

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAEL PORTELA CONDE CONTRA
LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver la apelación interpuesta por la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 5 de junio de 2020 por la Juez Cuarta (4a) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JAEL PORTELA CONDE presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca la mesada adicional de junio a partir del 16 de enero de 2006, de una pensión extralegal reconocida en su favor por la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO. Lo anterior, teniendo en cuenta que la entidad venía pagando la prestación sobre catorce mesadas anuales pero reajustó la pensión en cumplimiento de

un fallo judicial y a partir de ese momento dejó de reconocer la mesada catorce. Pide que se ordene el pago de las mesadas adicionales causadas desde el 16 de enero de 2006 debidamente indexadas (ver demanda en folios 4 a 14).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante no tiene derecho a recibir la mesada adicional de junio pues adquirió el status pensional después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (el 29 de julio de 2005), y la mesada pensional supera la suma de 3 SMLMV. Propuso como excepciones: *prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios e indexación, falta de título y causa en la parte actora, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales* (folios 44 a 48).

Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de junio de 2020, a través de la cual la Juez Cuarta (4a) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UGPP a pagar la mesada adicional de junio a partir del 8 de noviembre de 2015 con indexación. Para tomar su decisión concluyó que la pensión se causó el 27 de junio de 1999, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 el 25 de julio de 2005; ordenó el pago de las mesadas adicionales de junio causadas a partir del 8 de noviembre de 2015 – por prescripción –, debidamente indexadas. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y APORTES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP al reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio de la pensión de jubilación convencional de la demandante JAEL PORTELA CONDE a partir del 8 de noviembre de 2015, suma que se cancelará debidamente indexada y a la cual deberán efectuarse los correspondientes descuentos en salud conforme lo expuesto. SEGUNDO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la UGPP de las mesadas adicionales causadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2015.*

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada, se fijan como agencias en derecho la suma de \$600.000. CUARTO: CONSÚLTESE esta providencia con el Tribunal Superior de Bogotá, en la Sala Laboral en lo que le resulte perjudicial a la UGPP” (CD 5, minuto 11:40).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte demandada pide que se estudie a fondo la procedencia de las pretensiones, pues el derecho pensional se causó el 16 de enero de 2006 en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 y las resoluciones emitidas por la entidad se encuentran acordes a la normatividad vigente. Además, solicita que se estudie la condena en costas (CD 5, minuto 12:50)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia se advierte del expediente que mediante la Resolución 4991 del 26 de diciembre de 2006, modificada a través de la Resolución 5210 del 29 de marzo de 2007, la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO reconoció a favor de la demandante pensión convencional a partir del 16 de enero de 2006, en cuantía inicial de \$1.001.539, con fundamento en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1998-1999, suscrita entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y SINTRACREDITARIO; y que mediante la Resolución RDP 16595 del 27 de mayo de 2014, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, dio cumplimiento a la sentencia dictada en el JUZGADO CUARTO LABORAL DE IBAGUÉ el 11 de junio de

¹ “Su Señoría muchas gracias, con todo respeto solicito recurso de apelación a la sentencia emitida en este proceso, solicitándoles al H. Tribunal de Bogotá Sala Laboral, estudie la procedencia afondo de la solicitud en la demanda presentada por la señora Jael Portela Conde, puesto que el derecho pensional se causó en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005. De conformidad con las resoluciones que ha emitido la UGPP se hicieron acorde a la normatividad vigente, esta mesada fue reconocida a partir del 16 de enero del 2006, y le solicito al Tribunal Superior que haga un estudio sobre el tema de las costas de este proceso. Así sustento mi apelación muchas gracias su señoría”.

2010, confirmada por la SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA DE DESCONGESTIÓN el 30 de septiembre de 2011, dentro del proceso ordinario laboral No. 2008-189, providencias que resolvieron en favor de la actora la reliquidación de la pensión convencional reconocida por la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y reajustaron la mesada pensional en la suma de \$1.614.080 a partir del 16 de enero de 2006. La entidad pagó \$80.590.216 por retroactivo de las diferencias pensionales causadas entre el 16 de enero de 2006 y el 31 de julio de 2014 (ver suma en el expediente administrativo CD 2).

Como las sentencias referidas estudiaron el derecho de la demandante a la reliquidación de la prestación sin analizar el pago de la mesada adicional de junio (las sentencias se encuentran en los CD's 2 y 3 del plenario, que contienen el expediente administrativo de la demandante), y la entidad venía pagando la prestación sobre catorce mesadas anuales entre el año 2006 y el año 2014 pero a partir del año 2015 la redujo a trece mesadas anuales (ver folios 36 a 38), se debe resolver en este proceso el derecho de la demandante a que se restablezca el pago de la mesada adicional de junio, también llamada *mesada catorce*.

Para este efecto el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 dispuso el pago de una mesada adicional a la que había creado la Ley 4ª de 1976 –la mesada 13- en el mes de junio, y ese derecho abarca a todos los pensionados según lo dispuso la sentencia C-409 de 1994. Si bien la regla que otorgaba el derecho se excluyó del ordenamiento jurídico con el Acto Legislativo 01 de 2005, tal enmienda solo se aplica a las pensiones que se causaron con posterioridad al 25 de julio de 2005 -cuando inició la vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005-.

Para resolver la apelación se debe definir entonces cuándo se causó el derecho pensional extralegal de la demandante.

Para este efecto el Tribunal se remite a la reciente interpretación que hizo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre la

Convención Colectiva de trabajo vigente en el periodo 1998-1999 entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES – SINTRACREDITARIO (aportada al proceso en el CD 1)². Según dicha interpretación, la pensión de jubilación extralegal de trabajadores de la CAJA AGRARIA se debe entender como un derecho causado y adquirido en el momento en que el trabajador cumplió 20 años de servicios sin que importe para este efecto la edad, pues, en palabras de la Sala Laboral, *“la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce y disfrute”* (ver SL 526 de 2018, M.P. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS).

Bajo la interpretación de la Sala Laboral de la Corte el Tribunal confirmará la sentencia apelada, pues el derecho de la demandante se habría causado el 27 de junio de 1999 cuando terminó su contrato de trabajo (ver antecedentes en la Resolución 4991 del 26 de diciembre de 2006 – folio 25), lo que ocurrió antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, normatividad que como se dijo con anterioridad dispuso la extinción del derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14.

Así mismo, se confirmará la sentencia en cuanto dispuso el pago de la mesada adicional de junio a partir del 8 de noviembre de 2015 por PRESCRIPCIÓN, dado que la reclamación que interrumpió el término trienal se elevó el 8 de noviembre de 2018 (ver reclamación allegada en folios 17 a 21) y la demanda se presentó el 15 de marzo de 2019 (folio 40).

² El artículo 41 de la Convención Colectiva referida tiene el siguiente tenor literal: *“A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (2) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios (...) Parágrafo 1. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución”*.

No obstante, se debe aclarar que la pensión que paga la demandada en este proceso tiene el carácter pensión *compartida* con la pensión de vejez que se cause o se haya causado en favor de la demandante a cargo de COLPENSIONES, y por ello, la condena consiste en pagar el mayor valor que se genere frente a dicha pensión de vejez.

El carácter compartido de la prestación lo ordena el artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 al disponer que las pensiones reconocidas en forma voluntaria con posterioridad a octubre del año 1985 tienen el carácter de compartidas con las pensiones de vejez que otorgue en el futuro el Sistema, y así lo ratifica el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 al advertir para las pensiones extralegales –en general- el carácter de compartidas. En el caso bajo estudio, el Registro Único de Afiliados – RUAf- (Sistema Integral de Información de la Protección Social, documental anexada al expediente) indica que la demandante disfruta de una pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES mediante Resolución 90134 del 7 de abril de 2020. Por ello el pago será de la *diferencia* que se genere entre la mesada adicional de junio a cargo de la UGPP y la mesada adicional de junio que pague COLPENSIONES (si la está pagando). Si esta entidad no la está pagando, la debe pagar en su totalidad la demandada en este proceso.

Finalmente, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a la UGPP 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. Revisado el texto de la contestación a la demanda, se advierte que la UGPP no solo se opuso a las pretensiones de JAEL PORTELA CONDE sino que además planteó controversia frente a los argumentos que ésta expuso, controversia en la cual resultó vencida.

SIN COSTAS en la apelación.

En mérito de 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, advirtiendo que la pensión convencional a cargo de la UGPP tiene el carácter de pensión *compartida* con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor de la demandante, y por ello el pago de la mesada catorce a cargo de la demandada será por la *diferencia* que se genere entre la mesada adicional de junio a cargo de la UGPP y la mesada adicional de junio que pague llegue a pagar COLPENSIONES, de conformidad con lo establecido en la parte motiva.
2. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**ACTA DE LA AUDIENCIA DE DECISIÓN CELEBRADA DENTRO DEL
PROCESO ORDINARIO DE ARNULFO NÚÑEZ HERRERA CONTRA
ECOPETROL S.A.**

Bogotá D. C., Treinta (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para para resolver la apelación presentada por la parte demandante, contra la providencia que declaró probada la excepción previa de cosa juzgada, dictada por el Juez Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ARNULFO NÚÑEZ HERRERA presentó demanda contra ECOPETROL S.A.- Pide que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la inexistencia de la resolución con la cual se le reconoció pensión de jubilación por no cumplir con los elementos de existencia, validez, eficacia y oponibilidad; que se declare la inexistencia de la notificación de la resolución anterior; que se declare la continuidad de la relación de trabajo, con el pago de salarios, prestaciones sociales y seguridad social hasta el nuevo reconocimiento pensional, incluyendo tiempo regular, sobretiempo, viáticos sindicales, auxilio de transporte sindical, prima de vacaciones, subsidio de transporte, subsidio de alimentación, subsidio de arriendo, prima convencional, mesada 14, antigüedad en dinero, vacaciones

en dinero, prima de servicios, bono laudo, quinquenio, cesantías, intereses de cesantías, devolución descuento cesantías, indexación de conceptos liquidados, subsidio familiar, subsidio familiar extra, comisariato, tiquetera, indexación; que se ordene la expedición de documento físico de reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que le corresponde; que los retroactivos pensionales se paguen con los nuevos valores que resulten de la reliquidación del contrato laboral; que se pague \$11.428.674 por concepto de indexación de las mesadas de pensión pagadas entre los años 2004 a 2011; que se ordene el pago de indemnización por despido injusto ilegal y sin atender lo dispuesto en el artículo 121 de la convención colectiva de trabajo. De manera **subsidiaria** solicita que se ordene la reliquidación de la pensión de jubilación con todos los emolumentos salariales contenidos en el acuerdo USO- ECOPETROL, la reliquidación de las cesantías, intereses de cesantías, indemnización contenida en el artículo 64 y 65 del CST; que se declare que ECOPETROL novó la obligación cuando firmó el acuerdo integral y definitivo sobre la situación de trabajadores despedidos con ocasión del conflicto colectivo; que se declare que el despido se realizó de manera injusta y que se declare nula el acta de conciliación suscrita ante el Ministerio de Trabajo en el año 2013, indexación, intereses moratorios y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma -en lo que importa a la instancia- que estuvo vinculado con la demandada como *empleado oficial* desde el 20 de abril de 1980 hasta el año 2004 cuando fue despedido; que tenía salario de \$41.144 diarios sin ajustes al IPC como lo indica la Convención Colectiva; que el 21 de febrero de 2003 se inició protesta sindical en un conflicto laboral entre la Unión Sindical Obrera USO y ECOPETROL y se decidió la suspensión de actividades el 22 de abril, suspensión que el Ministerio de Trabajo declaró ilegal mediante resolución No. 1116 del 22 de abril de 2004; que el 5 de mayo de 2004; que ECOPETROL lo despidió con base en dicha resolución y el 27 de octubre de 2011 el Consejo de Estado anuló la resolución 1116 de 2004; que el 10 de diciembre de 2012 se reunieron en las instalaciones del Ministerio de TRABAJO los representantes de la USO,

ECOPETROL, ANDI, CETCOIT (Comisión Especial de Tratamientos de Conflictos ante la OIT) para terminar la queja que habían elevado los trabajadores ante la OIT, y el 23 de mayo de 2013 se firmó un acuerdo entre el Gobierno y la USO novando la obligación laboral; que el 30 de mayo de 2013, mediante memorando interno, ECOPETROL informó la obligación de cumplir con el acuerdo CETCOIT y el 19 de septiembre de 2013 firmó un Acta de Conciliación ante el Ministerio de Trabajo, con ECOPETROL, acta que considera ilegal por desconocer derechos ciertos e indiscutibles (*folios 300 a 343*).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la accionada mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones formuladas. En lo que interesa a este momento procesal, propuso la excepción de *cosa juzgada*. Afirma que con el demandante se suscribieron dos actas de conciliación los días 6 de julio de 2004 ante el Ministerio de Trabajo de Barrancabermeja y 19 de septiembre de 2013 ante el Ministerio de Trabajo de Bogotá. Con ésta última, las partes (el demandante y Ecopetrol) pusieron fin a todas las controversias que pudieron surgir por el conflicto colectivo 2002-2004 entre la USO y ECOPETROL en el cual fueron despedidos algunos trabajadores, entre ellos el demandante. Afirma que con el demandante se acordó la continuidad de su jubilación, se definieron los extremos de la relación laboral, y se modificó el salario base para la fecha de reconocimiento de la pensión de jubilación y para el pago de las prestaciones sociales, salarios y demás emolumentos (*folios 466 a 487*).

Mediante auto dictado en la primera audiencia de trámite el día 10 de febrero de 2020, el Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá declaró probada la excepción de Cosa Juzgada (*folios 581 y 882*). Para este efecto encontró que el acuerdo conciliatorio suscrito en el año 2013 zanjó la controversia que ahora quiere volver a plantear el demandante, y que no se demostraron ni alegaron vicios en el consentimiento ni se afectaron derechos ciertos e indiscutibles del trabajador (*Cd 3 Minuto 23:31*).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el demandante pide que se revoque la providencia. Reitera los argumentos de la demanda relacionados con la ineficacia del acto administrativo, y afirma que el trabajador tiene derecho a que se revise la liquidación de su pensión de jubilación, y que ECOPETROL debió abstenerse de tener en cuenta el acta de conciliación y emitir un acto administrativo sobre el cual se pueda haber ejercido un control de legalidad. Considera que negar la posibilidad de la reliquidación de la pensión contraría la Constitución política (art. 26, 29 y 48), la libertad que tiene el trabajador a pedir y demandar sus derechos, el debido proceso, y el derecho a la seguridad social, que es un servicio público de carácter obligatorio. Reitera que se está vulnerando el artículo 14 del CST (irrenunciabilidad de derechos), y el art 66 del CPACA que impone el deber de notificar los actos administrativos de carácter particular y si ello no ocurre con el lleno de los requisitos el acto administrativo es ineficaz y no produce efectos legales (Minuto 23:58)¹.

