho régimen pues a partir de la firma del formulario se dio como consecuencias su aceptación con las normas del rais ello teniendo en cuenta que conforme a el vínculo contractual con dicha entidad que si bien se puede decir que no existe formulario de afiliación en el expediente digital si obra un formulario o una reasesoria por parte de protección para el año 2017 en el cual se evidencia una proyección por parte de protección así mismo obra un documento llamado bono pensional en el que el demandante firmo para el año de 1994 en este sentido también es importante precisar que no es justo que se condene a Colpensiones a recibir los aportes del demandante por cuanto no fue mi representada la causante del traslado al rais ni incentivo a que el demandante se desvinculara del instituto de seguros sociales aunado a lo anterior es de recordar que el régimen de ahorro individual y el régimen de prima media con prestación definida tienen distinta forma de discreción del monto de aportes pues recordemos que en el régimen de prima media el 3% los aportes son destinados al financiamiento a la pensión de vejez y reservas y al 3% a la pensión de sobrevivencia y a los gastos de administración y en el régimen de ahorro individual con solidaridad tan solo el 11.5 va derivado a la cuenta de ahorro individual con solidaridad el 3% para seguros previsionales y gastos de administración el 1.5 al fondo de garantía de pensión mínima por lo ordenar el traslado de lo consignado en la cuenta de ahorro individual con solidaridad no corresponde porcentualmente a lo que en el régimen de prima media se destina para la financiación de pensión en este caso de la pensión de vejez conforme a lo anterior es evidente que el eventual de traslado de régimen pensional del demandante afecta significativamente al sistema financiero del régimen de prima media teniendo en cuenta la variación porcentual de la destinación de la cuota en ambos regímenes pensionales con la parte de contribución con el demandante al fondo común que financie las pensiones en el mencionado régimen a la carga que generaría a los demás afiliados un eventual reconocimiento pensional en favor del demandante que resalto no a contribuido derecho pensional en el régimen de prima media con prestación definida así las cosas solicito amablemente al honorable tribunal se revoque el fallo de primera instancia en consecuencia se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas y pretensiones en su contra muchas gracias"

EXP. 38 2023 00101 01

Jaime Andrés Jauregui Jauregui contra Colpensiones y otro.

años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 28² años de edad y había cotizado 451.14³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) no tenía 15

² Nació el 01 de septiembre de 1965, folio 48 archivo 01

³ Ver historia laboral Oficina de Bonos Pensionales folios 54 y 55 archivo 11

EXP. 38 2023 00101 01

Jaime Andrés Jauregui Jauregui contra Colpensiones y otro.

años de servicios (tenía 8 años, 3 meses y 21 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folio 48 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así*

⁴ Ibidem

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”. En este sentido: (i) “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PROTECCIÓN no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “consentimiento informado”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia

EXP. 38 2023 00101 01

Jaime Andrés Jauregui Jauregui contra Colpensiones y otro.

estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que, para el año de 1994 trabajaba para una empresa del Sindicato Antioqueño, no recuerda haber recibido asesoría alguna, ni haber firmado ningún formulario de afiliación, precisa que para el año 2017 se acercó a protección a pedir información sobre sus semanas cotizadas pero que no obtuvo una comparación de los dos regímenes. (Audiencia virtual del 28 de noviembre de 2023, récord 6:53).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, pero se adicionará para ordenar a esa administradora que proceda a la devolución de los gastos de administración, montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación, rendimientos financieros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los

EXP. 38 2023 00101 01

Jaime Andrés Jauregui Jauregui contra Colpensiones y otro.

fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷) *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en esta instancia

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a la AFP PORVENIR S.A. devolver, debidamente indexados, los gastos de administración, montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación, rendimientos financieros y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 38 2023 00101 01

Jaime Andrés Jauregui Jauregui contra Colpensiones y otro.

2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY

Magistrado

ACLARO VOTO



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 40 2021 00471 01
Luz Angela Loaiza Ramírez Contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUZ ANGELA LOAIZA RAMÍREZ CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 24 de noviembre de 2023 por el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUZ ANGELA LOAIZA RAMÍREZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad y/o ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, efectuado en la AFP PORVENIR, *por existir engaño y asalto a su buena fe*. En consecuencia, pide que PORVENIR restituya a COLPENSIONES todos los valores recibidos por su afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos intereses y los rendimientos que se hubieren causado, y se condene a

EXP. 40 2021 00471 01
Luz Angela Loaiza Ramírez Contra Colpensiones y otro.

COLPENSIONES a recibirla como afiliada sin solución de continuidad (ver demanda folios 01 a 21 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional y el posterior traslado horizontal que efectuó la demandante son válidos como quiera que estuvieron precedidos por asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, además se declararía un error de derecho pues las condiciones pensionales están determinadas en las leyes, aunado a que la demandante no aporta prueba de que el acto de traslado se realizara bajo algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que la demandante alegue como causa de nulidad su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales y no lo hizo. Propuso en su defensa, las excepciones de fondo 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* (ver contestación folios 02 a 25 archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que la afiliación se hizo mediante un acto jurídico existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata con el formulario de afiliación suscrito de forma libre y espontánea por la demandante, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y generó derechos y obligaciones por cumplir con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación, pues la fórmula para su cálculo está establecida en la Ley 100 de 1993, además la demandante se encuentra inmersa en la prohibición prevista en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso en su defensa las excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando*

EXP. 40 2021 00471 01
Luz Angela Loaiza Ramírez Contra Colpensiones y otro.

se declara 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, la innominada o genérica, aplicación del precedente sobre los ACTOS DE RELACIONAMIENTO y traslado de aportes (ver contestación folios 03 a 21 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual al suscribir el formulario de afiliación de manera voluntaria, consciente y sin presiones. Además, se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, razón por la cual no es posible su retorno a ese régimen. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia del derecho reclamado a cargo de Colpensiones, saneamiento de la nulidad alegada, prescripción, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación folios 03 a 17 del archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de noviembre de 2023 mediante la cual el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la demandante LUZ ÁNGELA LOAIZA RAMÍREZ, identificada con cedula de ciudadanía número 51.614.285, traslado realizado en el año de 1996, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad RAIS administrado en ese momento por PORVENIR*

EXP. 40 2021 00471 01
Luz Angela Loaiza Ramírez Contra Colpensiones y otro.

S.A, por omitirse el deber de información que rige en materia de seguridad social, de conformidad con lo expuesto en esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR que la demandante de LUZ ÁNGELA LOAIZA RAMÍREZ ha estado afiliada al régimen de solidaridad y de prima media, con prestación definidas sin solución de continuidad desde su elección inicial, de conformidad con las consideraciones realizadas en esta sentencia. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas COLPENSIONES, PORVENIR Y PROTECCIÓN, tal y como se indicó en esta sentencia. CUARTO: CONDENAR a las demandadas a administrar el FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todas las sumas de dinero que fueron o están consignadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante LUZ ÁNGELA LOAIZA RAMÍREZ, incluido los rendimientos financieros, así como los porcentajes correspondientes a los gastos o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, al igual que los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima durante el tiempo de permanencia de la demandante en cada una de ellas, con cargo a sus propios recursos y eventualmente de los bonos pensionales si los hubiere o en su defecto cuando estos se rediman. QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, a que una vez las administradoras de fondo de pensiones PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A., trasladen los recursos a su cargo, los reciba a satisfacción a efectos de reflejarlos en la historia laboral de la demandante con sus respectivos valores, índices de cotización y un detalle pormenorizado de los ciclos de cotización. SEXTO: CONDENAR en costas a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., señalando como agencias en favor de la aquí demandante la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente absolviendo de costas a las demás demandadas. SÉPTIMO: EN EL EVENTO consultar esta decisión con el tribunal superior de Bogotá sala de decisión laboral en lo desfavorable a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en lo que no sea objeto de recurso de alzada por parte de esta.” (Audiencia virtual, récord 1:49:54, archivo 25 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

EXP. 40 2021 00471 01

Luz Angela Loaiza Ramírez Contra Colpensiones y otro.

En el recurso, PORVENIR S.A. se opuso a la orden de traslado de los gastos de administración, primas de seguros previsionales, entre otros rubros con cargo a sus propios recursos. Afirma que el fondo se encontraba habilitado para realizar estos descuentos y no se puede desconocer la gestión que realizó el fondo, y parte de esos recursos se gastaron en una póliza de aseguramiento y si bien no se configuró ninguno de los riesgos, ello no da lugar a que se deban trasladar a COLPENSIONES tales primas; además los dineros destinados al fondo de garantía de pensión mínima son exclusivos del RAIS¹ (Audiencia virtual, récord 1:52:52, archivo 25 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos

¹ “señoría, en esta oportunidad me permitiré presentar recursos de apelación de manera parcial frente al numeral cuarto de la sentencia que se acabó de proferir de conformidad con lo siguiente, honorables magistrados debe tenerse en cuenta que tal como lo manifesté en mis alegatos de conclusión la suscrita se aparte de la decisión adoptada en cuanto la condena efectúa a porvenir en cuanto a trasladar lo correspondiente a gastos de administración seguro previsional entre otros rubros con cargo a sus propios recursos lo anterior debe tenerse en cuenta que pues mi representada se encontraba habilitada para descontar un porcentaje relativo a los aportes que efectuó la señora luz ángela loaiza durante los periodos de vinculación en primer lugar pues se logró un manejo rentable y seguro de sus aportes pensionales aspecto que no puede ser desconocido en el presente asunto sumado a ello debe tenerse en cuenta que de conformidad con el artículo 101 de la ley 100 de 1993, pues en dado caso de que porvenir no haya generado pues una rentabilidad la cosas generada en el rais de los gastos de administración, pues lo debía asumir con su propio patrimonio por lo anterior pues reitero esa gestión no puede ser desconocida en el presente asunto de otro lado atendiendo al artículo 108 de la ley 100 de 1993, pues se adquirió una póliza de aseguramiento por ende pues se trasladaron unos recursos a la aseguradora que es un tercero de buena fe de modo que pues retornar esa suma a colpensiones resulta totalmente imposibilitada mi representada para ello y adicional a eso que si bien es cierto, pues no se configuró alguno de esos siniestros pues ello no es óbice para trasladar precisamente esos rubros a dicha entidad finalmente respecto al traslado de los recursos por concepto de fondo de garantía de pensión mínima con cargos a sus propios recursos, debe tenerse en cuenta honorables magistrados que de conformidad con un concepto que emitió la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado con número interno 276, pues allí se indica que este beneficio de la garantía de pensión mínima es únicamente respecto al régimen de ahorro individual lo anterior atendiendo al artículo 65 de la ley 100 de 1993, por ello pues allí se indica y en atención también al artículo séptimo de la ley 797 del año 2003, pues los fondos de pensiones deben financiar las pensiones de aquellos afiliados que no cuentan o que no cumplen con el capital suficiente para financiar una prestación económica por lo anterior y como lo manifesté, pues al ser un beneficio que únicamente se encuentra o lo maneja mejor el régimen de ahorro individual, pues al declararse pues una ineficacia del traslado y que la demandante retorne al régimen de prima media pues colpensiones no se encuentran con la capacidad y no cuenta con la administración precisamente para recibir esos recursos por cuanto dicha entidad no reconoce tal beneficio de la garantía de pensión mínima, por ende pues trasladar esos rubros resultaría totalmente innovó en el presente asunto es por lo anterior que le solicitó a los honorables magistrados revocar el numeral cuarto de la sentencia y en su lugar absolver a mi representada. muchas gracias así dejo sustentado mi recurso.”

regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante

EXP. 40 2021 00471 01

Luz Angela Loaiza Ramírez Contra Colpensiones y otro.

tenía 35² años de edad y había cotizado 339³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 4 años 1 mes y 27 día)⁴, y para la fecha de presentación de la demandada ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 61 años de edad- ver folio 64 del archivo 14 y archivo 02 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el

² Nació el 02 de noviembre de 1960, folio 64 archivo 14.

³ Ver historia laboral Oficina de Bonos Pensionales folios 90 a 92 archivo 10.

⁴ Ibidem

⁵ *Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ *Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral

EXP. 40 2021 00471 01
Luz Angela Loaiza Ramírez Contra Colpensiones y otro.

de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que en el año 1996, en la Cámara de Representantes donde trabajaba para el momento del traslado, recibieron una charla grupal y les dijeron que el ISS se iba a liquidar o se iba a acabar, que se habían creado unos regímenes privados en los cuales se iba a poder pensionar igual que en el fondo público, después un asesor le reiteró lo dicho y le entregó el formulario para que lo diligenciara y firmara sin que se le hubiera brindado información específica sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 24 de noviembre de 2023, récord 10:39).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo rendimientos financieros, porcentajes

EXP. 40 2021 00471 01

Luz Angela Loaiza Ramírez Contra Colpensiones y otro.

correspondientes a los gastos y/o comisiones de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, bonos pensionales, debidamente indexados, a cargo de aquella y de PORVENIR. Así lo definió la Sala Laboral de la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa corporación de justicia la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, ello implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, los cuales se deben entregar *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

⁷ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

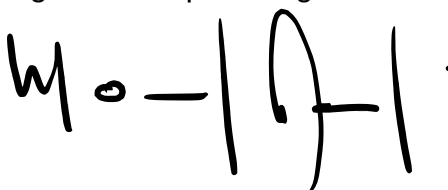
EXP. 40 2021 00471 01

Luz Angela Loaiza Ramírez Contra Colpensiones y otro.

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

Exp. 41 201 00069 01
Johana Ramírez Cuevas contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOHANA RAMIREZ CUEVAS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COMPENSAR E.P.S.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante y COLPENSIONES, estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el por el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se condenó a COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante las incapacidades otorgadas a su favor, debidamente indexadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOHANA RAMÍREZ CUEVAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONSE, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor las incapacidades médicas que le fueron otorgadas entre el 8 de junio de 2019 al 30 de octubre de 2019, junto con los intereses de mora consagrados en el artículo 4 del Decreto 1281 de 2001 y la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 27 de abril de 2017 empezó a laborar mediante contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para desempeñar el cargo de *Profesional Senior III*, fecha desde la cual se encuentra afiliada al sistema general de pensiones a través de esa misma entidad, y a salud, a la E.P.S. COMPENSAR; que desde diciembre de 2018 fue diagnosticada con la enfermedad *trastorno mixto*

Exp. 41 201 00069 01
Johana Ramírez Cuevas contra Colpensiones y otro.

depresivo recurrente y ansiedad, razón por la cual le han sido expedidas incapacidades de manera ininterrumpida desde el 12 de ese mes hasta el 30 de octubre de 2019. El 21 de mayo de 2019 el área de reconocimiento de pagos y medicina laboral de la EPS COMPENSAR remitió al Fondo de Pensiones concepto de rehabilitación desfavorable por incapacidad prolongada de fecha 17 de mayo, por lo que debía proceder con el trámite de calificación de su pérdida de capacidad laboral. Refiere que el 8 de junio de 2019 cumplió 180 días de incapacidad y el 25 siguiente la demandada emitió *dictamen de pérdida de capacidad laboral y ocupacional* No. DML-4161 de 2019, en el que dictaminó que un 32,4% de PCL de origen común, decisión que no fue objeto de apelación y se encuentra ejecutoriada. Sostiene que mediante radicado No. 2019_13096479 solicitó el pago de sus incapacidades No. 55535148, 55535150, 20128486, 55535549, 55536068 emitidas entre el 8 de junio y el 30 de octubre de 2019, que fueron negadas a través de oficio No. BZ2019_13096479-2939386 del 7 de octubre del mismo año por COLPENSIONES con fundamento en que el concepto de rehabilitación desfavorable le impedía acceder al subsidio por incapacidad, decisión que reitero en comunicación BZ2019_14258200-3374936 del 14 de noviembre de 2019. Aduce que, ante la respuesta suministrada por COLPENSIONES, mediante escrito del 28 de noviembre de 2019 solicitó a COMPENSAR actualizar el concepto de rehabilitación, petición que fue negada por *improcedente* por esa EPS debido a que ya se había emitido dictamen de pérdida de capacidad laboral. Señala que nuevamente solicitó el pago de las incapacidades a COLPENSIONES, quien nuevamente negó la prestación mediante oficio No. BZ2020_1708001-0344019 del 26 de febrero de 2020. Afirmo que para el 2019 su salario ascendía a \$5.180.309, que no se le han cancelado las incapacidades superiores al día 180, y que a la fecha de radicación de la demanda continúa en tratamiento médico por psiquiatría en la Clínica Montserrat (ver demanda archivo 03, primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por COLPENSIONES a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que de conformidad con lo previsto en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, regulado por el Decreto 019 de 2012, y frente al pago de incapacidades, es deber de las entidades que conforman el Sistema de Seguridad Social actuar conforme al concepto de rehabilitación emitido por la EPS en primer momento, por lo que al ser este desfavorable COLPENSIONES