¹ *“Su señoría, solicito el recurso de reposición y en subsidio el de apelación, y parto sobre la siguiente base. Inicio informándole su señoría que tal como se lo manifesté, respecto al vicio del consentimiento por mala fe probada dentro del expediente, y que obra tanto en CD, los cálculos correspondientes a la indexación y de manera litográfica aparecen demostrados que ECOPETROL dejó de pagarle a ARNULFO NUÑEZ la suma de \$11'428.000, cosa que usted pasa inadvertido tanto dentro de la exposición que yo hago respecto a la excepción previa, y ahora, vuelvo y se lo manifiesto, respecto al mismo, para que usted tome las medidas del caso. Ahora bien, manifiesto igualmente, que no hay una ley que se esté formulando respecto que se le notifique o haya un acto administrativo llamado resolución de pensión, y que usted no conoce ninguna ley respecto a eso, por lo tanto debe entenderse que se pensiona a través de los acuerdos firmados entre ECOPETROL y la USO, de tal suerte que es totalmente discutible dicha apreciación, toda vez que si bien hay un convenio, no quiere decir que ECOPETROL desconozca la ley, la jurisprudencia y la Constitución. Dese cuenta que la ley 489 del 97 que es la estructura del Estado y la misma Constitución en su art. 4 establece cuales deben ser precisamente las obligaciones de las entidades públicas, y en efecto, mire usted, aquí tenemos a un empleado público, trabajador oficial, entonces de tal suerte que no puede menoscabar usted el derecho a reconocerle la pensión al trabajador, porque uno cosa es, su señoría, que el acta de conciliación que sí hace tránsito a cosa juzgada, mas sin embargo advierto, lo que las partes acordaron es que se le reconozca la pensión en debida forma al trabajador, y ¿Cómo se le reconoce en debida forma al trabajador la pensión? Precisamente se dice, si ECOPETROL hubiese querido, es decir, a través del acta de conciliación en la parte segunda de la pretensión principal se dice “oiga no tome en cuenta dicha acta de conciliación, toda vez que no es un acto administrativo” pero no se quiere dejar de lado que hubo una conciliación por parte del trabajador y de ECOPETROL, de tal suerte que lo que se quiere es que haya un acto administrativo controlable jurídicamente, si eso no existe su señoría, pues, sencillamente lo que está permitiendo usted es un abuso del derecho por parte de ECOPETROL, porque de una u otra manera, por ser la parte más fuerte de la relación laboral, entonces pretende que*

CONSIDERACIONES

En el contexto de la apelación se debe resolver si se demostró o no la excepción de COSA JUZGADA en una conciliación suscrita por el demandante con su empleador.

a través de la excepción se juzgue algo que no permite excepción. Mire su señoría como si para poder demandar ante estos estrados se requiere de hacer la solicitud a ECOPEPETROL, la solicitud administrativa del art. 6, entonces, como se va a desconocer que toda la relación laboral también se tiene que plantear a partir del mismo CPACA. Entonces, de tal suerte su señoría que el solo hecho de no pensionarse al trabajador como los cánones legales establecen, y adicionalmente, usted al negar la posibilidad de la reliquidación de la pensión, pues sencillamente lo que está dando es un tras pies respecto a negar que la constitución política en sus arts. 4 dicen que debe acatarse la Constitución, la del art. 26 la libertad que tiene el trabajador a pedir y demandar sus derechos, el 29 respecto al debido proceso, el 48 sobre la seguridad social que es un servicio público de carácter obligatorio, el 123 inciso 2 y 3 sobre los servidores públicos al servicio de la comunidad ejerce sus funciones en la forma prevista en la Constitución, en la ley y el reglamento, y el art. 210 y 365 sobre los particulares pueden cumplir unciones administrativas en las condiciones que señale la ley. Adicionalmente, se viola co esta postura el CST en el art. 14 sobre irrenunciabilidad de derechos, el art. 100 sobre nomas de orden público, la Ley 100 de 1993 en su art. 150 que establece precisamente que debe haber un documento controlable jurídicamente. Adicionalmente, se viola el CPACA, como lo mencionaba en su art. 66 sobre el deber de notificar los actos administrativos de carácter particular, el art. 67 respecto de la notificación personal que debe darse para el caso, el 68 respecto a la citación para las notificaciones, el 69 sobre la notificación en tal caso por aviso y el 72 sobre la falta o irregularidad de la notificación, y en esta última parte me detengo que si la notificación no se da con el lleno de los requisitos, no se tendrá por hecha la notificación ni producida efectos legales la decisión, a menos que la parte interesada relegate que conoce el acto, advierto, ¡conoce el acto! Y estamos diciendo que hay un acto inexistente. De tal suerte que este caso que este caso se resuelve a partir de la aplicación estricta de las normas, y no de una explicación casual de la conducta humana, y menos a partir de explicar que es confusa la misma demanda, porque usted tiene precisamente toda la potestad para poder dirigir el caso, y darle viabilidad a lo que se está pidiendo, y en tal caso de existir alguna nulidad, precisamente advertirla para sanear el proceso. Entonces, de tal suerte que la irregularidad observada, tiene la capacidad de alterar de manera grave el proceso tomándolo en injusto, es decir, violatorio al debido proceso. En conclusión, la falta o irregularidad de la notificación de los actos administrativos trae como consecuencia su ineficacia, en tanto la virtud del principio de publicidad se hace inoponible, y cualquier decisión determinada, en este caso por ECOPEPETROL, que no es puesta en conocimiento del trabajador, pues lógicamente se entenderá por no surtida. Entonces, volviendo al tema de la pensión su señoría, quiero dejar sentada la posición respecto a lo que ha mencionado la Corte Constitucional en sus sentencias SU 567 del 9 de marzo de 2015, Magistrado ponente Gabriel Eduardo Mendoza, la sentencia T 592 del 2009, sobre derechos renunciables, la sentencia T320 del 2012, la sentencia 32051 del Consejo superior de la Judicatura, del 17 de febrero del 2009, con lo cual se demuestra su señoría que la reliquidación de la pensión es un derecho y por lo tanto no puede usted, o no puede acogerse, la fórmula magistral de decir que por el hecho que don ARNULFO firmo un acta de conciliación, entonces no se le revisa su pensión. De tal suerte su señoría, en estos términos dejo expuesta los recursos para que en tal caso que usted no acceda en este momento con el recurso de reposición, se anule en todo lo decidido por este despacho. Le agradezco su señoría. (el Juez no repone la decisión)

Para el efecto conviene precisar, inicialmente, que la demandada ECOPETROL S.A., es una sociedad comercial de economía mixta con participación mayoritaria de capital estatal que tiene un régimen especial y diferente al de otras sociedades de economía mixta y Empresas Industriales y Comerciales del Estado, en muchos aspectos. Entre ellos, la Ley 1118 de 2006 en el artículo 6º, dispuso claramente, que “*Todos los actos jurídicos, contratos y actuaciones necesarias para administrar y desarrollar el objeto social de Ecopetrol S. A., una vez constituida como sociedad de economía mixta, se regirán exclusivamente por las reglas del derecho privado, sin atender el porcentaje del aporte estatal dentro del capital social de la empresa*”. Sobre dicha norma se ejerció el control de constitucionalidad correspondiente, en la sentencia C-722 de 2007, a cuyo contenido nos remitimos.

En este orden de ideas no es pertinente estudiar la inexistencia, validez o falta de notificación del *acto administrativo* que el demandante echa de menos como fundamento principal de las pretensiones de su demanda.

Dicho lo anterior, debe decidir el Tribunal si el acta de conciliación suscrita por las partes el día 19 de septiembre de 2013, tiene o no efectos de cosa juzgada. Para ello y con base en los artículos 303 del CGP y 15 del CST se debe estudiar (i) si dicho acuerdo incluyó las mismas controversias que el demandante plantea en este proceso, y en dado caso, (ii) si se produjo la *renuncia* de algún derecho cierto e indiscutible, de lo cual resultaría *objeto ilícito* y por ello la invalidez del acuerdo por nulidad absoluta.

Una vez revisado el texto de la conciliación suscrita el 19 de septiembre de 2013 (folio 505 a 511) el Tribunal confirmará la decisión apelada que terminó el proceso por cosa juzgada, pues, (i) las materias objeto de la controversia planteada en este expediente fueron expuestas en la conciliación, y (i) en dicho acuerdo el trabajador NO renunció a derechos ciertos e indiscutibles.

(i) Sobre lo primero resulta claro del texto de LA CONCILIACIÓN, que las partes en este proceso decidieron terminar todas las controversias que pudieran surgir por la terminación del contrato de trabajo del demandante en el año 2004, dada la anulación de la resolución que declaró la ilegalidad del paro en el que participó (Resolución 1116 de 2004), entre ellas, las relacionadas con la continuidad de su contrato y con el salario base de la pensión de jubilación que venía disfrutando. Como solución a estas controversias, se decidió mantener el status de pensionado, pagar los salarios y prestaciones por el tiempo transcurrido entre la fecha de despido ocurrido en el año 2004 y la fecha del *reintegro* el 27 de octubre de 2011, considerar dichos salarios como nueva base para la liquidación de la mesada pensional, y pagar las diferencias que esa reliquidación generó (se pagarán \$85.416.340 por esas diferencias).

Estas son las mismas materias sobre las cuales versó la demanda que dio inicio a este proceso.

(ii) Sobre lo segundo, no encuentra el Tribunal que en la conciliación el demandante hubiera *renunciado* a algún derecho causado en su favor de forma cierta e indiscutible, pues dicha conciliación es en realidad a juicio de la Sala, el acta de cumplimiento de las obligaciones que pudieron surgir a cargo de ECOPETROL por la anulación de la resolución 1116 de 2004.

Además dicho acuerdo fue suscrito de forma libre e *informada* por el demandante quien para este último efecto estuvo acompañado en la diligencia por un miembro de la Junta Directiva del sindicato Unión Sindical Obrera USO, y por la Procuraduría Delegada para Asuntos Laborales como *garante* de la vigencia efectiva de sus derechos. Además el texto de la conciliación siguió los lineamientos que definió el “ACUERDO INTEGRAL Y DEFINITIVO SOBRE LA SITUACIÓN DE TRABAJADORES DESPEDIDOS CON OCASIÓN DEL CONFLICTO COLECTIVO 2002-2004 ECOPETROL-UNION SINDICAL OBRERA DE LA INDUSTRIA DEL PETROLEO USO” (folios 67 a 72), instrumento que se elaboró por la USO, ECOPETROL y el

Gobierno Nacional, con participación activa de la Comisión Especial de Tratamiento de Conflictos de la OIT (CETCOIT) con el fin de dar cumplimiento a la sentencia del Consejo de Estado que anuló la Resolución 116 de 2004, mediante la cual se declaró la ilegalidad del paro.

Se confirmará entonces la decisión apelada y se condenará en costas a la parte demandante, como lo ordena el artículo 365 del CGP.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Laboral,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la providencia apelada.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLUYASE en la liquidación de costas, la suma de \$800.000 como agencias en derecho, a cargo de la parte demandante.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

EXP. 05 2019 00105 01
Arnulfo Núñez Herrera. Vs Ecopetrol S.A.

Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ISRAEL LÓPEZ GONZÁLEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, la sentencia dictada el 27 de febrero de 2020 por la Juez Sexta (6a) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, con T.P. 303.924 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (ver poder a folio 57 vto).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ISRAEL LÓPEZ GONZÁLEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo sobre la pensión de vejez que reconoció a su favor el ISS, hoy COLPENSIONES, con fundamento en el régimen pensional establecido en el

Acuerdo 049 de 1990. Lo anterior, teniendo en cuenta que contrajo matrimonio con MARIA DEL ROSARIO CASAS DE LÓPEZ el 18 de agosto de 1973 y cumple los requisitos de convivencia y dependencia económica establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990. Pide que se ordene el pago del incremento pensional a partir del 1° de mayo de 2005, junto con la indexación e intereses moratorios que se generen (ver demanda en folios 4 a 11 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones incoadas con fundamento en que los incrementos pensionales establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 perdieron vigencia con la Ley 100 de 1993, según lo concluyó la Corte Constitucional en la sentencia SU-140 de 2019. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe y la innominada* (ver contestación en folios 32 a 37 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de febrero de 2020, a través de la cual la Juez Sexta (6a) Laboral del Circuito de Bogotá COLPENSIONES negó el incremento del 14% del SMLMV en la pensión del actor. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: “*ABSOLVER a la accionada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. SIN COSTAS en sede de esta instancia*” (CD 3, minuto 23:13).

Para tomar su decisión, la juez aplicó jurisprudencia de unificación que dictó la Corte Constitucional (SU-140 de 2019), según la cual las normas que crearon los incrementos pensionales fueron derogadas por la Ley 100 de 1993, y concluyó que el actor no cumplió los requisitos para acceder a la pensión de vejez con anterioridad a la vigencia de dicha normatividad.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haberse apelado se remitió al Tribunal para que se surta su *consulta*, como lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, grado de jurisdicción que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la condición de pensionado del demandante, hecho que se acredita –además– con la copia de las Resoluciones 12991 del 26 de abril de 2005 y 11043 del 21 de marzo de 2007, mediante las cuales el ISS, hoy COLPENSIONES, le reconoció pensión de vejez a partir del 9 de octubre de 2004 en la suma de \$626.961 mensuales, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición (ver folios 18 a 20). Tampoco fue objeto de controversia que el demandante contrajo matrimonio con MARIA DEL ROSARIO CASAS BALLESTEROS el 18 de agosto de 1973 (ver registro civil de matrimonio a folio 19).

Para resolver lo que corresponde, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 ordenó que las pensiones de invalidez por riesgo común y de vejez se incrementen *“un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión*¹. Si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entendía la vigencia de dicha norma (sentencias de 27 de julio de 2005, Rad. 21517 MP Isaura Vargas Díaz y Jaime Moreno García, y 5 de diciembre de 2007, Rad 29751. MP Luis Javier Osorio López), LO CIERTO es que reciente jurisprudencia de la Corte Constitucional (sentencia SU-140 de 2019), órgano

¹ ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:

a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

b) En un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión.

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

competente para decidir sobre vigencia y exequibilidad de las normas legales, dispuso que los incrementos previstos en el decreto 758 de 1990 sí fueron derogados por la Ley 100 de 1993.

Sobre la materia esa Corporación concluyó, en la sentencia SU-140 de 2019 con ponencia de la Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER, lo siguiente: *“los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993”* por ello, *“salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005”*.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no podía causarse por falta de supuesto normativo, pues la norma fue derogada. Solo proceden los incrementos reclamados en aquellas pensiones que se causaron antes del 1° de abril de 1994 y la pensión del demandante se causó en el año 2004, razón por la cual se confirmará la sentencia de primera instancia que absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas.