Exp. 41 201 00069 01
Johana Ramírez Cuevas contra Colpensiones y otro.

procedió a practicar y expedir el dictamen de pérdida de capacidad laboral que arrojó un 30,4% de PCL, sin que se señale que la demandante no es *apta para trabajar*, por lo que -considera- el derecho se encuentra satisfecho por esa entidad, máxime cuando algunas de estas prestaciones han sido cubiertas por COMPENSAR. Además, asegura que lo procedente es el reintegro de la demandante, situación para la cual esta jurisdicción no sería competente. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción* y la genérica (ver contestación folios 1 a 19, archivo 15, primera instancia).

En audiencia celebrada el 2 de febrero de 2022, el juez *a quo* declaró probada la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio por pasiva propuesto por COLPENSIONES y vinculó al trámite a la EPS COMPENSAR (archivo 19, primera instancia).

Enterada de la demanda y corrido el traslado legal COMPENSAR E.P.S. la contestó a través de apoderado para la litis. Se opuso a que se declare condena alguna en su contra por incapacidades comprendidas entre el 8 de junio de 2019 y el 31 de octubre de 2019, pues se trata de prestaciones económicas ininterrumpidas del día 181 a 325, que son atribuibles a COLPENSIONES conforme al artículo 52 de la Ley 962 de 2005, norma que no condiciona el pago de las incapacidades a la existencia de un concepto de rehabilitación de tipo favorable o desfavorable. Advierte que la cotización por COLPENSIONES se hizo sobre la base de un salario inferior al informado por la demandante, por lo que debe verificarse el certificado histórico de aportes. Refiere que pagó las incapacidades por el diagnóstico F412 relacionado con *TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN* comprendidas entre el 10 de diciembre de 2018 y el 7 de junio de 2019 cuando se completaron 180 días, y que el 17 de mayo de 2019 emitió dictamen de rehabilitación integral el cual fue radicado ante Colpensiones el 24 siguiente. Formuló como excepciones de fondo: *falta de legitimación en la causa por pasiva responsabilidad del fondo de pensiones, incapacidades no radicadas no tienen derecho a reconocimiento económico ni al pago de intereses moratorios, del cobro de lo no debido, buena fe y las demás que el juzgado encuentre*

Exp. 41 201 00069 01
Johana Ramírez Cuevas contra Colpensiones y otro.

probadas y que por no requerir formulación expresa declare de oficio (folios 1 a 11, archivo 22 primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de agosto de 2023, mediante la cual el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante \$12.649.534 por las incapacidades causadas entre el 8 de junio de 2019 y el 31 de octubre de 2019, debidamente indexadas, absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra. Para tomar la decisión el Juez de primera instancia consideró que, en virtud la jurisprudencia de la Corte Constitucional, a COLPENSIONES no le era dable negar al pago de las incapacidades causadas con posterioridad al día 180 con fundamento en la existencia de un concepto de rehabilitación desfavorable. Negó los intereses moratorios pues la negativa de la entidad al pago de las incapacidades se sustentó en una causal objetiva y legal. En subsidio de estos concedió la indexación.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante JOHANNA RAMÍREZ CUEVAS, la suma de \$12.016.778 pesos por concepto de subsidio de incapacidad causado en el periodo comprendido entre el 8 de junio de 2019 y hasta el 31 de octubre de 2019, valor que deberá ser indexado desde el primero de noviembre de 2019 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la misma Conforme al IPC certificado por el DANE, ello por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones elevadas en la demanda. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones elevadas por COLPENSIONES. CUARTO: ABSOLVER a la demandada COMPENSAR de todas y cada una de las pretensiones elevadas en la demanda. QUINTO: CONDENAR en COSTAS, incluidas las agencias en derecho a la parte demandada en la suma única de \$1.160.000 pesos, en este caso COLPENSIONES, y a favor de la demandante. SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. OCTAVO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala*

Exp. 41 201 00069 01
Johana Ramírez Cuevas contra Colpensiones y otro.

Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones” (audiencia virtual, récord 18:55 archivo 50).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la demandante solicita que se conceda el pago de los intereses moratorios reclamados porque la entidad desconoció de manera arbitraria la jurisprudencia de las altas Cortes que establece que, con independencia de si el concepto de rehabilitación es o no desfavorable, procede el pago de las incapacidades¹ (audiencia virtual, récord 20:40 archivo 50).

En el recurso de COLPENSIONES asegura que la entidad promotora de salud COMPENSAR pagó las incapacidades hasta el 30 de octubre de 2019, razón por la cual está relevada de sufragar el importe de las mismas. Adicionalmente, resalta la existencia del concepto de desfavorable de rehabilitación y de la calificación de pérdida de capacidad laboral emitido al día 193 de incapacidad que le impiden proceder con el reconocimiento del subsidio solicitado, y advierte que, por el porcentaje de pérdida de capacidad laboral obtenido por la demandante, lo procedente es su reintegro a la vida laboral² (audiencia virtual, récord 21:33 archivo 50).

¹ “Me permito presentar recurso de apelación en contra del numeral segundo del fallo proferido por el despacho, en el cual no concede no condena a la sociedad Colpensiones al pago de los intereses moratorios, por considerar el despacho que la demandada actuó conforme a la norma objetiva situación con la cual no me encuentro de acuerdo, como quiera que si bien Colpensiones actuó conforme lo establece la norma, desconoció de manera arbitraria la amplia jurisprudencia que desconocida proferida por la corte suprema de justicia y la corte constitucional en donde se establece claramente que el concepto de rehabilitación, aunque sea desfavorable, debe ser cancelado por el fondo de pensiones. Muchas gracias, señor juez.”

² “Gracias su señoría estando dentro del término legal, me permito presentar el recurso de apelación para ante el honorable tribunal superior de Bogotá, Sala Laboral en contra de la sentencia proferida por el juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, recurso que sustento en los siguientes términos, en el presente caso, conforme a lo estipulado por la ley, se tiene que verificar los elementos materiales probatorios aportados por la demandante en su escrito de la demanda, como de las documentales que reposan en la base de datos de mi procurada, pues puede establecerse que la demandante le fue reconocida incapacidades a partir del 12 de diciembre del 2018, efectuado el pago por parte de su ps, compensar hasta el 30 de octubre de 2019 es decir le fue otorgado dicho subsidio por 318 días la eps, de conformidad a lo establecido por el decreto 019 2012, expidió concepto del pasado 17 de mayo del 2019, notificaba mi procurador el pasado 24 de mayo de 2019 bajo el radicado 2019 - 6861189 de suerte, pues que nos topamos, pues ante el primer inconveniente de la solicitud prestacional, ya que es de la fecha del reconocimiento de las incapacidades, los términos y responsabilidad en cabeza de las entidades comienza a configurarse lo que bajo el principio de tal procesal y que gobernar el acto el profesional en derecho que señala el doctor Eduardo Couture en su texto los mandamientos del abogado de septiembre de 2019, nos dice que la EPS expide la documental dentro del plazo de los 180 días, cumpliendo así en principio su obligación no obstante, pues la misma continuo con el pago de la incapacidad hasta el 30 octubre de 2019, por lo que la Administradora Colombiana De Pensiones Colpensiones, pues se encuentra relevada de sufragar gasto alguno asumida por la entidad y la cual pues el despacho se encuentra negado de realizar estudios lo que el tema concierne por falta de competencia en

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia (i) que la demandante se encuentra afiliada al sistema integral de seguridad social a través de la EPS COMPENSA y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES; (ii) que entre la actora y COLPENSIONES existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 21 de abril de 2017, en virtud del cual desempeña el cargo de *Profesional Senior III*; (iii) que JOHANA RAMÍREZ CUEVAS se encuentra diagnosticada con *trastorno mixto de ansiedad y depresión* el cual fue calificado como de origen común y le ha

el asunto y ahora bien, pues desde la fecha de notificación a mi poderdante el 24 de mayo de 2019 va a ser un concepto negativo, es obligatorio, pues encabeza la administradora pensional realizar los trámites pertinentes al dictamen de la pérdida de capacidad laboral y establecer así la invalidez del afiliado conforme a las reglas del artículo 38 y siguientes de la ley 100 del 93, modificado por la ley 806 de 2003, motivó que la documentada portadora logra, pues establecerse que la entidad administradora colombiana de pensiones Colpensiones el día 25 de junio del 2019 es decir, el día 193 del reconocimiento, incapacidad realizó, pues el dictamen de pérdida de capacidad laboral, pues el cual, bajo las directrices normativas se estableció que la demandante posee una pérdida de capacidad laboral del 30.4%, lo que bajo le señala en presencia no se encuentra enmarcado dentro del estado de invalidez, máxime pues cuando el estudio las condiciones particulares de las examinado son fundamentales, pues para establecer la intervención del estado de su protección, así como ha sido establecido desde la sentencia de honorable Corte Constitucional en providencia constitucionalidad C-1002 del 2004 en tal lapso, pues no hubo manifestación, pues incluso con la misma demandante, señala en su escrito de mandatorio en el numeral séptimo de la acápito fáctico, desde el 21 de julio de 2019 se encuentra plenamente ejecutoriada, sobre el cual pues no proceda la fecha mecanismo alguno para dejar sin efecto el mismo y una vez esclarecido lo anterior y en virtud a lo pretendido por la parte actora, pues se circunscribe efectivamente en el pago del subsidio por incapacidad. De reiterarse que la misma opera en caso de concepto favorable, no obstante en el caso bajo examen, el concepto al ser desfavorable, pues la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones cumplió a cabalidad con el deber legal a lo establecido, es decir, la elaboración del dictamen de pérdida de capacidad laboral, estudio que se encuentra facultado por la normatividad como es el decreto 1507, el 2014 el mismo pues puede extraerse una pérdida de capacidad inferior al 50%, lo que bajo la interpretación de la honorable Corte Suprema De Justicia en provincia constitucional STC-161 19 el 4 de octubre del 2017 como magistrado ponente, el doctor Álvaro Fernando García Restrepo no señala si el susodicho concepto médico no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y en ese caso, pues califique la pérdida de capacidad laboral del afiliado. si esta es superior, pues el 50% del trabajador cumple los demás requisitos de caso la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva, pero si es menor al 50, el trabajador deberá reintegrarse a su a su cargo o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad de elementos por los cuales no pueden imponerse carga alguna la entidad en lo que el tema nos ocupa ya que de la lectura al dictamen, pues no se señala que señora demande no sea apta para reintegrarse a sus labores como designa el decreto 2351 de 1965 en su artículo 16. Por último, en lo que genera el petitum de reconocimiento prestación a partir del 6 de junio de 2019, el mismo pues resulta inviable de que, como se ha señalado en presencia la EPS, compensar sufragó el pago por concepto de incapacidades hasta el día 30 de octubre del 2019, por lo que estaríamos ante un enriquecimiento sin justa causa, ya que se pretendería pues la demanda del pago doble por un concepto por los meses de junio, julio, agosto, septiembre y octubre, en razón de lo expuesto, pues resulta improcedente la prosperidad de las pretensiones incoadas por la ausencia, fundamento jurídico y fáctico que soporte este de esta manera dejo sustentado el recurso presentado reiterando a el honorable tribunal superior de Bogotá, sala laboral que revoque el fallo proferido por el Juzgado 41 Laboral de circuito de Bogotá, en su lugar absuelva a mi representando de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito introductorio”

Exp. 41 201 00069 01
 Johana Ramírez Cuevas contra Colpensiones y otro.

generado una PCL del 32,4% (ver dictamen No. DML-4161 de 2019 emitido por Colpensiones, folios 4 a 10 archivo 04, primera instancia); (iv) que la EPS COMPENSAR ha otorgado incapacidades a la demandante por el diagnóstico antes indicado desde el 18 de diciembre de 2018 hasta el 31 de octubre de 2019 de las cuales, han sido canceladas por la EPS COMPENSAR las correspondientes a los periodos comprendidos entre el 18 de diciembre de 2018 al 7 de junio de 2019 (día a 180) (folios 36 a 38), así como las emitidas por diagnósticos distintos a los enunciados; (v) que el 17 de mayo de 2019 COMPENSAR E.P.S. emitió concepto *desfavorable* de rehabilitación, el cual comunicó a COLPENSIONES mediante oficio No. 194285 el 24 de mayo de 2019, tal como consta en el sello de recibido impuesto por esta última entidad (folios 41 a 43, archivo 22 primera instancia).

El Tribunal debe estudiar (i) si procede el pago de las incapacidades otorgadas a la demandante entre el 8 de junio y el 31 de octubre de 2019, y a cargo de quién se encuentra dicho reconocimiento, y (ii) si procede el pago de los intereses moratorios o la indexación.

(i) PROCEDENCIA DEL PAGO DE INCAPACIDADES: Para resolver lo primero, el ordenamiento jurídico dispone que el pago de incapacidades derivadas de enfermedades de *origen común*, se debe hacer así: i) por el empleador durante los primeros 2 días (artículo 1° del Decreto 2943 de 2013); ii) por la entidad prestadora de salud (EPS) a la cual se encuentre afiliado el cotizante los días siguientes hasta el 180 de incapacidad (artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012)³; iii) por la administradora de fondos de pensiones (AFP) a la cual se encuentre afiliado a partir del día 181 de incapacidad

³ “Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por el término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.

Exp. 41 201 00069 01
 Johana Ramírez Cuevas contra Colpensiones y otro.

ininterrumpida y durante 360 días más, es decir hasta el día 540 si existe concepto favorable de rehabilitación por parte de la EPS, periodo durante el cual se debe tramitar la calificación de invalidez sin que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS implique la suspensión de los pagos, el pago se suspende únicamente por la reincorporación a la vida laboral o la calificación de invalidez (sentencia T-008 de 2018) (artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012)⁴; y iv) para los pagos superiores a 540 días, dice la Corte Constitucional *“ya sea porque no ha sido calificado su porcentaje de pérdida de capacidad laboral o porque su disminución ocupacional es inferior al 50%”*⁵ el pago corre a cargo de las entidades promotoras de salud (EPS) en los términos del artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, reglamentado por el Decreto 1333 de 2018 (artículo 206 de la Ley 100 de 1993 y artículo 142 del Decreto-Ley 19 de 2012).

Lo anterior, siempre y cuando se trate de incapacidades prorrogadas o ininterrumpidas, es decir, *“la que se expiden con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente y siempre y cuando entre una y otra no haya una interrupción mayor a treinta (30) días calendario”* (ver Resolución 2266 de 1998 del ISS, artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 1333 de 2018 y sentencias de la Corte Constitucional T-263 de 2012 y T-364 de 2016).

Con estas reglas jurídicas, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a COLPENSIONES a pagar las incapacidades comprendidos entre el 8 de junio (día 180) y el 31 de octubre de 2019 (día 325) -folios 36 y 37, archivo 22- que se alegan adeudadas en la demanda, pues estas superan los 180 días de incapacidad, son inferiores a 540 días, no se acreditó su pago ni por el fondo de pensiones demandado ni por la EPS, el concepto de rehabilitación le fue notificado a COLPENSIONES por la EPS dentro de los términos legales, y durante el lapso de las incapacidades no se

⁴ Cabe advertir que el concepto desfavorable de rehabilitación emitido por la EPS no implica la suspensión de los pagos, pues éstos deben mantenerse hasta cuando se obtenga la calificación de invalidez. Al respecto la Corte Constitucional ha establecido que *“[a] partir del día 180 y hasta el día 540 de incapacidad, la prestación económica corresponde, por regla general, a las AFP, sin importar si el concepto de rehabilitación emitido por la entidad promotora de salud es favorable o desfavorable”* (sentencia T-401 de 2017).