Sin COSTAS en la consulta.

DECISIÓN

En mérito de 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 la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTA D. C.**

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MISAEL RIAÑO MORENO CONTRA
CORTAZAR Y GUTIERREZ LIMITADA, ASFALTOS LA HERRERA S.A.S
EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL- INTEGRANTES DE CONSORCIO LA LUZ,
LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ- SECRETARIA DE MOVILIDAD Y LA
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y
MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ –UMV-.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha para resolver los recursos de apelación presentados por el demandante y las demandadas CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA SAS como integrantes de CONSORCIO LUZ, sobre la sentencia dictada por el Juez Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de febrero de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MISAEL RIAÑO MORENO presentó demanda contra CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA SAS (como integrantes de CONSORCIO LUZ), contra LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ - SECRETARIA DE MOVILIDAD, y contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se

declare la existencia de un contrato de trabajo con la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL (UAERMV) entre el 1 de junio de 2011 y el 21 de agosto de 2012, y solidaridad de los demás demandados por las acreencias laborales causadas durante la relación laboral. De manera subsidiaria solicita que se declare que el CONSORCIO LA LUZ fue el verdadero empleador del demandante y que la UAERMV y los demás demandados deben responder en forma solidaria de las acreencias causadas durante la relación. Pide que se condene al pago de primas de servicios, vacaciones, cesantías, intereses de las cesantías, \$ 975.000 por 21 días de salario causado y no pagado entre el 1º y el 21 de agosto de 2011, indemnización moratoria, y las costas del proceso

Como fundamento de lo pedido afirma que CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA SAS integraron el CONSORCIO LA LUZ, con quien la UAERMV suscribió el contrato civil No. 113 para ejecutar obras de mantenimiento vial de la ciudad de Bogotá. Dice que se vinculó laboralmente con el CONSORCIO LA LUZ el 1 de junio de 2011 mediante un contrato de trabajo que se ejecutó hasta el 21 de agosto de 2012, en el cargo de operador de motoniveladora, con salario de \$1.393.000 y horario habitual de 7 a.m. a 4 p.m.- Aduce que la subordinación fue ejercida por la UAERMV quien formulaba instrucciones de trabajo y hacía los llamados de atención de forma conjunta con personas que representaban el consorcio, y que la infraestructura, la logística y los elementos de trabajo, era suministrados por el CONSORCIO LA LUZ y por la UAERMV (fls 2 a 20 y reforma 316 a 330).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que no contrató al demandante, no ejerció subordinación sobre a él, ni es responsable solidario pues el contrato celebrado con el CONSORCIO LA LUZ no fue de obra *sino de suministro de personal* y el beneficiario de las obras es la comunidad. Propuso excepciones previas, pero desistió de las mismas (Cd 2 minuto 12:04), y como

excepciones de fondo propuso la *prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, a cargo de la UAERMV, pago y la genérica*. (folios 88 a 114 y contestación reforma 405 a 410)¹.

También contestó la demanda la sociedad ASFALTOS LA HERRERA SAS EN LIQUIDACIÓN, mediante apoderado. Aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones con fundamento en que el CONSORCIO LA LUZ como demandado principal es quien debe responder por las acreencias laborales, pues fue con quien se celebró un contrato. Informa que ASFALTOS LA HERRERA SAS está en proceso de liquidación desde febrero 21 de 2014, según lo dispuso la Superintendencia de Sociedades y por ello se le debe considerar de buena fe. Propuso como excepciones *la inexistencia de la relación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, compromiso, falta de competencia y falta de jurisdicción* (folios 140 a 147).

Igualmente contestó la demanda un curador *ad-litem* en nombre de la sociedad CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA integrante del CONSORCIO LUZ. Se opuso a las pretensiones afirmando que no es competencia de la jurisdicción laboral declarar la existencia de un consorcio, y que hay mala fe en el demandante por dejar trascurrir más de 23 meses para presentar la demanda buscando el crecimiento de la sanción moratoria. Pide que se paguen por este concepto, en caso de condena, solamente intereses de mora. Propuso como excepciones previas *la falta de jurisdicción o de competencia en razón a la cuantía*, que no prosperaron (folios 310 a 315²).

Asimismo, contestó la demanda la ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ-SECRETARIA DE MOVILIDAD (fls 55 a 64 y contestación reforma 412 a 424). Sin embargo, el apoderado del demandante desistió de las pretensiones contra esta demandada (Cd 2 minuto 4:37).

¹ (fl 181) Llamó en garantía a la Compañía de Seguros la Previsora, pero no subsanó falencias y se rechazó el llamamiento.

² En la audiencia se ordenó la inclusión en el registro nacional de personas emplazadas.

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó el Juez Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá el 03 de febrero de 2020, mediante la cual declaró un contrato de trabajo entre el demandante y el CONSORCIO LA LUZ integrado por CORTAZAR GUTIERREZ LTDA Y ASFALTOS LA HERRERA SAS, y solidariamente responsable a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL del Distrito de Bogotá. Condenó a pagar intereses, como sanción moratoria, por el tiempo transcurrido entre la terminación del contrato de trabajo y la fecha de pago de las acreencias laborales. Para tomar su decisión encontró probado que el verdadero empleador fue el CONSORCIO LA LUZ, y conforme el artículo 34 del CST declaró responsabilidad solidaria de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACIÓN Y MANTENIMIENTO VIAL por ser beneficiado de las labores del demandante. Tasó las acreencias y las declaró pagadas en el mes de mayo de 2013 por lo cual procedía la sanción del artículo 65 del CST pero como intereses de mora, pues si bien la demanda se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, la reforma se hizo después de vencido dicho plazo.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante MISAEL RIAÑO MORENO y las empresas CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS HERRERA S.A.S, como integrante del CONSORCIO LUZ, existieron contratos de trabajo por obra labor desde el 21 de junio del 2011 al 21 de agosto del 2012. SEGUNDO: CONDENAR a las sociedades CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA Y ASFALTOS HERRERA S.A.S como integrantes del CONSORCIO LUZ y solidariamente a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ, a pagar al señor MISAEL RIAÑO MORENO moratoria en la modalidad de intereses moratorios a la tasa máxima de crédito y libre asignación certificado por la Superfinanciera, causados sobre el monto de la liquidación final desde el 21 de agosto del 2012 y hasta el 31 de mayo del 2013, Suma que asciende a la*

cifra de \$1'002.030.91. TERCERO: ABSOLVER a las demandadas UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ, CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S. como integrantes estos últimos del CONSORCIO LUZ de las pretensiones incoadas por los demandantes (son de otros procesos). conforme se expuso en la parte motiva de este fallo. CUARTO: EXCEPCIONES dadas las resultas de este juicio se DECLARAN probadas las excepciones propuestas por los demandados en pro de los procesos donde no salieron adelante las pretensiones de los demandantes. QUINTO: COSTAS al señor MISAEEL RIAÑO MORENO, las agencias en derecho se tasan en un 20% del impuesto liquidado en esta sentencia. SEXTO: ORDENESE la consulta de esta sentencia ante el superior a favor de los demandantes (otros procesos). Igualmente, la consulta se ordena a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE REHABILITACION Y MANTENIMIENTO VIAL DE BOGOTÁ como la entidad Pública garantizada por la Nación y a fin el superior revísela legalidad de lo decidido en esta sentencia.” (CD 3 Minuto 50:16)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, propusieron apelación: la parte demandante, y las demandadas ASFALTOS LA HERRERA SAS, y CORTAZAR Y GUTIÉRREZ LTDA.

En el recurso del demandante pide que se modifique la condena pues “*hay unos saldos por el orden de \$2.000.000*” que se no se han cancelado, y que se ordene el pago de sanción moratoria a razón de un día de salario por cada día de retardo, porque la demanda se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, como los dispone el artículo 65 del CST (CD 3, Minuto 54:30)³.

³ “*Gracias su señoría. Me permito interponer el recurso de apelación en contra del fallo usted ha dictado, y para seguir la misma secuencia que desarrollo el despacho, primeramente, me referiré al asunto del expediente 660 del señor MISAEEL MORENO. Sobre ese particular diré que se ha negado la indemnización moratoria, además de todas las prestaciones que se adeudan, porque si uno hace un cotejo de lo que ellos dicen que cancelaron, que no está demostrado dentro del proceso, encuentra que hay unos saldos que están por el orden de los \$2'000.000.*”

En el recurso de ASFALTOS LA HERRERA SAS EN LIQUIDACIÓN, pide que se absuelva del pago de sanción moratoria pues la sociedad se encuentra en proceso de liquidación y el actor no se hizo parte en dicho trámite, *ni hay posibilidad de realizar pagos* (Hora 1 Minuto 06:43)⁴.

Además la demanda fue interpuesta antes que se hubieran cumplido los dos años de la terminación del contrato que se dio con el CONSORCIO LUZ, luego es irrelevante el momento en que se formuló la reforma. El art. 65 primeramente exige que se haya formulado la demanda dentro de los 2 años siguientes, no incluye tema de una reforma. Ahora voy compactar todos los recursos de apelación de la siguiente manera. (...) Es importante tener en cuenta que el ART. 65 del CST, si se gana el salario mínimo, de acuerdo con el segundo párrafo de esa misma norma, pues se aplica la norma que venía en procedencia, es decir, no separa la indemnización moratoria en 24 meses. También es necesario considerar que ninguno de los caso que se han presentado con estos cuatro fallos, el pago que se hizo, y no todos esta probados, ellos aducen pagos pero no se han realizado esos pagos, o no se ha establecido de manera certera en la mitad de los casos, ya le precisare la ampliación pero dejo sentado que yo lo planteo para precisarle al Magistrado cuales casos fueron demostrados y cuáles no. de cualquier manera, si no se hace el pago total, la indemnización de las personas que ganan más del salario mínimo va hasta los 24 meses, si ganan el salario mínimo es hasta que se haga el pago de la totalidad de estos emolumentos. Ahora, es necesario explicar porque la actitud del CONSORCIO LUZ no fue de buena fe, sucede que a mí me entregan un contrato por 14 mil millones de pesos, evidentemente para realizar el pago de los salarios, prestaciones y aportes a seguridad social, en el expediente aparece acreditado y ya que lo han cotejando porque en dos expedientes aparece. 5 mil millones de pesos se le fueron entregados a la empresa capital Factor, esa empresa casualmente yo también estoy ejerciendo acciones en contra de estas entidades y esos 5 mil millones de pesos no procuro la entrega de los recursos para efecto de que se pudieran pagar los aportes a seguridad social, como no se pagaron los aportes a seguridad social, en incumplió el contrato que me do entre el consorcio luz y la UNIDAD, entonces eso implico que desembocara el tema en la caducidad del contrato, la caducidad que implico que no le pagaran a todos mis clientes. Acaso uno puede argumentar su propia culpa en su favor? "No es que mire yo cogí la plata para otra cosa, entonces no pude cumplir" y la suerte del empleador que en este caso es el CONSORCIO LUZ, inexorablemente es la suerte de la UNIDAD DE MANTENIMINETO VIAL porque así lo ha desarrollado la jurisprudencia. Ahora, si los Magistrados decidieran cambiar de posición y considerar que el verdadero empleador como muchas veces lo han hecho en esa instancia, frente a esas corporaciones considera como verdadero empleador a la UNIDAD DE MANTENIMINETO VIAL. Acaso ello no implicaría inmediatamente que se están transgrediendo todas las normas que prohíben la tercerización de la actividad laboral, la violación del decreto 586 de 2016, y es que claramente ellos están contratando a unas empresas para que los aprovisiones de empleados, y uno puede hacer eso, pero sucede que existe una situación y es que el art. 34, que es una norma dirigida con el propósito de evitar que aquellas personas que en principio debieron estar pagando salarios y prestaciones, eviten estos pagos, se escuden a través de la contratación de terceros y solamente exigen dos requisitos: que la actividad del trabajador beneficie a la unidad y eso es evidente, porque lo que ellos están haciendo es precisamente el re parcheo, el mantenimiento de la malla vial de Bogotá. Y cuál es el propósito de acuerdo con el acuerdo 216 del consejo de Bogotá del año 2016, ¿para que crearon a la UNIDAD DE MANTENIMINETO VIAL?, para eso, para, mantener las vías públicas, ¿entonces se benefician? Claro y ellos tiene una obligación legal, es desarrollar esa suerte de actividades, se beneficia y el giro ordinario de las actividades que pertenecen al beneficiario por supuesto que coinciden de manera exacta y precisa con la actividad de estos trabajadores que en ningún caso tenían porque esperar a que les hicieran un abono a los dos años de sus prestaciones sociales. Entonces por esa razón considero que debe revocarse el fallo, no sn antes colocar de presente que se han aducido el pago de ciertos aportes a seguridad social, que no es más que una mención por parte de la UNIDAD DE MANTENIMINETO VIAL, porque estos pagos efectivamente jamás se realizaron. Además de ellos, quiero colocar de presente que la posición del despacho es tanto como asumir que para que se profiera condena en contra de un empleador es necesario haber demandado a todos los socios, a todos os beneficiarios que ello no es requisito sine qua non para el efecto. Se han suministrado al despacho todos los elementos de juicio para que formule una declaración que es el supuesto factico indefectible para la formulación de condenas, y es que el CONSORCIO LUZ es el verdadero empleador. Entonces habría que mirar quien es el que responde por cada una las obligaciones que les correspondían. En esos términos dejo fijada la apelación su señoría muchas gracias."

⁴ "Su señoría conforme con la decisión, interpongo recurso de apelación respecto a la decisión en contra dentro del proceso 660, teniendo en cuenta la situación jurídica que tiene en estos momentos ASFALTOS LA HERRERA, una empresa que se encuentra en liquidación judicial, y que dentro de dicho proceso los aquí demandantes no se hicieron parte del proceso concursal, ni siquiera para exigir sus derechos litigiosos. Por lo tanto, su señoría,

En el recurso de CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA, su curador ad-litem manifiesta que no procede la condena al pago intereses de mora como sanción, pues no se demostró mala fe en el actuar del empleador (CD 3, Hora 1 Minuto 8:02)⁵.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En los recursos no se controvertieron las razones que expuso el juez para concluir (i) que el verdadero empleador del demandante fue el CONSORCIO LUZ integrado por CORTAZAR Y GUTIERREZ LIMITADA y ASFALTOS LA HERRERA S.A.S EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, (ii) que devengó salario mensual de \$ 1.393.000 en el cargo de Operador de Motoniveladora, y (iii) que los derechos causados fueron pagados al demandante en el mes de mayo del año 2013. Esos hechos encuentran prueba, además, en los documentos de folios 21, 22 y 160 a 162, y 498.

La controversia que se sustentó adecuadamente en los recursos, versa sobre el derecho al pago de sanción moratoria, y la forma como se debe ordenar dicho pago.

No procede la Consulta de la sentencia, porque el Distrito Capital de Bogotá fue excluido de la controversia por desistimiento de la demanda, y la UAERMV es una entidad descentralizada de nivel distrital, frente a la cual no procede este grado de jurisdicción (artículo 69 CPTSS).

sustento así mi apelación, de igual manera infirmando o aclarando que ASFALTOS LA HERRERA es una empresa que posterior a sus trámites liquidatorios de aproximadamente 4 mil millones de pesos, por lo cual las condenas en contra de esta empresa sería irreales, ya que no hay posibilidad de realizar pagos en este sentido. Así termina mi apelación, su señoría muchas gracias.

⁵ “gracias su señoría, interpongo recurso de apelación en contra de la condena por \$1'002.000 que profirió el despacho. Señoría, considero que no está determinada ni claramente probado la relación laboral y por lo tanto esa condena por intereses moratorios me parece que no da lugar, ya que no se demostró la mala fe de mi representada. Gracias.

Sea lo primero advertir que el artículo 34 del CST asigna responsabilidad solidaria del contratante de una obra frente a las obligaciones laborales que surgen entre el contratista y sus trabajadores, salvo que lo contratado sean *labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio* -del contratante-. Como esta norma dispuso una regla general de responsabilidad solidaria para evitar que el empleador diluya artificiosamente en terceros las responsabilidades laborales que las normas legales le asignan, solo se puede eximir de dicha responsabilidad el contratante que demuestre fehacientemente dentro del proceso que se encuentra en la *excepción* que establece la norma, probando que el objeto del contrato civil comercial o administrativo comporta labores *extrañas* al objeto social de su empresa o negocio.

Bajo esta clara regla, no se pueden considerar extrañas a la UAERMV las labores que contrató con el CONSORCIO LUZ (CORTAZAR Y GUTIERREZ LTDA Y ASFALTOS HERRERA S.A.S), pues todas las actividades que debía desarrollar como contratista son inherentes y conexas a las actividades y al objeto definido en los reglamentos para la UAERMV “*desarrollar las actividades parcheo y reparación de pavimento existente, fresado y pavimentación de vía, con o sin recebo, nivelación de materiales con motoniveladora, compactación de materiales*”. Por ello procedía la declaración de responsabilidad que dictó el juez en primera instancia.

Dicho lo anterior y advirtiendo que en el recurso del demandante no se adujeron razones concretas de inconformidad con la liquidación que tasó el juez⁶, y por ello carece de objeto la apelación en esta materia, el Tribunal para atender el lineamiento dispuesto en la sentencia C-968 de 2003 efectuó las operaciones pertinentes, y debe confirmar la condena de primera instancia en cuanto definió pagadas las acreencias laborales del demandante, pues efectuadas las operaciones pertinentes resulta -incluso- un saldo a favor a de las demandadas: se pagaron \$4.622.056 por salarios y

prestaciones y \$1.478.000 por seguridad social (según lo definió la sentencia y lo reconoció el demandante), y el valor causado fue de \$3.278.864 quedando un saldo a favor de las demandadas por valor de \$2.821.871.

DIAS TRABAJADOS / AÑO 2012	231
CESANTÍAS	\$ 893.842
INT CESANTIAS	\$ 68.826
PRIMA	\$ 893.842
VACACIONES	\$ 446.921
21 DIAS DE AGOSTO	\$ 975.033
TOTAL	\$ 3.278.464

En este punto se advierte de los memoriales allegados por el apoderado del demandante al trámite de segunda instancia, que él mismo instauró otros procesos contra las mismas demandadas, con similar objeto y fechas de relación levemente distintas, en los Juzgados 14 y 31 Laborales del Circuito de Bogotá. Como dichos procesos se han adelantado en forma paralela al presente, con la aquiescencia del apoderado, la parte demandada hará llegar una copia de esta providencia a los expedientes referidos, para que allí se tenga la constancia clara del pago de las acreencias causadas en favor del demandante desde el inicio de la relación de trabajo.

Definido lo anterior, y para resolver la materia de apelación que sustentó el demandante (INDEMNIZACIÓN MORATORIA), el artículo 65 del CST impone al empleador el pago de un día de salario por cada día que transcurre desde la terminación del contrato de trabajo hasta el momento en que paga al trabajador la totalidad de los salarios y prestaciones que se

⁶ En el recurso se limita a firmar que “*hay unos saldos por el orden de \$2.000.000*” sin expresar argumento alguno que controvierta las razones del juez, o la causa de tales *saldos*.

causaron en la relación de trabajo si la demanda se presenta dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, y si dicho plazo se deja transcurrir, la sanción correrá como intereses de mora sobre las sumas adeudadas.

Bajo esta clara regla y dado que ni siquiera se alegó por el empleador buena fe por la demora en el pago de prestaciones sociales, se ordenará el pago de un día de salario por cada día que transcurrió desde la terminación del contrato de trabajo (20 de agosto de 2012) hasta el día del pago (15 de mayo de 2013), condena que asciende a \$12.258.312 que resultan de multiplicar el valor del salario diario (\$46.433) por 264 días.

Para responder al argumento de una de las demandadas, se debe advertir que la fecha de inicio del proceso de liquidación es posterior a la fecha del pago y por ello esa situación no afectó la sanción moratoria; y para responder al argumento del juez, que consideró como fecha de interrupción del plazo de 24 meses la presentación de una *reforma* a la demanda, se debe precisar que así como la presentación inicial de una demanda interrumpe el término de *prescripción* de la acción laboral ese mismo efecto se debe asignar frente a otros plazos que haya dispuesto el legislador para el ejercicio de potestades del demandante, como el de 24 meses que regula el numeral 1º del artículo 65 del CST para la sanción moratoria.

Sin costas en segunda instancia.

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta de decisión laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada, salvo el numeral SEGUNDO que se modifica para tasar el valor de la indemnización moratoria en la suma de DOCE MILLONES DOSCIENTOS CINCUENTA Y OCHO MIL TRESCIENTOS DOCE PESOS (\$12.258.312).
2. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA CLAUDIA FANKHAUSER BURAGLIA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por COLPENSIONES, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 11 de marzo de 2020 por el Juez Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Shasha Renata Saleh Mora, con T.P. 192.270 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA CLAUDIA FANKHAUSER BURAGLIA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y OLD MUTUAL PENSIONES Y

CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 1º de mayo de 1999. Afirma que no le proporcionaron información completa, clara y comprensible sobre las consecuencias del traslado de régimen ni le explicaron las diversas formas de pensión en el régimen privado o proyecciones sobre el saldo de ahorro requerido para obtener la pensión en el monto que pretendía. Pide que se ordene la reactivación de su afiliación en COLPENSIONES y la devolución de los aportes cotizados durante su vinculación al RAIS desde la fecha del traslado hasta el último aporte realizado en su cuenta de ahorro individual, y a COLPENSIONES aceptar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad y anular el registro objeto de traslado (ver demanda en folios 3 a 8 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante escogió de forma libre su afiliación en el RAIS, y no puede retornar al RPM pues se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse entre regímenes pensionales (literal e, artículo 13 de la Ley 100 de 1993). Advirtió que las características del RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993 y la demandante tenía una mera expectativa. Considera que el regreso de la demandante al RPM genera detrimento patrimonial e impacta el sistema financiero. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 65 a 88 del plenario).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el traslado de la demandante se hizo sin vicios del consentimiento, precisando que la suscripción no fue el 1º de mayo de 1999 si no el 5 de marzo de 1999. Afirma

que la elección al RAIS se realizó de manera libre y voluntaria, luego de que los asesores brindaran información integral sobre las implicaciones del traslado de régimen, y sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales; y advirtió que la actora no puede soportar la petición de nulidad en que no se alcanzaron las expectativas que tenía sobre el valor de la mesada por vejez. Asevera que la actora al ser trasladada a otro fondo (OLD MUTUAL) y los dineros recaudados en la cuenta de ahorro individual entregados a ese fondo y no hay saldos en la cuenta de ahorro individual que tenía con PROTECCIÓN S.A. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensión, 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, traslado de aportes a OLD MUTUAL y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 122 a 137).

Contestó también la demanda la OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas. Afirma que la decisión del traslado de régimen de la demandante fue libre, y se materializó con la suscripción del formulario de afiliación. Señaló que la decisión de traslado de régimen pensional se encuentra regulada en la ley y que los Fondos actuaron con buena fe. Propuso como excepciones: *Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica* (ver contestación en folios 167 a 171).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de marzo de 2020, mediante la cual el Juez Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante MARÍA CLAUDIA FANKHAUSER BURAGLIA con el fondo DAVIVIR hoy protección el 5 de marzo de 1999, y*

consecuencialmente la posterior afiliación de la demandante a la AFP SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS el 01 de septiembre del 2006 contenido en el formulario 336031. SEGUNDO¹: ORDENAR a OLD MUTUAL antes SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante, dinero que debe incluir los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado de régimen pensional al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir sin solución de continuidad como su afiliada dentro del régimen de prima media con prestación definida a la señora demandante MARÍA CLAUDIA FANKHAUSER BURAGLIA desde su afiliación inicial al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, sin solución de continuidad CUARTO: SE DECLARA no probadas las excepciones propuestas por los fondos demandados en sus contestaciones. QUINTO: las costas son a cargo de los fondos demandados a favor de la demandante, se pasan las agencias en derecho en 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento del pago a cargo de cada fondo demandado SEXTO: ORDENESE la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación y afín el superior revisé la legalidad de lo decidido” (Cd 4 Minuto 30:04).

Para tomar su decisión, el Juez concluyó que la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A no demostró que hubiese suministrado información clara, comprensible y suficiente en el momento en el que se efectuó el traslado de régimen de la demandante, ni que le hubiesen explicado las características de ambos regímenes pensionales y las consecuencias para su futuro pensional. Argumentó que desde la ley 100 de 1993 ya existía el deber de información y que conforme la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral entre otras la (SL 4964 de 2018) existía el deber de información,

¹ Este punto fue corregido en audiencia, ya que en el acta la orden aparece dada a PROTECCIÓN S.A.

asesoría, buen consejo y la doble asesoría, y que los Fondos no se pueden excusar en la carga de la prueba.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión COLPENSIONES pide que se revoque. Afirma que la afiliación de la demandante a la AFP se realizó en uso de derecho a la libre escogencia del régimen pensional y que en este momento la actora no cumple los requisitos para retornar al RPM, pues se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales. Advirtió que el objetivo perseguido al exigir un tiempo límite para el traslado es evitar la descapitalización del fondo común del RPM que se produciría al permitir que las personas que no han cotizado a este fondo común retornen sin respetar los tiempos establecidos. Aduce sólo hasta el año 2014 se fijó como condición previa para el traslado entre regímenes pensionales, el brindar asesoría, obligación que no existía en año 1999 cuando la demandante se afilió al RAIS (Cd 4 Minuto 31:43)².

² “Gracias su señoría, siendo el momento procesal oportuno, mi enfermito de interponer recurso apelación frente de la provincia antes proferida por su despacho en los siguientes términos. Solicitó al Honorable Tribunal revocar la sentencia, primer lugar, porque la demandante se encuentra inmersa entre una causal de previsión que establece el artículo 2 de la ley 797 del 2003, el cual establece que después de un año de vigencia de la presente ley los afiliados no podrán trasladarse régimen cuando le faltaron 10 años o menos para adquirir el derecho pensional. Tenemos entonces que la señora nació la señora María Claudia nació en 1960, actualmente cuentan con 50 años, es decir, no puede realizar el traslado. Por otra parte es importante tener en cuenta que la sentencia C 1024 del 2004 habló sobre la constitucionalidad de la restricción antes mencionada, se pronunció en su contenido y reprodujo en lo pertinente en la sentencia C 062 de 2010, manifestando lo siguiente: el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia en la forma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común de régimen solidario de prima media que se produciría si se permitirá que las personas que no han contribuido al fondo común y que por lo mismo no fueron tenidas en consideración la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representan en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste económica, pudieran trasladarse régimen cuando estuvieran próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez. Por otra parte, en cuanto al deber de información se debe tener en cuenta que si bien es cierto la ley 1328 de 2009 en su Artículo 9° estableció el deber de información de las administradoras del sistema general de pensiones, las cuales deben brindar información a las personas que quieran trasladarse entre regímenes pensionales, es así como deben recibir su asesoría de los representantes y ambos regímenes como condición previa para que proceda el traslado entre ellos, lo anterior de conformidad con las instrucciones que para el efecto imparta la Superintendencia Financiera de Colombia, su disposición se debe adicionar mediante la figura del inciso noveno el cual hace referencia al contenido mismo de la información al consumidor financiero y por lo tanto sólo hasta en el año 2014 se fijó como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes pensionales. Ahora bien, tenemos que la actora se trasladó en 01 de mayo de 1999, argumenta qué época en la cual

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 este derecho cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó la posibilidad de traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia 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*

la condición previa de brindar asesoría no estaba establecida entre el ordenamiento jurídico vigente y por lo tanto, pues, sería únicamente para que ellos trasladados entre regímenes que se efectúan a partir del año 2014, al momento que se desvirtuar y a las pretensiones de la demanda razón a que éstas se fundamentan en la falta de información por parte del representante de la AFP, obligación que sólo se instaló como lo dije anteriormente en el 2014. Inclusive según la circular de la superintendencia financiera que data del 2016, se fijó que a partir del 01 del 2016 las administradoras no podrán realizar traslados sin antes haber cumplido la condición de brindar asesoría para aquellos afiliados que consideran trasladarse de régimen, se resalta que la presente restricción no es de carácter retroactivo y por lo tanto no puede aplicarse este argumento como justificación para que prospere en las pretensiones de la demandante, por el simple motivo que su traslado se efectuó en el año 1999. La condena en costas, reiteró, como la para aquella época no era obligación de los fondos de brindar la información en su momento y la filiación se dio según lo establecido en la ley conforme los ítems de los del formulario no era obligación de mi representada en este momento Por lo cual el tema de las costas tampoco ha llamado a prosperar. Así las cosas, sustento recurso de apelación ante el honorable tribunal.

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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones, la demandante tenía 38 años de edad y había cotizado 471.14 semanas³, y que para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 9 años, 1 mes y 26 días)⁴.

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 de

³Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en Cd que contiene expediente administrativo a folio 91.

⁴ Ibídem.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵ ⁶, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información 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*

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".*

voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 ineficaz el traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN (dada la fusión por absorción de la AFP DAVIVIR) no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. 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” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como “saneamiento” la ratificación de la actora por el paso del tiempo o por

posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 5 de marzo de 1999 a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, luego se trasladó el 19 de julio de 2006 a SKANDIA hoy OLD MUTUAL-, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada ver historial de afiliaciones a folio 171, 194 a 199).