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-401 de 2017. M.P: Gloria Stella Ortiz Delgado.

advierten configurados los presupuestos de acceso a una pensión de invalidez así como tampoco prueba de su reincorporación laboral.

Al respecto, y tal como se dejó sentado al inicio, está acreditado que COMPENSAR emitió incapacidades continuas e ininterrumpidas a favor de la demandante del 18 de diciembre de 2018 al 31 de octubre de 2019, por el diagnóstico *F142 TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN*, de las cuales solo le fueron canceladas por la EPS aquellas otorgadas hasta el 7 de junio de 2019, según lo confesó la demandante y se extrae de la certificación expedida por COMPENSAR (folios 36 y 37, archivo 22), por lo que se encuentran pendientes de pago aquellas sobre las que versa la demanda. Además, el concepto de rehabilitación desfavorable fue remitido por COMPENSAR a COLPENSIONES el 24 de mayo de 2019, esto es, antes de completar los 180 días continuos de incapacidad.

Numero Incapacidad	Fecha Inicio	Fecha Fin	Diagnóstico	Descripción	Es Prorroga	Días Incapacidad	Días Acumulados	Fecha Efectiva de Pago	Estado	Observaciones
2616439	20191001	20191031	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN	Si	31	325		No Autorizada	INCAPACIDAD MAYOR A 180 DIAS PRORROGA - A CARGO DE LA AFP
2588660	20190901	20190930	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN	Si	30	294		No Autorizada	INCAPACIDAD MAYOR A 180 DIAS PRORROGA - A CARGO DE LA AFP
55535935	20190814	20190831	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN	Si	18	264		No Autorizada	INCAPACIDAD MAYOR A 180 DIAS PRORROGA - A CARGO DE LA AFP
55535549	20190715	20190813	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN	Si	30	246		No Autorizada	INCAPACIDAD MAYOR A 180 DIAS PRORROGA - A CARGO DE LA AFP
20128486	20190710	20190714	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN	Si	5	216		No Autorizada	INCAPACIDAD MAYOR A 180 DIAS PRORROGA - A CARGO DE LA AFP
55535150	20190708	20190708	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN	Si	1	211		No Autorizada	INCAPACIDAD MAYOR A 180 DIAS PRORROGA - A CARGO DE LA AFP
55535148	20190608	20190707	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESIÓN	Si	30	210		No Autorizada	INCAPACIDAD MAYOR A 180 DIAS PRORROGA - A CARGO DE LA AFP
55535147	20190602	20190607	F412	TRASTORNO MIXTO DE ANSIEDAD	Si	6	180	14/08/2019	Pagada	Incapacidad pagada a favor de la empresa

Exp. 41 201 00069 01
Johana Ramírez Cuevas contra Colpensiones y otro.

				Y DEPRESI ON						
20128485	201905 03	201906 01	F412	TRASTOR NO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESI ON	Si	30	174	14/08/20 19	Pagada	Incapacidad pagada a favor de la empresa
2510540	201904 06	201905 02	F412	TRASTOR NO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESI ON	Si	27	144	22/05/20 19	Pagada	Incapacidad pagada a favor de la empresa
2506022	201903 06	201904 05	F412	TRASTOR NO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESI ON	Si	31	117	22/05/20 19	Pagada	Incapacidad pagada a favor de la empresa
2506021	201901 16	201903 05	F412	TRASTOR NO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESI ON	Si	49	86	22/05/20 19	Pagada	Incapacidad pagada a favor de la empresa
20126397	201901 09	201901 15	F412	TRASTOR NO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESI ON	Si	7	37	26/02/20 19	Pagada	Incapacidad pagada a favor de la empresa
2477398	201812 25	201901 08	F412	TRASTOR NO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESI ON	Si	15	30	12/04/20 19	Pagada	Incapacidad pagada a favor de la empresa
20121101	201812 18	201812 24	F412	TRASTOR NO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESI ON	Si	7	15	1/02/202 0	Pagada	Incapacidad pagada a favor de la empresa
20121100	201812 10	201812 17	F412	TRASTOR NO MIXTO DE ANSIEDAD Y DEPRESI ON	No	8	8	1/02/202 0	Pagada	Incapacidad pagada a favor de la empresa

Se advierte que, en los términos de la jurisprudencia antes citada, el hecho de que la demandante cuente con un concepto desfavorable de rehabilitación no es impide el pago de los subsidios por incapacidad otorgados con posterioridad al día 180, la Corte ha señalado que esa circunstancia no es causal para suspender el pago de la prestación. Tampoco es razón para negar el pago la calificación de la pérdida de capacidad laboral de la demandante ya que, en este caso particular, tal calificación no da derecho a acceder a una pensión de invalidez por haber sido inferior al 50% (folios 4 a 10, archivo 04).

Ahora bien, el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 780 de 2016 prevé que “(...) *para el reconocimiento y pago de la incapacidad de origen común y sus prorrogas, se tomará como Ingreso Base de Cotización el reportado en el mes anterior al inicio de la incapacidad, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1)*

de la incapacidad inicial, no el de las prórrogas”. En línea con ello, la incapacidad a cargo del sistema general de seguridad social en salud se liquida con base el salario sobre el cual se efectuó la cotización y no con aquel que efectivamente se *devengó*. El salario cotizado y el devengado bien podrían no coincidir, *verbi gratia*, ante un pago deficitario del aporte por parte del empleador.

En ese sentido y teniendo en cuenta que la primera incapacidad se emitió en diciembre de 2018, el pago deberá efectuarse teniendo en cuenta el IBC reportado en noviembre de ese mismo año, el cual, conforme la certificación de aportes emitida por COMPENSAR (folios 31 a 35, archivo 22) ascendió a \$4.972.460.

Efectuadas las operaciones aritméticas por la Sala se obtiene la suma \$12.016.778 a cargo de COLPENSIONES, por estos conceptos, tal como lo definió el *a quo*, por lo que se confirmará también en este aspecto la sentencia de primera instancia.

OPERACIONES ARITMÉTICAS:

Numero Incapacida d	Fecha Inicio	Fecha Fin	Es Prorroga	Días Incapacidad	Días Acumulado s	IBC	Valor Total
2616439	20191001	20191031	Si	31	325	\$ 4.972.460	\$ 2.569.104
2588660	20190901	20190930	Si	30	294	\$ 4.972.460	\$ 2.486.230
55535935	20190814	20190831	Si	18	264	\$ 4.972.460	\$ 1.491.738
55535549	20190715	20190813	Si	30	246	\$ 4.972.460	\$ 2.486.230
20128486	20190710	20190714	Si	5	216	\$ 4.972.460	\$ 414.372
55535150	20190708	20190708	Si	1	211	\$ 4.972.460	\$ 82.874
55535148	20190608	20190707	Si	30	210	\$ 4.972.460	\$ 2.486.230
TOTAL							\$ 12.016.778

Es del caso señalar que no operó la prescripción trienal (artículos 488 del C.S.T y 151 del C.P.T y la S.S.) respecto de las incapacidades reclamadas, pues la demanda se presentó el 6 de abril de 2021 (archivo 01, primera instancia).

ii) INTERESES MORATORIOS: Para resolver esta parte de la controversia, el artículo 2.2.3.4.3 del Decreto 780 de 2016 establece que “la *revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará por la entidad promotora de salud o entidad adaptada dentro de los 15 días hábiles siguientes a su presentación por el aportante*” y cuando la

Exp. 41 201 00069 01
Johana Ramírez Cuevas contra Colpensiones y otro.

entidad no cumpla con el plazo definido para el pago de prestaciones económicas, debe pagar intereses moratorios al aportante de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002⁶.

Con este lineamiento el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia en cuanto negó el pago de intereses moratorios, pues COLPENSIONES incumplió los términos establecidos en la norma para el reconocimiento de las prestaciones económicas que aquí se reclaman. Por ello procedía el pago de los intereses moratorios rogados a partir del 15 de noviembre de 2019 -día siguiente a la respuesta negativa emitida por la EPS demandada- y estos correrán hasta que se efectúe el pago total de la obligación. Así se dispondrá.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numerales PRIMERO de la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó el pago de la indexación para, en su lugar, **CONDENAR** a las COLPENSIONES a pagar a favor de la demandante intereses moratorios sobre las incapacidades adeudadas a partir del 15 de noviembre de 2019 y hasta que se haga efectivo el pago de las sumas adeudadas, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la DIAN.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

⁶ “Artículo 4°. Intereses moratorios. El incumplimiento de los plazos previstos para el pago o giro de los recursos de que trata este decreto, causará intereses moratorios a favor de quien debió recibirlos, liquidados a la tasa de interés moratorio establecida para los tributos administrados por la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales.”