Igualmente se confirmará la condena en costas 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, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en folios 65 a 88).

Adicionalmente, conociendo la apelación y en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobraron los fondos privados durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada uno de dichos fondos, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), y para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

SIN COSTAS en la apelación.

DECISIÓN

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 **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a devolver los gastos de administración que cobraron durante la permanencia de MARIA CLAUDIA FANKHAUSER BURAGLIA en cada uno de los fondos privados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES; y para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARIENY RUEDA OLARTE
Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE FREDIN EDUARDO LEYVA ÁLVAREZ
CONTRA AUTO FUSA S.A.**

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FREDIN EDUARDO LEYVA ÁLVAREZ presentó demanda contra AUTO FUSA S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que la terminación de su contrato de trabajo de término indefinido ocurrió sin justa causa. Pide que se condene al pago de indemnización por despido injusto, cesantías y sus intereses, sanción moratoria y las costas del proceso. Como fundamento de lo pedido afirma que laboró para la demandada como conductor de bus en diferentes oportunidades, la última inició el 5 de diciembre de 2011 y terminó el 20 de enero de 2016 por decisión unilateral del empleador. Afirma que no había justa causa para el despido y que no se pagaron adecuadamente las cesantías del año 2016 (folios 3 a 7).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la sociedad AUTO FUSA S.A. mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones afirmando que el contrato terminó por una justa causa, pues el demandante reiteradamente y en más de tres oportunidades incurrió en faltas al reglamento interno de trabajo, la última de las cuales fue el irrespeto a la autoridad y llevar en el vehículo a personas no autorizadas. Indicó que se pagaron todos los derechos laborales mediante consignación en su cuenta de nómina, y propuso como excepciones *buena fe de la empresa demandada, cobro de lo no debido y mala fe del demandante* (folios 59 a 69).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de marzo de dos mil veinte (2020), mediante la cual absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas. Para tomar su decisión valoró la última conducta del demandante y evidenció de las múltiples faltas del pasado (confesadas por el actor) desconfianza con el empleador. Estableció según lo confesado por el demandante como salario devengado el mínimo legal y concluyó de las pruebas aportadas el pago de las cesantías y de los intereses solicitados en el proceso, mediante consignación. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *RESUELVE: "PRIMERO: ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de cobro de lo no debido y buena fe propuestas por la demandada, relevándose el despacho de los demás medios exceptivos. TERCERO: en caso de no ser apelada la presente decisión remítase las diligencias al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, a efectos de que se sirva el grado jurisdiccional de consulta" (CD 2 MIN 20:00).*

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante pide que se revoque la decisión y se ordene el pago indemnización por despido sin justa causa. Aduce que los elementos de prueba testimoniales y el interrogatorio de la representante legal

son suficientes para excluir la existencia una justa causa, pues el documento (PQR) que fue suscrito por el Agente de Tránsito demuestra que la agresión verbal alegada como causa de despido la cometió el auxiliar del bus No. 716 y no el demandante, y a pesar de ello se le endilgó la responsabilidad. Respecto de la autorización para transportar un auxiliar afirma que la empresa estaba enterada y que debe ser condenada a pagar también los derechos laborales que surgieron en favor de esa persona que le ayudaba en el cumplimiento de sus funciones¹. Solicita que se reliquiden los salarios pues si

¹ *Mi recurso se centra únicamente y exclusivamente en la falla que se generó el paso 7 de enero del 2016, donde a folio 120 dentro del expediente del proceso aparece el formato de recepción de quejas, sugerencias o felicitaciones de AUTO FUSA, con consecutivo 00002426 de fecha de recibido el 7 de enero de 2016, donde presuntamente la suscribe el intendente Alexander Rodríguez Rodríguez comandante de policía de tránsito y transporte de Soacha. Considera este defensor de manera respetuosa que el a quo ha errado en la interpretación y valoración del acervo probatorio, por cuanto nunca se demostró que la agresión verbal surgiera por parte del empleado en ese momento. En ese sentido, el formato establece de manera clara cuando ocurrió el hecho y dice el día 7 de enero de 2016, donde ocurrió agrego el tercero, autopista sur con calle, con quien ocurrió, dice claramente auxiliar de la buseta 716, es decir que no fue el conductor de la buseta el que lanzo una serie de improperios que tampoco se demostraron de manera efectiva en contra de este intendente de policía Alexander Rodríguez Rodríguez. Tampoco si era el intendente y tenía la posibilidad de acceder a los documentos el conductor o de la persona que lo agredió, haber colocado el nombre completo de la persona. En ese sentido no se puede haber enrostrado una responsabilidad de una agresión a un servidor público como ha manifestado el a quo en carga del empleado. Ahora bien, con respecto al acta de descargos del pasado el 20 de enero de 2016 y conforme lo confeso en esta sede de juicio el señor FREDY EDUARDO LEIVA, en estos descargos el también manifestó que las diferencias que se habían causado habían sido con el auxiliar, que en ningún momento había sido él, y no lo demostró la parte demandada como descargos que si hubiese sido él y sin embargo transfirió esta carga a el como conductor del autobús, máxime cuando queda claro para este profesional que fue al auxiliar, no al conductor, y hay un sentido muy diferente frente a lo que manifiesta el quejoso y a lo que resuelve el despacho frente a la interpretación de esta prueba. Adicionalmente se demostró que a lo largo del juicio que como confesión del mismo representante legal de AUTO FUSA, y los diferentes conductores que fungieron testigos de descargos, se demostró que la empresa AUTO FUSA incurre en irregularidades al momento de contratar el auxiliar del autobús, ¿porque?, porque es una carga que se le traslada de manera directa al empleado conductor del automotor, es decir, se sustrae su obligación de cancelar los valores de salario, prestaciones y demás de ley que le corresponden a esta persona, y por esa razón ese empleado corre por cuenta del conductor. Aun en este efecto, no puede ser responsable el empleado conductor del automotor de los hechos lamentables que se le enrostraban en algún momento al auxiliar del automotor. A pesar de que en los descargos del 20 de enero de 2016 dice FREDY, cuando le hacen pregunta personal, diga si el auxiliar es una persona que está autorizada por la empresa para ir dentro del vehículo, él dice, la verdad no porque era un relevo y a mí me toco conseguir una persona que viajara, sin embargo quedo claro acá, en esta sede de juicio, que el auxiliar era conocido por la empresa y que para subsanar la responsabilidad civil que surge de transportar esta persona, debía adquirir un pasaje. Quien debía adquirir el pasaje, el pasaje lo debía adquirir el conductor del bus, entonces se está sancionando al conductor, primero se le está poniendo una carga, que de su propio bolsillo sufrague los*

costos del auxiliar, y adicionalmente también se le expuso en su trabajo por las faltas que comete esta persona. Entonces no puede endilgarse una responsabilidad de esta manera. Me sorprende la posición que toma el despacho, de manera respetuosa,... interpongo el recurso de apelación, pero pues no la comparto, porque es evidente la manera en la que vulneran los derechos de los empleados AUTO FUSA S.A., especialmente a los conductores, me parece que es un hecho bastante irregular, que solicita este defensor se compulsaran las copias para que realizaran las investigaciones correspondientes, pero de igual manera se hará lo correspondiente frente al Ministerio de Trabajo, que eso ya será otro tema aparte. En ese sentido, como acertadamente lo dijo el a quo, se debe centrar sobre la falta en el principio de inmediatez del último evento, y de manera efectiva centro su decisión en la falta del 7 de enero, hay un hecho notorio que genero la co ayuda de esa decisión del demandado de limitar o restringir de este ciudadano FREDY EDUARDO LEIVA, por una presunta condena de un proceso penal que aquí nunca se demostró, no tenía por qué hablarse porque es que ni siquiera se trajo la copia de la denuncia ni de la sentencia condenatoria en contra del procesado, es más, el señor acá es demandante, entonces no se puede tomar por cierto un hecho que solamente es de dicho y todos las actuaciones judiciales se deben demostrar, hecho que no debería tenerse en cuenta, sin embargo, si hubo suspensiones o no, también en a quo le manifestó que pues como lo dijo este profesional del derecho en sus alegatos, la conducción de un vehículo automotor atiende al deber objetivo de cuidado, pero sin embargo ninguna persona esta eximida de sufrir un accidente. De igual manera, es la empresa la que ha dicho que se le indilgo la responsabilidad de ese último accidente de tránsito, porque algunos conductores dijeron que fue impericia de él, pero ninguno de ellos acudió a este estrado judicial en calidad de perito, hecho que tampoco debió haberse tenido en cuenta. En ese sentido, considera esta defensa que si se ha vulnerado flagrantemente el derecho del trabajo de FREDY LEIVA, por cuanto si bien es cierto hay un manual del trabajador de AUTO FUSA, no se demostró con ninguna claridad que de manera efectiva se hubiera ilustrado al ciudadano frente a este hecho. Adicionalmente tampoco se tuvo la claridad de quien era ese auxiliar del bus que realmente lanzo los improperios. No demostró tampoco que él hubiera coayudado esas ofensas en contra de este oficial de la policía. Tampoco se trajo por parte de la demandada a este juicio al intendente Alexander Rodríguez, a fin de que diera sus descargos e informara si efectivamente había sido el señor conductor del autobús, o efectivamente el auxiliar de la buseta 716, como lo determino el consecutivo 00002426 del 7 de enero de 2016, formato de recepción de quejas, sugerencias o felicitaciones de AUTO FUSA S.A. el documento no se tachó de falso por cuanto mi patrocinado desde la instauración de la demanda reconoció de la existencia del documento, pero el documento siempre queda el vacío hacia quien se dirigía esa reclamación, si en efecto el reconoció que conducía el automotor nunca reconoció que él hubiera generado esa afectación en contrario. De igual manera en los descargos no lo demostró ni satisfacía la carga que le correspondía a grado de valoración de este profesional del derecho, la parte demanda no desvirtuó ese hecho. En ese sentido, considera esta defensa que si se incurrió en despido sin justa causa de conformidad a lo dispuesto en el CST, por cuanto no se acredita una falta cierta ni se demostró que hubiera sido efectivamente el señor FREDY LEIVA el que cometió esa falta que si es grave, pero pues no se demostró que hubiera sido él por cuanto dice acá claramente que ocurrió con el auxiliar de la buseta, tampoco desvirtuó la demandada en su interrogatorio de parte cuando el dijo que la persona que había cometido el hecho había sido el auxiliar tampoco se abstuvo ella de decir que había sido el auxiliar sino que había sido el conductor. De igual manera, si eso hubiese sido falta cierta, en contra de esto, pues la autoridad policial tiene la facultad dentro del proceso penal para iniciar acciones como la lesión en contra de servidor público, que es un documento que hubiera pesado dentro de estas diligencias para demostrar que efectivamente había sido mi patrocinado el que había incurrido en esta falta y tampoco se demostró. Entonces, considero de manera respetuosa que de manera ligera se analizó este documento y no se atendió el trasfondo de lo que está inmerso en el folio 120 que fuese aportado efectivamente por parte de la demanda, que es un documento que demuestra la ausencia de responsabilidad del aquí demandante. En ese sentido, y de

bien tenía un salario de base también se demostró en el proceso, con la confesión del representante legal, que el demandante trabajaba horas extra dependiendo de las rutas que trabajara el conductor (Cd 2 Minuto 20:28)

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En el recurso no se planteó controversia sobre los siguientes hechos que encontró probados la sentencia de primera instancia: i) que entre las partes se

manera respetuosa solicita este profesional del derecho al ad quo, que se sirva analizar detalladamente los elementos de prueba presentados en esta sede de juicio, valore e manera detallada los testimonios tanto del demandante, la confesión del representante legal del demandado y los testigos, de la falta grave que comete de manera reiterada en indilgar la responsabilidad laboral del auxiliar de transporte al conductor del autobús. Adicionalmente a eso, se revoque la decisión del a quo, porque considera que va en contravía de los derechos de FREDY LEIVA, y en consecuencia modifique el fallo absolutorio y condene y declare la responsabilidad laboral de AUTOFUSA S.A., declarando que efectivamente incurrió en un despido sin justa causa, que para enero de 2016 ya estaba vigente la segunda instancia para los descargos, y a este ciudadano tampoco se le informo conforme a derecho corresponde, y a así lo informo en sus alegatos la parte demandada, y en ese sentido considera que hay varios elementos que configuran ese despido sin justa causa; y en consecuencia se le condene a pagar la indemnización a la cual tiene derecho mi patrocinado. Adicionalmente, frente al tema del salario, si bien es cierto, dijo mi patrocinado que su salario era el salario mínimo base, también es cierto que el dijo que dependiendo de las horas, las rutas y el tiempo que trabajaba, habían otros valores que incrementaban ese salario, así lo dijo, y de esa manera lo reconoció y lo acepto el representante legal de AUTO FUSA S.A., razón por la cual la cifra estimatoria del salario que se pidió mi patrocinado, corresponde efectivamente a la que ella se ganaba, máxime cuando no hubo oposición del extremo demandado. Finalmente, como petición extrapetita que hizo este profesional del derecho, era que se le reconociera esos pagos que se le cargaron a esta persona por cuenta del auxiliar del transporte; y fue un hecho que se demostró en esta sala de juicio, que es un hecho que no se puede desconocer, que todos los conductores incluido el señor FREDY LEIVA, declararon que por cuenta de su bolsillo corre el costo de esa persona que funge como auxiliar de transporte. En ese sentido, ellos trabajan, considero yo que las horas legales, no se demostró que fueran otras distintas, pero que si a lo largo de los años, pues, prestan sus servicios de manera interrumpida y siempre que prestan sus servicios requieren de un auxiliar. Así como lo dijo FREDY LEIVA, también lo dijeron otros conductores, pues que ellos no pueden estar conduciendo, recibiendo la plata y bajándose a subir las maletas. Entonces, ese salario mínimo, estimado sobre el salario mínimo, que pagaba FREDY LEIVA, debe ser una condena adicional que se le debe satisfacer a este ciudadano, porque se demostró por parte de la misma demandada, que este yerro es reiterativo y que esta carga económica corre por cuenta del conductor del bus, sabiendo ellos que es un auxiliar que debería estar contratado por la empresa. En tal razón, reitero la petición de esta defensa para que el ad quem revoque la decisión del a quo y den consecuencia declare la terminación sin justa causa de FREDY LEIVA, decretada el pasado 20 de enero de 2016, y en consecuencia se ordene la indemnización de salarios conforme correspondan, se liquide, se indemnice, se pague los intereses y los demás de ley a los que tenga derecho. Muchas gracias señora Juez.

ejecutó un contrato de trabajo desde el 5 de diciembre de 2011 hasta el 20 de enero de 2016 para cumplir funciones de conductor de bus; ii) que dicho contrato terminó por despido; iii) que al demandante se le pagaron las acreencias laborales -salvo la indemnización por despido injusto- mediante consignación (incluidas las cesantías del año 2016 y sus intereses). Estos hechos que se corroboran además con los documentos de folios 19, 20, 22 a 24, 118 y 119, 124, 125 y 160, no serán objeto de estudio en segunda instancia.

La Sala tampoco puede estudiar la controversia que plantea el recurso sobre la devolución de unos gastos en que incurrió el demandante por la necesidad de un auxiliar para el cumplimiento de sus funciones, ni sobre la retribución de trabajo suplementario pues estos asuntos no fueron objeto de la demanda que dio inicio al proceso ni se tramitaron por otras razones en la primera instancia.

Se estudiará entonces si existió o no justa causa en el despido del demandante.

Para el efecto, el artículo 62 del Código Sustantivo define 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.

Entre dichas conductas, el numeral 6º literal a), al que corresponden los hechos alegados por la demandada como justa causa, autoriza la terminación del contrato cuando el trabajador ha incumplido en forma grave con las obligaciones que exponen los artículos 58 y 60 del CST, o cuando incurre en una falta grave a los deberes que se comprometió de forma específica a cumplir para su empleador.

Sobre este último aspecto de la norma y dada la dificultad que tendría una regulación general sobre gravedad de las omisiones del trabajador frente a deberes específicos, la ley autoriza que esta connotación (GRAVEDAD) de

una falta se asigne por las partes al suscribir el contrato de trabajo o la convención colectiva, o por el empleador en los reglamentos de trabajo, o por un Tribunal de arbitramento al decidir sobre este aspecto en un laudo arbitral; cuando en cualquiera de dichos instrumentos se haya definido clara y específicamente una falta a la cual se asigna gravedad, estará el trabajador especialmente condicionado en sus funciones a cumplir ese supuesto, y solo podrá librarse de la calificación de gravedad que previamente aceptó o conoció, si demuestra ante el juez que la conducta descrita en el reglamento es discriminatoria, o que es de imposible cumplimiento, o que por otras razones lesiona sus derechos fundamentales.

Con estas referencias normativas, se advierte de la carta de despido incorporada en folios 19 y 124 del expediente, que el empleador endilgó al demandante como faltas graves: (i) El parqueo en sitio prohibido el día 7 de enero de 2016 y un altercado con la autoridad que requirió el movimiento del vehículo mal parqueado; (ii) llevar dentro del vehículo de transporte público a personas ajenas a la empresa y a los usuarios, en el caso, un auxiliar; y (iii) la reiteración de sanciones impuestas por faltas graves en el pasado. La carta de despido relaciona múltiples sanciones desde el año 2012, de ellas, en el último año de servicios las siguientes: 15 de septiembre de 2015 *llamado de atención* por incidente con un pasajero en el cual resultó lesionado el pasajero, 30 de abril de 2015 *suspensión* por transportar personas ajenas a la empresa que no pagaron el pasaje, 7 de abril de 2015 *suspensión* por culpa o responsabilidad en un accidente de tránsito; y en el año inmediatamente anterior: 6 de marzo y 31 de enero de 2014 llamados de atención por impedir “tiqueteada” de pasajeros, 30 de octubre y 23 de enero de 2013 *suspensión* por infracciones de tránsito al exceder la capacidad de transporte y “*llevar pasajeros en la cabina poniendo en riesgo sus vidas*”.

Una vez revisadas las pruebas del expediente para definir si hubo o no justa causa en los hechos aducidos, el Tribunal confirmará la decisión apelada, pues se demostró: i) que las conductas endilgadas ocurrieron, ii) que constituyen faltas a las obligaciones que tenía el trabajador, y iii) que revisten gravedad.

i) Del parqueo en sitio prohibido y el altercado que se presentó con un agente de tránsito por esa razón con una tercera persona que iba en el vehículo sin ser trabajador de la empresa y sin pagar pasaje, dan cuenta los documentos de folios 120 a 159 entre ellos el acta de descargos rendidos el 20 de enero de 2016, y las declaraciones que rindieron ALIRIO RICAURTE VANEGAS (Cd 1 Minuto 44:00), CARLOS ALIRIO PORRAS (Cd1 Hora 1 Minuto 22:34) y HECTOR WILSON MUÑOZ (Cd 1 minuto 63:01); los dos primeros conductores de la empresa informaron, además, que los trabajadores que se postulan para el cargo de conductor, por obligación, deben conocer el reglamento interno de trabajo y las prohibiciones pues la empresa da una inducción sobre ello y entrega documentos pertinentes a esta materia al inicio de la relación. El tercer testigo HECTOR WILSON MUÑOZ -inspector de rutas- afirma que el demandante era indisciplinado y cometía muchas faltas en el servicio, entre ellas, retrasos en las rutas del despacho, lesiones a pasajeros por accidentes, que impedía que se legalizaran los tiquetes en la oficina, y que cargaba en el vehículo personal no autorizado por la empresa.

ii) De las declaraciones testimoniales referidas se deduce también que las conductas endilgadas al demandante constituyen faltas a las obligaciones o prohibiciones que FREDIN EDUARDO LEYVA debía cumplir. Además, se aportó en esta materia la copia del contrato de trabajo que describe claramente como grave la última de las faltas cometidas por el demandante, en la cláusula novena: *“C. Transportar personas extrañas a los pasajeros y a la empresa (...)”*, y se aportó el reglamento interno de trabajo (folios 78 a 117), instrumento en el cual, además de disponer la gravedad de la última falta y de las que se cometieron con anterioridad, define claramente la incidencia de las faltas anteriores en la gravedad de una conducta que puede generar el despido, dice el reglamento: *“CLAUSULA 47. PARAGRAFO DOS. Faltas graves (...) 6. cumplir con tres sanciones por violación de las obligaciones o incursión de tres sanciones cualquiera sea el origen de su naturaleza (sic)”*.

(iii) Finalmente sobre la gravedad de la última falta cometida por el demandante, y la incidencia de faltas anteriores en la decisión final del empleador, se demostró también que el reglamento de trabajo condicionaba las funciones a los supuestos que define como faltas graves. Dicha calificación resultaba particularmente pertinente en relación con las infracciones de tránsito, y no era discriminatoria, ni de imposible cumplimiento, ni por otras razones se podría entender que lesionaba un derecho fundamental.

Pero de todas formas, aun si no se hubiera definido previamente la *gravedad* en el reglamento interno, sin duda alguna tenían esa conotación las faltas por las cuales fue sancionado el demandante durante la relación de trabajo, y específicamente las cometidas en el último año de servicios (si se pudiera predicar el principio de *inmediatez* a las anteriores en el contexto en que ese estudian), dada la especial responsabilidad que acarrea para los conductores y para las empresas de transporte público de pasajeros, la infracción de las normas que reglamentan el servicio en vehículos automotores, calificado por la jurisprudencia como una *actividad peligrosa*.

Se confirmará entonces la sentencia apelada, reiterando, para responder a la solicitud adicional de los alegatos sobre horas extras y su incidencia en los pagos efectuados, que esta materia no fue objeto de la controversia que se trabó en el texto de la demanda, ni se debatió en la primera instancia, por ello no puede ser estudiada en segunda instancia².

Sin costas en segunda instancia.

² SL8716 de 2014- Rad. 38010. M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO que en lo pertinente indicó: “Así las cosas, resulta claro que el Tribunal no estaba facultado para ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, pues el juez de segunda instancia no puede fallar ni extra ni ultra petita, conforme lo ha entendido la jurisprudencia laboral incluso después de haber sido proferida sentencia de la Corte Constitucional que declaró inconstitucional la expresión “de primera instancia” que, con muy buen sentido y para no violar el derecho de defensa del demandado, traía el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Y además de no estar facultado el juez de segunda instancia para sentenciar por fuera o más allá de lo pedido – aun en el evento de que los hechos hayan sido discutidos en el juicio -

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta 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. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS SIGIFREDO VARGAS
VELOSA CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, la sentencia dictada el 10 de junio de 2020 por la Juez Novena (9ª) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUIS SIGIFREDO VARGAS VELOSA presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca pensión restringida de jubilación y las mesadas adicionales de junio y diciembre, con fundamento en lo establecido en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, a partir del 3 de noviembre de 2017, teniendo en cuenta el último salario promedio mensual actualizado con el IPC. Pide que

se ordene el pago de las mesadas adeudadas debidamente indexadas (ver folios 16 a 30 del plenario).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas por falta de legitimación en la causa por pasiva, argumentando que si bien la UGPP asumió el pasivo pensional de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, ello no implica la sustitución pensional de los derechos que se derivan de la relación de trabajo. Afirma que el actor no cumplió los requisitos de edad y tiempo de servicios antes del 1° de abril de 1994 para acceder a la pensión proporcional por retiro voluntario, y que por tratarse de un retiro voluntario y no un despido injusto, no le es aplicable el artículo 133 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones: *prescripción, buena fe* y la *innominada o genérica* (folios 64 a 67).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de junio de 2020, a través de la cual la Juez Novena (9°) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UGPP a pagar en favor del demandante pensión restringida de jubilación. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP a reconocer y pagar al señor LUIS SIGIFREDO VARGAS VELOZA una pensión restrictiva de jubilación a partir del 3 de noviembre del 2017, en cuantía inicial de \$946.592 y a razón de 14 mesadas al año, suma que deberá ser indexada a partir del 1° de enero de 2018, en la misma proporción del IPC certificada por el DANE, sin que este pueda ser inferior al salario mínimo legal mensual vigente. SEGUNDO: CONDENAR a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP a pagar al Señor LUIS SIGIFREDO VARGAS VELOZA la suma de \$32.977.577 por concepto de mesadas pensionales retroactivas desde el 3 de noviembre de 2017 hasta el 29 de febrero de 2020, suma que deberá ser indexada al momento de su pago*

efectivo de conformidad con el IPC certificado por el DANE. TERCERO: DECLARAR no probada las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y buena fe, propuestas por la entidad demandada. CUARTO: COSTAS serán a cargo de la parte actora tásense las agencias en 2 SMLMV. QUINTO: en caso de no ser apelada por la entidad demandada esta decisión, se dispone la consulta de esta sentencia ante la Honorable sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el art. 69 del CPL” (CD 3, minuto 25:17).

Para tomar su decisión, la juez de primera instancia encontró acreditados los requisitos establecidos en la Ley 171 de 1961 para acceder a la pensión restringida de jubilación, afirmando que la edad es un requisito de exigibilidad y no de causación del derecho. Para calcular el IBL tomó el sueldo básico, la setentava parte de la prima de antigüedad, y la doceava parte de las horas extra que certificó el Ministerio de Hacienda y Agricultura, suma que fue indexada teniendo en cuenta el IPC vigente en diciembre del año 1992 y el IPC vigente en noviembre del año 2017.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada del demandante pide que se modifique el valor de la primera mesada pensional. Afirma que se debe tasar la prestación teniendo en cuenta el sueldo básico, la prima de antigüedad y los gastos de representación, y advirtió que la prima de antigüedad que certificó el Ministerio de Agricultura se devengaba de forma mensual y no de forma anual o quinquenal, por lo que debe ser incluida en la base salarial de forma completa. Además, pide que se actualice la base salarial teniendo en cuenta el IPC vigente en diciembre del año 1992 y el IPC vigente en diciembre del año 2016 (CD 3, minuto 27:15)¹.

¹ “Gracias señora juez, actuando como apoderada de la parte actora, me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que acaba de proferir la señora juez. Esta apelación la hago de manera parcial para lo cual me permito exponer lo siguiente. Obra en el expediente de la demanda certificación laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Agricultura, en el que se indican los factores salariales devengados por la demandante como son el sueldo

Por su parte, el apoderado de la UGPP pide que se revise la sentencia dictada en primera instancia, y afirma que el actor no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 1848 de 1969 para acceder a la pensión que se reclama (CD 3, minuto 30:46)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará la Sala: (i) que el demandante prestó sus servicios a la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO S.A entre el 29 de agosto de 1977 y el 15 de diciembre de 1992 (ver folio 6); (ii) que el retiro del trabajador ocurrió por mutuo acuerdo (ver acta de conciliación a folio 7); y (iii) que cumplió 60 años de edad el 3 de noviembre de 2017 (ver registro civil de nacimiento a folio 4 y cédula de ciudadanía a folio 5).

básico, la prima de antigüedad y los demás factores salariales, tal como la prima de estudio, prima escolar, prima de diciembre, prima de vacaciones, qué son los factores que el trabajador devengó, pero quiero hacer énfasis, porque sé que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en múltiples decisiones ha determinado que teniendo en cuenta únicamente los factores salariales de que habla la Ley 62 de 1985. Pero quiero que, señores magistrados, Revisen de manera puntual la certificación laboral, por cuanto la prima de antigüedad que devenga el trabajador no es quinquenio, ni es anual, es mensual, en la certificación en el reverso claramente establecía que el trabajador recibía esa prima de antigüedad mensualmente, por eso, y por lo tanto desde la primera mesada pensional no es la que está determinando la señora juez porque para determinar la primer mesada se debió tener en cuenta el sueldo básico la prima de antigüedad que se devenga mensualmente igual que el salario básico y gastos de representación donde estuvo. En ese sentido solicitó que se tenga en cuenta ese salario, y modificar por lo tanto la primera mesada pensional que está determinando la señora juez. Igualmente le solicitó que se aplique el IPC, que desafortunadamente no lo tengo aquí en mis manos, pero que se aplique el IPC vigente para la anualidad en el año en que se adquirió el derecho, esto es, de diciembre del 2016 y el causado en diciembre de 1992, cuando el retiro del trabajador que fue en el año de 1993. En ese sentido solicitó honorables magistrados que se tenga en cuenta en Las observaciones que estoy haciendo en este sentido y lo demás comparto la decisión tomada por la señora juez. Muchas gracias”.

² *“Su señoría Muchas gracias, con todo respeto interpongo recurso de apelación para que sea esta sentencia revisada por el Honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral. Como el caso en concreto del señor LUIS SIGIFREDO VARGAS VELOZA, la UGPP ya se había manifestado mediante resolución, y estas resoluciones fueron emitidas dentro del marco legal. Es una solicitud de este defensor que el Tribunal revise puntualmente el Decreto 1848 de 1969, para que vea que la persona aquí demandante no cumple con los requisitos establecidos por la ley para la obtención de esta pensión. Así las cosas sustento mi recurso de apelación. Muchas gracias su señoría”.*

Con estos supuestos resulta claro que se causó la *pensión sanción* que reclama, pues este derecho nace cuando ocurre la *condición suspensiva* que las normas legales contemplan para el efecto y en los términos de la Ley 171 de 1961 ésta es la terminación del contrato de trabajo por despido sin justa causa o por mutuo acuerdo, si para el momento en que ello ocurre se han prestado servicios por más de 10 o más de 15 años –respectivamente-. La edad en este tipo de pensión es un *término* o plazo dispuesto para el pago de la primera mesada y no una *condición suspensiva* de acceso al derecho.