Exp. 41 201 00069 01
Johana Ramírez Cuevas contra Colpensiones y otro.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión
Laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS CARAY

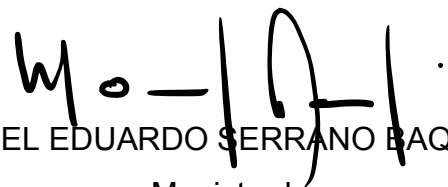
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS
(\$1.000.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 41 2022 00550 01

Víctor Alberto Guerrero Apraez contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE VÍCTOR ALBERTO GUERRERO APRAEZ
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2023 por el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, VÍCTOR ALBERTO GUERRERO APRAEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de su afiliación del régimen de prima media al régimen de ahorro individual efectuado a través de PORVENIR, por el incumplimiento del deber de buen consejo. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR a trasladar los aportes cotizados, y se condene a COLPENSIONES a aceptar el traslado y tener al demandante como afiliado en el RPM sin solución de continuidad desde el 10 de abril de 1981 (ver demanda folios 1 a 22 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 41 2022 00550 01

Víctor Alberto Guerrero Apraez contra Colpensiones y otros.

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional y el posterior traslado horizontal que efectuó son válidos pues estuvieron precedidos de asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, además no es improcedente declarar un error de derecho cuando las condiciones están determinadas en una normatividad de público conocimiento, aunado a que el demandante no aporta prueba que dé cuenta de que dicho acto se hubiera realizado con algún vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que el demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse dentro del términos legales, y no lo hizo. Propuso en su defensa, las 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* (ver contestación folios 02 a 31 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS, acto que, en todo caso, se presume válido y se realizó en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, por lo que corresponde a la parte actora probar la existencia del vicio del consentimiento que alega. Además, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado prevista en la Ley 797 de 2003 lo que hace imposible para esa administradora tenerlo como su afiliado, ello iría en contravía del principio constitucional de la sostenibilidad financiera y acarrearía la descapitalización del fondo común. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *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,*

EXP. 41 2022 00550 01

Víctor Alberto Guerrero Apraez contra Colpensiones y otros.

presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica (ver contestación folios 02 a 28 archivo 08, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de noviembre de 2023 mediante la cual el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales que le permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por VÍCTOR ALBERTO GUERRERO APRAEZ, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., para que dentro de los 3 meses siguientes a la ejecutoria de esta providencia, transfieran a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto a las sumas correspondientes a rendimientos, comisiones y gastos por administración indexados. Así mismo, la citada AFP también deberá devolver a COLPENSIONES, el porcentaje correspondientes a las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deben aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos IBC, aportes y demás información relevante. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES, a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandada AFP*

EXP. 41 2022 00550 01

Víctor Alberto Guerrero Apraez contra Colpensiones y otros.

PORVENIR S.A., y a favor del actor, en la suma única de \$1.160.000. SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional De Defensa Jurídica Del Estado, conforme lo normado el artículo 48 de la ley 2880 de 2021. SÉPTIMO: EN CASO de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES” (Audiencia virtual, récord 1:32:20, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. solicita se le absuelva de las condenas impuestas. Afirma que a la declaración de ineficacia no se le pueden dar efectos diferentes a lo que contempla la Ley, y ordenar la devolución de los rendimientos desborda la figura jurídica de la ineficacia que además genera un enriquecimiento sin justa causa en favor de COLPENSIONES. Considera que no se trata de igual manera a las partes en este proceso, pues la decisión se hace en beneficio del demandante y para él se acepta la existencia de la cuenta de ahorro individual pero no se acepta que los rendimientos fueron generados por la gestión del fondo y que se causaron unos gastos de administración. Pone de presente lo dicho por la Superintendencia Financiera frente a la devolución de dichas sumas. En caso de que se confirme la decisión, pide que se revoque la condena a la indexación pues el fondo garantizó la rentabilidad de la cuenta de ahorro individual y por ello la inflación no afectó los saldos, por el contrario, se generaron rendimientos. Solicita que no se le condene en costas¹ (Audiencia virtual, récord 46:57, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“De manera muy respetuosa me permito interponer recursos de apelación en contra de la decisión proferida por este despacho y de tal manera solicito de manera muy respetuosa a los honorables magistrados absolver a porvenir de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y de las condenas realizadas en el fallo de primera instancia esto honorables magistrados teniendo en cuenta tanto el escrito de contestación como los alegatos de conclusión y principalmente pues se sustentan lo que paso a señalar en el presente asunto honorables magistrados se debe partir del hecho de que lo que se está declarando en el presente caso es la ineficacia del acto jurídico del traslado y a este fenómeno simplemente no se le pueden dar efectos adicionales ni comprensiones distintas a las que ya contempla la ley pues la interpretación de naturaleza jurisprudencial es simplemente un criterio auxiliar de la justicia pues como lo dice la ley 153 de 1987 y el artículo 230 de la constitución política por lo que no puede dársele el carácter de ley a la jurisprudencia en los anteriores términos resulta entonces claro que pues la ineficacia que se decreta el día de hoy se encuentra plenamente regulada por el artículo 897 del código de comercio y no por la jurisprudencia de la corte suprema de justicia en la norma previo a que se cita con anterioridad se hace evidente que la ineficacia es la ausencia de efectos del negocio jurídico celebrado si se tiene en cuenta que la ineficacia que es declarada y la definición de esta ineficacia es la ausencia de efectos del negocio jurídico que celebra el demandante con porvenir entonces condenar a mi representada a la devolución en primer lugar de unos rendimientos financieros es algo que desborda completamente esta figura jurídica pues si este negocio jurídico que suscribió el*

EXP. 41 2022 00550 01

Víctor Alberto Guerrero Apraez contra Colpensiones y otros.

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirma que no se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica y que COLPENSIONES es un tercero en el acto jurídico del traslado, el que tiene efectos *inter partes*. Solicita que no se le ordene recibir al demandante pues ello afecta el equilibrio financiero del sistema y el demandante se encuentra