Por ello causado el derecho a la terminación del contrato de trabajo, no se pueden aplicar para extinguirlo o derogarlo reformas legales o enmiendas constitucionales introducidas al ordenamiento jurídico con posterioridad. De hacerlo se estaría dando a las nuevas reglas un efecto retroactivo, prohibido en nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso bajo estudio, el demandante se retiró de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero previo acuerdo con el empleador a partir del 15 de diciembre de 1992, fecha para la cual tenía 15 años, 3 meses y 16 días de servicios hecho que acredita la certificación obrante en folio 6 del expediente (aportado por la parte demandante), con lo cual causó la pensión desde el 15 de diciembre de 1992. La primera mesada debe pagarse desde el 3 de noviembre de 2017, fecha en la cual el demandante cumplió la edad de 60 años (ver folios 4 y 5).

Cabe advertir que la norma referida por el apoderado de la UGPP en su recurso, el Decreto 1848 de 1969, no es pertinente al caso bajo estudio, pues regula un derecho diferente: la pensión *plena* de jubilación de los empleados oficiales.

Se confirmará entonces la sentencia apelada en cuanto ordenó el pago de la prestación a partir de la fecha referida.

No obstante, se adicionará dicha providencia para disponer que la prestación tiene el carácter de *compartida* con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor del demandante. Así lo ordena el artículo 5° del Acuerdo 029 de 1985 al establecer que las pensiones reconocidas en forma *voluntaria* con posterioridad a octubre del año 1985 tienen el carácter de compartidas con las pensiones de vejez que otorgue en el futuro el Sistema; y así lo ratifica el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990 al advertir para las *pensiones sanción* –en general- el carácter de compartidas³.

Además, se modificará el valor de la mesada que tasó la juez de primera instancia, como lo reclama la parte demandante en su apelación, pues una vez efectuadas las operaciones aritméticas que son pertinentes, se obtiene para la primera mesada de pensión sanción en el año 2017 la suma de \$1.430.578, superior a la definida por el *a-quo* (\$946.592).

Para este efecto se incluyó en el promedio mensual de los factores salariales devengados en el último año de servicios a los que refiere la Ley 62 de 1985 (sueldo básico, prima de antigüedad y horas extra), los factores que se obtuvieron de la liquidación realizada por Grupo de Entidades Liquidadas del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural que obra a folio 6 del plenario, tomando completa la suma certificada por *sueldo básico* (\$204.444) y la suma completa de *prima de antigüedad* (\$53.156) porque constituían *factores fijos*⁴

³ Del contenido de esta norma no se puede entender como *compartidas* únicamente las pensiones que se originaron en un despido injusto –como lo estiman algunos intérpretes- pues no tendría sentido lógico alguno que la actuación unilateral y sin justa causa del empleador genere en su favor un beneficio: el carácter de *compartida* para la pensión que debe reconocer, mientras se sanciona al empleador que previo acuerdo voluntario y conciliado con su trabajador terminó el contrato de trabajo, imponiéndole una consecuencia desfavorable y onerosa: la obligación de asumir el pago total de la prestación.

⁴ La prima de antigüedad regulada en los Decretos 540 de 1977 y 1042 de 1978, es parte del salario que percibían los empleados públicos. “*La prima de antigüedad no es una prestación, sino que hace parte del salario... Tanto la ley como la jurisprudencia y la doctrina han considerado siempre como salario la prima de antigüedad. Dicha prima de antigüedad es un incremento salarial*

según la certificación anexada por la demandada; y la doceava parte de las *horas extra* (\$27.823/12) porque constituían *factor variable* (ver folios 6 y 8). Sobre el contenido del certificado no se planteó controversia a lo largo del proceso.

Como el demandante laboró para la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero durante 15 años, 3 meses y 16 días, es decir 5506 días, el porcentaje de liquidación es de 57.35% que se aplica sobre el ingreso base, indexado con la fórmula matemática que según criterios técnicos reconocidos universalmente es la más adecuada para llevarlo a valor presente. En ella el valor presente se define multiplicando el valor histórico (Rh), que es el salario mensual recibido por la suma que resulta de dividir el ÍNDICE FINAL de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en diciembre de la anualidad anterior a la fecha en que se hizo exigible la pensión) por el ÍNDICE INICIAL (vigente en la anualidad anterior a la fecha en que terminó la relación de trabajo), como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia (sentencia SL 6916 del 2019).

Conforme al certificado laboral de folio 6, el salario promedio devengado para efectos pensionales en el último año de servicios y suma a actualizar es \$259.918 que se multiplica por el resultado de dividir el índice de precios vigente en diciembre de 2016 (133.40) entre el índice de precios vigente en diciembre 1991 (13.90). De tal operación se obtiene un salario actualizado de \$2.494.470. A este valor se aplica el porcentaje de 57.35% lo que arroja como resultado la suma de \$1.430.578, que es el valor de la primera mesada de pensión de jubilación restringida para el 3 de noviembre del año 2017.

que se origina en la permanencia del empleado en el servicio y gracias a ella la remuneración mensual se aumenta de acuerdo a los porcentajes establecidos, según el tiempo de esa permanencia” (sentencia del 25 de marzo de 1992, M.P. CLARA FORERO DE CASTRO, citado en el Concepto 190261 de 2016 Departamento Administrativo de la Función Pública).

El valor de las mesadas pensionales para los años subsiguientes se obtiene del cuadro de operaciones que también se anexa al acta de esta audiencia:

AÑO	MESADA	INCREMENTO
2017	\$ 1.430.578	4,09%
2018	\$ 1.489.089	3,18%
2019	\$ 1.536.442	3,80%
2020	\$ 1.594.826	

La pensión se debe pagar en 14 mesadas pues se causó el 15 de diciembre de 1992 antes de la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que dispuso la extinción del derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14. Cabe advertir que sobre ninguna de las mesadas operó la prescripción, pues dicho término se interrumpió con la reclamación administrativa elevada el 23 de marzo de 2018 (folio 14 y expediente administrativo), y la demanda se presentó el 18 de septiembre del mismo año (folio 31).

Se revocará la condena específica tasada por concepto de retroactivo pensional en la sentencia de primera instancia, pues el valor cambia según lo decidido en esta instancia, y no se dictará condena por un valor específico, pues se trata de una prestación periódica y el saldo final solo se puede obtener cuando la entidad haga la inclusión en nómina. En ese momento se deberá incluir la indexación de cada una de las mesadas adeudadas, para llevar a valor presente las sumas de dinero que se debieron pagar en el pasado. Para este efecto se aplicará la formula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante mes a mes (es decir cada mesada de pensión), por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE vigente a la fecha en que se efectúe el pago, por el índice inicial vigente para la fecha en que cada pago se debió hacer.

Sin condena en costas de segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia para definir el valor de la prestación en las siguientes sumas de dinero mensuales: \$1.430.578 para el año 2017, \$1.489.089 para el año 2018, \$1.536.442 para el año 2019 y \$1.594.826 para el año 2020.
2. **REVOCAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia. En su lugar, se ORDENA el pago de las mesadas causadas debidamente indexadas conforme lo expuesto en la parte motiva.
3. **ADICIONAR** la sentencia apelada para **DECLARAR** que la pensión restringida de jubilación a cargo de la UGPP tiene el carácter de pensión compartida, con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES a favor del demandante.
4. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
5. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA ROCÍO MONTOYA LLANOS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por PROTECCIÓN S.A, y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 24 de junio de 2020 por la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora María Elena Fierro García, con T.P. 291.785 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA ROCÍO MONTOYA LLANOS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de

su traslado del RPM al RAIS, ocurrido En el mes de julio del año 2000, con fundamento en que al momento del traslado no le brindaron la información necesaria, clara, entendible, precisa y suficiente sobre las implicaciones y los beneficios que perdía al trasladarse de régimen. Afirma que desde el momento en que se trasladó y aunque continuó haciendo aportes obligatorios a la AFP PROTECCIÓN S.A., jamás recibió asesoría sobre ventajas y desventajas del RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide que se le ordene a la AFP PROTECCIÓN S.A trasladar a COLPENSIONES la totalidad de cotizaciones de pensión, rendimientos, bono pensional y demás dineros que se hayan generado desde al año 2000 en su cuenta de ahorro individual hasta que se haga efectivo su traslado, y se le ordene a COLPENSIONES que acepte la afiliación de la demandante (ver demanda en folios 43 a 53 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante escogió de forma libre su afiliación en el RAIS en ejercicio del derecho a libre escogencia del régimen pensional consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Afirma que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en la que la demandante efectuó su traslado al RAIS con la AFP PROTECCIÓN S.A. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y las que el Juez se sirva reconocer de oficio.* (ver contestación en folios 58 a 62 del plenario).

También contestó la demanda PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante seleccionó el RAIS de manera libre y voluntaria, después de que el asesor comercial, que es una persona capacitada para el efecto le brindó información sobre las implicaciones del traslado de régimen y sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas del RAIS. Afirma que el traslado y contrato de afiliación de la actora es plenamente válido y el consentimiento estuvo exento de cualquier error o engaño, previo suministro de la información relevante y

necesaria, aclarando inquietudes para que se tomara la decisión libremente. Propuso como excepciones: *validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 106 a 114¹).

Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de junio de 2020, mediante la cual la Juez Décima (10^a) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la vinculación de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la vinculación de la demandante señora MARTHA ROCÍO MONTOYA LLANOS a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., realizada mediante la afiliación suscrita el 27 de junio del año 2000 al fondo PROTECCIÓN S.A y por ende su vinculación y cualquier fondo privado de pensiones de régimen de ahorro individual y en consecuencia se ordena su regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrada por COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante señora MARTHA LUCÍA MONTOYA LLANOS al régimen de prima media con prestación definida administrado por la SOCIEDAD COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva. TERCERO: ORDENAR a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. a hacer entrega a LA SOCIEDAD COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de todos los valores que viene recibido con ocasión de la afiliación de la demandante señora MARTHA LUCÍA MONTOYA LLANOS, cómo son las cotizaciones bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora si los hubiere recibido, con todos sus frutos e intereses cómo dispone el artículo*

¹ La contestación realizada por el Curador ad- litem Dra. Ady Lu Ríos Acuña, representando a PROTECCIÓN S.A, no se tuvo en cuenta, toda vez que se allegó la contestación por el apoderado judicial de esta AFP demandada y se relevó del cargo al auxiliar de la justicia. (fls 133 a 136).

1746 del código civil y realizar la devolución de los gastos y cuotas de administración debidamente indexadas con los documentos correspondientes para establecerse. Por lo ordenado en esta sentencia y para ello tendrán término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia. CUARTO: CONDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante señora MARTHA ROCÍO MONTOYA LLANOS provenientes de LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la devolución de cuotas y gastos de administración Provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A., revisar que la devolución se haya realizado en los términos ordenados en esta sentencia y de forma inmediata actualizar las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral de la demandante y para efectos de pensión. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas Por las accionadas Conforme a lo expuesto. SEXTO: CONDENAR en costas en esta instancia a LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a favor de la señora demandante, por secretaría practíquese la liquidación de costas Incluyendo cómo agencias en derecho la suma de \$800.000. SÉPTIMO: de no ser apelada esta providencia se remite al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que surta el grado jurisdiccional de consulta por las condenas impuestas a COLPENSIONES.” (video audiencia hora 1, minuto 45:21).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, y advirtió que la AFP no acreditó haber brindado la debida información a la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado PROTECCION S.A., recurre únicamente la orden de devolver los gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante que recibió el Fondo. Afirma que si bien la

nulidad del acto de afiliación retrotrae las cosas al estado original, no existe soporte normativo que ordene el descuento de gastos de administración indexado, y por el contrario, las sumas recibidas tenían fundamento en la ley 100 de 1993.- Estima que la devolución de estos valores implicaría enriquecimiento sin justa causa de COLPENSIONES. Señala que los dineros depositados tuvieron su debido rendimiento, y se administraron correctamente, como lo indicó la demandante en el interrogatorio de parte (Hora 1 Minuto 48:49)².

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

² *“Comedidamente estando dentro de la oportunidad legal, me permito presentar recurso apelación en lo relacionado única y exclusivamente con la orden impuesta a mi representada de ordenar y disponer los traslados de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin lugar a descuento alguno por costos de administración, lo anterior se basa en el hecho, su señoría, que tal y como como se encontró. comedidamente me permito presentar recurso de apelación única y exclusivamente con los relacionado al no descuento de gastos de administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo anterior teniendo en cuenta que precisamente a declararse la nulidad del acto de afiliación todo se retrotrae a su estado original, lo que significa que de conformidad con lo señalado en el artículo 1746 del código civil, hay lugar a restablecer los mismos cómo dispone su señoría pero solamente con frutos, rendimientos e intereses, que son precisamente los dineros de los cuales la demandante de recibido durante este tiempo. No existe soporte alguno para ordenar no descuento de gastos de administración en cuanto se trata de un valor claramente establecido por la ley 100 de 1993, y mucho menos ordenar la indexación de los mismos, porque al retrotraerse todo a su estado original significa que la demandante, podría pensarse y decirse y afirmarse que existe un enriquecimiento sin justa causa, pues no puede aprovecharse o lucrarse de unos dineros que tuvieron su debido rendimiento, que se administraron debidamente como en el interrogatorio se señala la demandante qué fue informada de las administraciones que realizó PROTECCIÓN durante el tiempo durante el cual estaba afiliado y adicionalmente cambiar la finalidad del artículo 1746 del código civil, adicionando una sanción que no se encuentra establecida en la Norma y que si bien es cierto existe jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en tal sentido la misma tuvo como soporte el hecho de que en el caso de los afiliados se había cercenado el derecho pensional y expectativa legítima del derecho pensional al momento de la afiliación; situación que no se verifica en el presente caso, por lo cual no existe soporte alguno para ordenar que el traslado sea sin este descuento de gastos de administración. en tal sentido, solicitó al Honorable Tribunal revocar en este inciso y aparte la condena impuesta a mi representada. Muchísimas gracias.*

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 vigencia 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 (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 37 años de edad y había cotizado 517.43 semanas³, y que para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años, 2 meses y 28 días)⁴.

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES a folio 93 del expediente.

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”.*

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar información 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: "*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) que 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 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*" (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 la AFP PROTECCIÓN no demostró haberle brindado información suficiente 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. 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”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 27 de junio de 2000 a PROTECCIÓN S.A, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada (ver formulario de afiliación a folio 116).

Se confirmará también la decisión de ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en el RAIS, con base en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), y en consulta a favor de COLPENSIONES se declarará que esta entidad bien puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan, por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados esos daños en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en la apelación.

DECISIÓN

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 COLPENSIONES bien puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000), como agencias en derecho a cargo de PROTECCIÓN S.A.


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 MARÍA ALICIA MEDINA QUINTERO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS Y OLD
MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por la demandante, y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 9 de marzo de 2020 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Jacqueline Gil Puerto, con T.P. 293.987 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

Téngase al doctor Jorge Enrique Viviel, con T.P. 277.946 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado sustituto de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA ALICIA MEDINA QUINTERO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad e ineficacia de su traslado del RPM al RAIS. Afirma que los fondos privados no le suministraron información clara y completa sobre las implicaciones del cambio de régimen. Indica que OLD MUTUAL faltó al deber del buen consejo y no le informó las circunstancias que afectaban el valor de la pensión (rendimientos, capital fluctuante, nivel de riesgo, costo de la venta de bono pensional) ni las diferencias entre un régimen y otro, o las implicaciones o consecuencias del traslado frente a los derechos pensionales, o el capital que debía acumular. Como consecuencia de lo anterior, pide que se le ordene a COLPENSIONES aceptar la afiliación de la demandante y recibir de los fondos privados la devolución de los aportes cotizados durante su vinculación al RAIS, bonos pensionales, rendimientos y cualquier suma adicional, así como los conceptos que aparezcan probados ultra y extra petita en el proceso (ver demanda en folios 3 a 23 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se dieron causales de nulidad en la afiliación de la demandante. Afirma que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen y escogió de forma libre su afiliación en el RAIS, y no puede retornar al RPM pues se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse entre regímenes pensionales (literal e, artículo 13 de la Ley 100 de 1993) y no cuenta con 15 años de cotizaciones al Sistema para el 1° de abril de 1994 (como lo exige la SU-062 de 2010 y la SU 130 de 2013), y advirtió que las características del RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, y que a la demandante no le aplican las sentencias de la Corte Suprema, toda vez que no es beneficiaria del régimen de transición. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras*

de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica (ver contestación en folios 131 a 155 del plenario).

También contestó la demanda la sociedad PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas, con fundamento en que la demandante no tiene pruebas que sustenten la omisión del deber de información por parte de los asesores de OLD MUTUAL. Afirma que le fue brindada la debida información y una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo que disponía la ley vigente para el momento del traslado, lo que permite evidenciar la decisión libre y voluntaria de elegir el régimen acorde a sus intereses, además suscribió el formulario cumpliendo todos los requisitos de ley y por la Superintendencia Financiera en ese momento. Finalmente indica que la demandante no ejerció el derecho al retracto, estuvo por más de 20 años en el RAIS y contó con varias oportunidades para revertir la decisión y no lo hizo, lo que muestra su deseo de permanecer en el RAIS. Propuso como excepciones: *Prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* (ver contestación en folios 161 a 181).

También contestó la demanda la sociedad COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el traslado de la demandante se dio sin vicios del consentimiento y la suscripción del documento pertinente se hizo de forma libre y voluntaria. Afirma que a la actora se le brindó información suficiente, completa y veraz de todas las características del RAIS, las ventajas y desventajas con lo cual se cumplieron todos los parámetros exigidos por la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, 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 de traslado compensación, pago y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 249 a 266).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de marzo de 2020, mediante la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la anulación del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS Y OLD MUTUAL de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por parte de la ciudadana MARIA ELISA MEDINA QUINTERO de conformidad a los argumentos esbozados en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR probados los hechos sustento de las pretensiones de inexistencia del derecho para regresar el régimen de prima media con prestación definida, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, que fueron propuestas por la pasiva de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, liquídense por secretaría incluidas en ella la suma de \$300.000 como agencias en derecho de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. CUARTO: CONSULTAR esta decisión con la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el evento de no ser apelado por la parte demandante de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.” (CD Audio medio electrónico MIN 18:46)*

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia no encontró probados vicios en el consentimiento pues conforme a la confesión realizada en el interrogatorio de parte, la demandante suscribió los formularios de forma libre, espontánea y sin ningún tipo de presión, y el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Afirma que exigir a los fondos de pensiones la proyección de una mesada pensional, o establecer una base de cotización al momento en que María Alicia Medina se trasladó es imposible pues cuando cambio de régimen le faltaban más de 26 años para pensionarse, sólo contaba con 567,29 semanas, y nadie sabía los salarios que iba a devengar en su vida laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante reitera los argumentos de la demanda y sus alegatos, y pide que se aplique la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. Afirma que OLD MUTUAL engañó a la demandante al indicarle que recibiría una mejor pensión y resultó siendo inferior en más del 40% a la pensión que recibiría en el RPM. Señala que aunque en el interrogatorio de parte la demandante indicó que suscribió el formulario sin presiones, su consentimiento se dio basado en los beneficios que le ofrecieron y que no eran realidad, y que la carga de probar e contenido de la información brindada la tenía el fondo, según lo ha dicho la Corte (Audio – medio electrónico MIN. 20:00)¹

¹Gracias su señoría, si bien es cierto el despacho acaba de emitir de fondo la sentencia la cual la parte demandante respeta, pero no comparte y por consiguiente procedo a interponer el recurso de apelación para que en efecto el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral decida lo correspondiente a dicho recurso, el cual me permito sustentar en los siguientes términos su señoría. Primero, ratificarme de todos y cada uno de los argumentos tanto fácticos como jurídicos esbozados en el libelo demandatorio así como en los alegatos de conclusión y simplemente para adicionar en relación a las argumentaciones dadas por su señoría me permito señalar entre la primera el artículo 1511 del Código Civil en el cual señala el suscrito apoderado de la parte demandada sí existió un dolo por parte de la AFP Colfondos, que si bien es cierto su señoría lo menciona, para el fallador no reviste importancia porque para él señala que todo fue correcto, pero ¿dónde está el error por parte de Colfondos su señoría?, al señalarle que iba a recibir como mínimo una pensión igual a la del régimen de prima media y si esto es cierto pues que el fondo privado en el cual se encuentra actualmente le reconozca la pensión con tales términos porque eso fue lo que ofrecieron en su momento y, adicional la AFP Old Mutual su señoría, le indaga y le señala en su momento a mi poderdante que iba a recibir aún una mejor pensión en Old Mutual, Skandia en ese entonces, mucho mejor que la que estaba en Colfondos, situación que tampoco es cierta porque de acuerdo a los estudios actuariales y liquidaciones aportadas al plenario la pensión va a ser inferior en más del 40% de la que recibiría en prima media a la cual le ofreció Old Mutual en su momento su señoría y, con relación al deber de información que señala su señoría en relación a las sentencias SL 33083 del 2011, en relación a la 31989 del 2008, la SL 4964 del 2018 y la SL 1452 del 2019, donde señala que la información debe ser verás y eficaz encontramos fácticamente su señoría que ni fue veraz y mucho menos eficaz en el sentido de que no se cumplen los presupuestos de lo ofrecido, por consiguiente, allí es donde se encuentra su señoría el dolo y, en relación al folio 268 donde se encuentra la firma del afiliado pre impresa la cual se da libre y sin presiones como efectivamente lo señala mi poderdante en el interrogatorio de parte, el formulario claro que efectivamente a Colfondos fue sin presiones, pero allí es donde está el dolo y donde está el error de la interpretación que hace el operador jurídico en este caso su señoría, es señalar de que dicho pre impreso se encuentra la voluntad de mi poderdante plena allí y claro, se encuentra plena en el sentido de que ella se cambió como lo manifestó por los beneficios que le ofrecieron, situación que no es cierta en la realidad cuando le ofrecen una situación que es inferior y lo mismo ocurrió obviamente cuando se trasladó a Old Mutual cuando la escogencia se da por los mayores beneficios que le ofrecieron en dicha oportunidad, pero que no atañe a este plenario por cuanto estamos hablando de la nulidad e ineficacia del traslado inicial no del traslado de AFP, si bien es cierto, en tal circunstancias le informan sobre el plan y adhiere al plan y la manifestación de la voluntad se hace de manera válida al fondo privado Old Mutual su señoría, no es menos cierto que también fue engañada allí porque le dicen que le iban a

dar una pensión aún mayor que la que le iban a dar en Colfondos, situación que no es cierta y si bien es cierto, adhiere a dicho plan, no es menos cierto su señoría que nunca le entregaron la información correcta sino le hablaron de sólo beneficios y si en el interrogatorio de parte realizado por su señoría y los apoderados de la contra parte señalan que la información dada fue libre, voluntaria al trasladarse tanto a Old Mutual como a Colfondos, la misma cierta es que si hubo un error, por lo tanto, no comparte este apoderado de que no existió el error porque hay un error con dolo por parte de las AFP's en su momento, ese error o introducción o mantenimiento en el error por falta de la información al momento de informar la... de firmar el formulario está tipificado también en el Código Penal como estafa su señoría, pero no es de este resorte, por consiguiente, también se manifestó que no era beneficiaria del régimen de transición en la demanda y en la sentencia que su señoría señala, la voy a tomar en cuenta, que es la 1452 del 2019 por la Magistrada Clara donde para su señoría la transición no reviste relevancia y que por consiguiente por no encontrarse bajo el régimen de transición para volver no es beneficiaria y por consiguiente por no ser beneficiaria de la transición tampoco aplica su señoría la inversión de la carga de la prueba de la que hablan los precedentes jurisprudenciales emanados en forma unívoca por parte de la Honorable Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, por consiguiente, en este plenario ninguna de las AFP logró probar que le entregaran la información requerida, tanto así que en el interrogatorio de parte su señoría si se puede dar cuenta cuando le preguntan lo relacionado de que por qué viene hasta ahora ella a presentarse para efectos de volver al régimen de prima media al ISS hoy en día Colpensiones, señala que para obtener una pensión de jubilación mucho mejor que la que le ofrecieron los fondos privados cuando usted y yo como profesionales del derecho sabemos que la pensión de jubilación en este caso no existe porque es para empleados públicos y, por consiguiente, aquí estamos hablando de un traslado de régimen pensional y la pensión sería dada en alguno de los dos regímenes que son los regímenes generales como es el de ahorro individual como es el de prima media y, por consiguiente, no estamos hablando de ningún régimen especial con lo cual se puede probar su señoría que esta es la época que ni siquiera mi cliente sabe el tipo de pensión que va a recibir y por lo tanto como ella lo manifestó, contrató a un profesional del derecho para que en efecto le diera la asesoría pertinente. Dice que no se puede establecer la pensión al trasladarse y eso si es cierto su señoría y tan cierto es que falla y erra en forma dolosa Colfondos que le señala a mi poderdante que iba a recibir una pensión mejor en dicho fondo cuando ni siquiera puede establecerse la pensión a recibir en ahorro individual en el momento del traslado, desconociendo de esta manera la información que sumercé señala también en sus argumentos como es la no certeza de la estabilidad laboral de mi poderdante, los salarios a percibir, el monto de la pensión o los ingresos a determinar por parte de esta durante toda su vida laboral, por consiguiente, si yerran el fondo privado cuando le ofrece una pensión mejor o igual a la del régimen de prima media sin tener en cuenta esto como lo señaló la sentencia 1452 del 2019. La expectativa legítima por la transición su señoría, hay dos aclaraciones de voto si bien es cierto, pero no es menos cierto también que dicha sentencia señala su señoría la SL 452 en unos apartes cuando señala 4 ítems que me permito leer literal de la sentencia donde dice que la obligación es del dar el deber de la información a cargo de los administradores de los fondos de pensiones, situación que no ocurrió en el caso en concreto, segundo punto, dice que si para dar por satisfecho ese ítem debe ser suficiente con diligenciar el formulario de afiliación así mismo o no, situación que la misma Corte en esta sentencia señala que el hecho si bien es cierto estaba permitido pre impreso no quiere decir que esta aceptación sea libre y voluntaria, es más, en el caso en concreto su señoría cuando ni siquiera le dieron la información requerida de los pormenores porque no se podía como usted bien lo dijo debido a que no se sabía la información de cuánto iba a ser su pensión al momento de llegar a su vejez; el tercer punto es determinar quién tiene la carga de la prueba en estos eventos, como ya lo manifesté esta sentencia señala que se invierte esa carga de la prueba y son los fondos privados situación que no ocurrió en el caso en concreto y en razón al último punto que es si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene o no una expectativa de pensión o un derecho causado, allí mismo señala su señoría en esta sentencia que esto no es cierto por cuanto si tiene o no tiene régimen de transición o no tiene los requisitos exigidos eso salta de bulto en esto puesto que en la misma sentencia la Honorable Corte Suprema Sala de Casación Laboral manifiesta lo siguiente su señoría, puesto que la AFP debe indagar de manera oportuna, clara y concreta y suficiente dicho deber de la información así como también la carga probatoria que le correspondía asumir, la carga tal de exigencia que no nula la presunción de buena fe establecida por parte de mi poderdante y que

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 vigencia 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*

señala el artículo 83 de la Carta Magna su señoría, por consiguiente, considero que sí hubo una mala interpretación por parte del despacho la cual respeto pero no comparto, pero con base en esta sentencia y todo el precedente jurisprudencial y legal que existe sí debió haberse dado de forma clara, precisa y verás dicha información y si bien es cierto comparto algo que su señoría señala es que no es pacífica esta jurisprudencia, pero no es solo por parte de la Corte Suprema de Justicia sino por el Tribunal Superior de Bogotá y en relación a la autonomía y libertad se está viciando el consentimiento al no entregar la información pertinente en su momento, no fue que el fondo privado se la dio a Old Mutual con posterioridad que le dio parte de la información pero no se la entregó completa, por consiguiente, es en el momento de iniciar el traslado y como ella misma lo manifestó ella se graduó aproximadamente en el año 97 su señoría y el traslado inicial como profesional se hizo fue en el 95, por consiguiente, ni tenía la experticia ni era profesional en el momento en que se realizó el traslado como lo pretende hacerla ver la parte demandada en relación al señalar que como ella era profesional tenía que saber del tema. Si aún jueces y ministros de educación han caído en este tema de ineficacia es porque todos lo desconocíamos, aún los abogados tenemos que prepararnos en el tema y ser especializados para llegar concretamente a saber cuáles son los pormenores de un traslado de régimen su señoría, en estos términos le imploro al Tribunal Superior de Bogotá para que analice los elementos tanto fácticos como jurídicos para que en efecto revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y que como en derecho corresponda y conforme a las pretensiones dadas, solicitadas por la parte actora, se concedan todas y cada una y se revoque la sentencia de primera instancia, gracias su señoría.

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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que la demandant se afilió al Fondo de Pensiones tenía 31 años de edad y había cotizado 567,