demandante con porvenir nunca se suscribió entonces los rendimientos financieros que se generaron gracias a la actividad profesional que realizó mi representada tampoco se hubieren generar condenar a la ineficacia del traslado condenando a mi representada además a la devolución de unos rendimientos financieros únicamente pues además de desbordar la figura misma de la ineficacia lo que genera es un enriquecimiento sin justa causa a favor de colpensiones en virtud de lo previamente enunciado resulta totalmente contrario honorables magistrados a los principios constitucionales de justicia y equidad que frente a la figura de la ineficacia se le aplica un rasero distinto a la afp versus al afiliado demandante qué es lo que sucede en el presente caso pues de un lado sí se acepta que existió una cuenta de ahorro individual que además existieron unos fondos de la parte demandante que obran en esa cuenta de ahorro individual y que incluso existieron unos rendimientos financieros que deben ser trasladados a colpensiones para engrosar el valor de los aportes de la parte actora pero por otro lado no se acepta que primero esos rendimientos financieros fueron generados por una actividad profesional de la administradora de fondos de pensiones y tampoco se acepta que por esa actividad profesional y en virtud de la propia ley pues se causaron unos gastos de administración que fueron legalmente descontados es decir es palmario en el presente caso se declare una ineficacia acomodada en beneficio del actor honorables magistrados no se puede entonces aplicar una interpretación de la figura del ineficacia acomodada en beneficio exclusivo del actor reconociendo que sí se produjeron algunos efectos pero para el mismo caso aplicar una interpretación en detrimento de las afps una declaración que pues desconoce completamente su labor y que se reitera fue esta labor la que precisamente le generó al demandante unos rendimientos financieros que jamás habría logrado de haberse encontrado afiliado a colpensiones frente a esto se destaca que el mismo artículo 20 de la ley 100 de 1993 enuncia que esta comisión de administración no hace parte de los recursos pensionales que financian las prestaciones económicas del afiliado con lo cual y en el entendido que pues es palmario que en el presente caso no se discutió la gestión de mi representada carece entonces de todo fundamento que se condena al traslado de dichos valores en favor de colpensiones ya que ello no puede ser considerado de forma distinta a una violación directa al principio constitucional de buena fe y de confianza legítima esto también honorables magistrados de conformidad con lo expuesto por la superintendencia financiera de Colombia que ha precisado la importancia de respetar las restituciones mutuas en caso de declararse la ineficacia del traslado de régimen pensiona situación que como vimos simplemente no se da en el presente caso ya que sí se reconocen unos efectos jurídicos de este negocio que supuestamente no existió para el demandante pero no se reconocen estos mismos efectos jurídicos para la afp de lo cual se concluye que pues en el presente caso esta declaratoria de ineficacia se declara de conformidad o no teniendo en cuenta la definición misma de esta figura jurídica y pues excediendo completamente la figura de esta declaratoria ahora bien honorables magistrados en caso de que ustedes decidan declarar la ineficacia en el presente caso pues se le solicita de manera muy respetuosa no revoquen la decisión relativa a la indexación de las sumas la corte suprema de justicia ha indicado en reiterar jurisprudencia que pues esta indexación de las sumas corresponde o busca suplir esa depreciación que tiene el poder adquisitivo de la moneda por la condición inflacionaria de la economía nacional si se tiene en cuenta que mi representada invirtió el dinero que se encuentra en la cuenta de ahorro individual del demandante en los distintos fondos de inversiones que tienen las afps entonces no dable que se llegue a concluir que estos dineros en algún momento llegaron a perder su valor adquisitivo al contrario estos dineros al ser invertidos lo que hicieron fue generar un rendimiento económico que en últimas resultó en que este dinero se encontrará digamos actualizado pues a el valor real de este es decir condenar además a una indexación es una doble sanción por un mismo concepto ya que pues estos dineros si se reitera en ningún momento perdieron el valor adquisitivo que hayan podido llegar a tener de conformidad con todo lo anterior les solicito nuevamente a los honorables magistrados pues absolver a mi representada de lo todo lo impuesto en primera instancia y asimismo no condenar en costas ya que mi representada pues únicamente está ejerciendo su derecho a la defensa Gracias su señoría.”.

EXP. 41 2022 00550 01

Víctor Alberto Guerrero Apraez contra Colpensiones y otros.

inmerso en la prohibición legal del traslado² (Audiencia virtual, récord 53:39, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince

² “Gracias señoría estando dentro del término legal me permito presentar el recurso de apelación para ante el honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral en contra de la sentencia proferida por el juzgado 41 laboral de circuito de Bogotá recurso que sustento en los siguientes términos solicito a los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el juez de primera instancia en su totalidad toda vez pues que la cual al momento de dictar la sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendido en qué Colpensiones es un tercero ajeno en el acto jurídico celebrado entre el actor y la afp del rais y pues en razón a que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes pues por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el juez pues en razón a la declaratoria o no de la ineficacia del traslado pues mi representada no puede ser favorecida ni perjudicada con la misma pues como se ha manifestado pues Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión tomada por el actor por lo que le solicito a el honorable tribunal sala laboral que no se condene a mi representada a recibir al actor como afiliado de nuevo al rpm pues ya que con esta decisión consecuencia de la declaratoria de la inexistencia pues está afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones pues el cual fue establecido por el artículo 48 de la constitución política y adicionado por el artículo 01 del acto legislativo 01 en 2005, ya que en caso de esta condena pues debe tenerse en cuenta el impacto al pib pues en la reserva pensionada que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos igualmente le solicito a la sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el cual pues la afp que faltó a su deber legal de información acarree las consecuencias pues con la posible declaratoria de inexistencia pero mi representada colpensiones que como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia en la celebración del acto jurídico pues si las acarreas ya que con el regreso de la actora al régimen del rpm pues existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales pues lo cual genera como ya se dijo un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para estos fines y ahora bien pues conforme lo estipulado el artículo segundo de la ley 797 del 2003, pues el cual modificó el e del artículo 13, la ley 100 del 93, pues se señala que según la anterior norma el demandante pues ya se encuentra inmerso en la provisión para trasladarse al régimen pensional y pues en última sí se determina que en otra posibilidad de ordenar retornar al demandante al rpm pues solicito al tribunal condenar la afp que incumplió su deber legal de información al afiliado pues pagué a mi representada los propicios económicos que ello genera para mí representada en atención a que en virtud de la teoría del daño al derecho civil pues quien causa el daño es quien debe repararlo no es un tercero en un acto jurídico como lo es colpensiones de esta manera dejó sustentado el recurso presentado reiterando al honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral que revoque el fallo proferido por el juzgado 41 laboral del circuito de Bogotá y en su lugar absuelva a mi poderdante de todas y cada una de las pretensiones incoas en el escrito introductor.”

EXP. 41 2022 00550 01

Víctor Alberto Guerrero Apraez contra Colpensiones y otros.

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)*”.

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 42³ años de edad y había cotizado 424,86⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 7 años, 11 meses y 4 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demandada superaba la edad mínima para adquirir el

³ Nació el 12 de diciembre de 1957, folio 26 archivo 02.

⁴ Ver historia laboral de Oficina de Bonos Pensionales folio 81 a 85 archivo 07

⁵ Ibidem

EXP. 41 2022 00550 01

Víctor Alberto Guerrero Apraez contra Colpensiones y otros.

derecho a la pensión (tenía 64 años de edad- ver folios 26 del archivo 02 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{6, 7}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que*

⁶ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes*”.

existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus

EXP. 41 2022 00550 01

Víctor Alberto Guerrero Apraez contra Colpensiones y otros.

características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí dijo que para la época del traslado laboraba en el Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, en donde tuvo una entrevista con una representante de PORVENIR que le expuso algunas ventajas del traslado como una mejor pensión, mayor rentabilidad, le dijo que el ISS entraba en crisis y que estaban más seguros en el fondo privado, pero no le explicaron el funcionamiento, ni las desventajas del RAIS y de su traslado (Audiencia virtual del 29 de noviembre de 2023).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo rendimientos, comisiones, Gastos por administración, primas de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a

EXP. 41 2022 00550 01

Víctor Alberto Guerrero Apraez contra Colpensiones y otros.

sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁸), los cuales se deben entregar *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), por lo que, en criterio de la Corte, no procede la compensación de los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, para la Corte ambos conceptos deben ser devueltos.

Finalmente, se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a PORVENIR, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio con la AFP (ver contestación folios 02 a 31 archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

EXP. 41 2022 00550 01

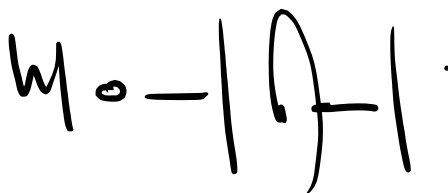
Víctor Alberto Guerrero Apraez contra Colpensiones y otros.

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 42 2023 00129 01
Blanca Rosa Jiménez Oliveros Contra Colpensiones y Otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE BLANCA ROSA JIMÉNEZ OLIVEROS CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 24 de enero de 2024 por la Juez Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, BLANCA ROSA JIMÉNEZ OLIVEROS presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual, *por carecer el mismo de una decisión informada, verdaderamente autónoma y consiente, al no conocer los riesgos del traslado, y las consecuencias negativas al momento de realizar su afiliación*. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR - actual fondo al que se encuentra afiliada- trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que se encuentren en su cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, y se condene a COLPENSIONES a que acepte el traslado de

EXP. 42 2023 00129 01
Blanca Rosa Jiménez Oliveros Contra Colpensiones y Otros.

dichos aportes y reactive su afiliación en el RPM (ver demanda folios 8 a 25 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen pensional es válido como quiera que estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna con toda la información pertinente y necesaria, además es improcedente declarar un error de derecho como vicio del consentimiento frente a normas legales de público conocimiento, aunado a que la demandante no aporta prueba de que el acto se hubiera realizado bajo otro vicio del consentimiento que lo haga nulo. Sostiene que no es viable que la demandante alegue su voluntad de retornar al RPM cuando tuvo la posibilidad de ejercer su derecho al retracto y trasladarse, dentro del términos legales, pero no lo hizo. 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* (ver contestación folios 2 a 29, archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda con fundamento en que la AFP actuó conforme a las disposiciones normativas y reglamentarias que estaban vigentes. Afirma que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en la ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 siendo imposible para esta AFP tenerla como afiliada en el RPM, tal situación contravendría las disposiciones legales y el principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema pues se descapitalizaría el fondo común administrado por Colpensiones. Presentó como excepciones de fondo las que denominó *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 2 a 13 archivo 07, primera instancia).

EXP. 42 2023 00129 01
Blanca Rosa Jiménez Oliveros Contra Colpensiones y Otros.

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de enero de 2024 mediante la cual la Juez Cuarenta y Dos (42) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó la demandante BLANCA ROSA JIMÉNEZ OLIVEROS, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad mediante la vinculación que realizó a la AFP PORVENIR S.A., el día 01 de marzo de 2005, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante por concepto de capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros asimismo, deberá devolver las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados, tal como se expuso en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, aceptar el traslado de los dineros que efectúe la AFP PORVENIR, para que proceda a activar la filiación de la demandante, como si ésta nunca se hubiese trasladado al régimen de prima media con prestación definida y actualice la información de su historia laboral en semanas cotizadas. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A, se ordena incluir en su liquidación la suma de un salario mínimo legal mensual vigente por concepto de agencias en derecho, en favor de la parte demandante, sin costas a cargo de COLPENSIONES. SEXTO: EN CASO de no ser apelada la presente decisión*

EXP. 42 2023 00129 01
Blanca Rosa Jiménez Oliveros Contra Colpensiones y Otros.

por la demandada COLPENSIONES, consúltese con él superior en los términos que define el artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social.” (Audiencia virtual, récord 37:31, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. afirma que el precedente jurisprudencial aplicado no opera de manera homogénea en todos los casos pues debe existir una similitud en las condiciones fácticas, que considera no se da en este expediente. Dice que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, con cumplimiento de los requisitos previstos para la época del traslado. Señala que las condiciones, características, ventajas y desventajas de las AFP se encuentran previstas en la Ley 100 de 1993, lo que se pudo validar por la demandante en cualquier momento, carga que tenía por ser una consumidora en sistema financiero y debía actuar con mediana diligencia. Aduce que el fondo siempre ha actuado con buena fe acogiéndose a los preceptos legales. En relación con los rendimientos, dice que no tiene sentido que ante la declaratoria de la ineficacia se ordene su traslado a COLPENSIONES, contrario a ello, en virtud de las restituciones mutuas, trasladar los frutos se implica reconocer los gastos en que se incurrió para generarlos. Señala que no hay razón de orden jurídico para ordenar el traslado de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y los fondos de garantía de pensión mínima, pues se entregaron por orden legal y cumplieron con su finalidad. Solicita se revoque la orden de indexación, como quiera que esta se compensan con los rendimientos, tal como lo han expuesto otros Tribunales, como el de Medellín, Cali y Cundinamarca, y que se desestime la condena en costas¹ (Audiencia virtual, récord 39:42, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “gracias señoría respetuosamente me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia solicitándole al honorable tribunal superior de la sala laboral se sirva revocar la presente decisión y lo que corresponde a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación de la demandante al rais así como las condenas interpuestas en contra de la afp porvenir conforme a las siguientes consideraciones, en primer lugar debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la honorable corte suprema esta misma corporación nos ha indicado que no se puede aplicar de una forma homogénea a todos los procesos en donde se solicite la nulidad o la ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información en efecto debe existir una similitud fáctica en cada uno de los casos situación que para mí representada no se da en el presente asunto pues el traslado que realizó el aquí demandante fue libre voluntario sin presiones informado y todo esto de conformidad con la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003- dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince

normativa vigente para la fecha en la que se hizo este traslado que fue en el año 2005 y ahora bien y con independencia de la información que se le entregó al momento del traslado de las condiciones características, ventajas y desventajas del rais se encontraban establecidas en la ley 100 de 1993, por lo que ella pudo validar en cualquier momento el contenido de la información que le entregaron los asesores de porvenir y de igual manera y como todo consumidor financiero, la demandante debe actuar con mediana diligencia, el cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que está adoptando y con mayor razón si los datos relevantes que le permitieron precisar las consecuencias de esta decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento a sí mismo debe decirse que el actuar de mi representada aquí llamaba juicio siempre ha sido de buena fe pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen pensional adicionalmente no hay ninguna razón de orden jurídico o de orden legal que ordene que la remisión a Colpensiones de las sumas aportadas con destino al fondo de garantía de pensión mínima se haga con cargo a los propios recursos de la administradora pues no tiene ningún sentido que permanezcan en un fondo cuyo propósito ya no beneficiaría al afiliado y si ello es así no se encuentra ningún motivo que justique, que esas sumas no estén en poder de la administradora, cosas que no están en poder de la administradora sean remitidas con cargo a los propios recursos de esta ello equivaldría a una sanción injustificada que no guarda ninguna correspondencia con los efectos jurídicos de una ineficacia y mucho menos con las restituciones que de ellos puedan derivarse en efecto, como lo ha aceptado en la sala de consulta y servicio civil del consejo de estado, la consulta del 3 de agosto del año 2022, la cual se examinó un caso parecido y llegar a una conclusión similar adicionalmente le solicitamos a los honorables magistrados revocar la decisión de instancia relativa de la indexación de los valores objeto de la condena interpuesta a mi representada, en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos de capital que se encontró en la cuenta individual de la demandante y ello es así pues bien lo ha venido sentando los tribunales superiores de Cundinamarca, de Cali y de Medellín, en los cuales se determinó en sentencias tales como la 0182019473, en la cual concluyó que al ordenar el traslado de manera indexada se compensa la pérdida de capacidad adquisitivo de la de la moneda con el paso del tiempo y por último, en lo que corresponde a las agencias en derecho debe aclararse, que es estimada la ineficacia del traslado de régimen y la consecuente devolución de los valores que fue condenada a mi representada por consiguiente deberán desestimar la condenas en costas es por todo lo anterior que le solicito respetuosamente al honorable tribunal superior, revocar la sentencia de instancia muchas gracias.”

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...)* Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas, permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...).

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 35² años de edad y había cotizado 128.57³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1º de abril de 1994) no tenía cotizaciones⁴, y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años de cumplir la edad mínima para adquirir el derecho a la

² Nació el 4 de junio de 1969, folio 30 archivo01.

³ Ver historia laboral de Porvenir folio 65 archivo 06

⁴ Ibidem

EXP. 42 2023 00129 01
Blanca Rosa Jiménez Oliveros Contra Colpensiones y Otros.

pensión (tenía 54 años de edad- ver folios 30 del archivo 01 del expediente digital).

Por ello no es viable su regreso *voluntario* al régimen de prima media.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{5, 6}. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un*

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que, a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. Tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues, “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) -según la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para que se declare tal situación es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “*consentimiento informado*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión de forma específica para cada afiliado.

EXP. 42 2023 00129 01
Blanca Rosa Jiménez Oliveros Contra Colpensiones y Otros.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí dijo que al momento de vincularse con un nuevo empleador le fue entregado el formulario de afiliación por parte de un asesor del fondo privado, dice que diligenció y firmó el formulario de afiliación sin recibir asesoría alguna sobre las particularidades del régimen de ahorro individual (Audiencia virtual del 24 de enero de 2024, récord 09:12).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados horizontales efectuados; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO) fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos financieros, gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

EXP. 42 2023 00129 01
Blanca Rosa Jiménez Oliveros Contra Colpensiones y Otros.

En el criterio de la Corte, que esta Sala está obligada a aplicar, lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras por los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷), los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Ante esta circunstancia, no es posible como se solicita en el recurso, que se compensen los gastos de administración con los rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual, pues ambos conceptos deben ser devueltos.

Se CONFIRMARÁ también la condena en costas de primera instancia a PORVENIR, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con dichas entidades en el caso bajo estudio.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

- 1. ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional

⁷ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 42 2023 00129 01
Blanca Rosa Jiménez Oliveros Contra Colpensiones y Otros.

de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

- 2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Quinta de decisión laboral,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado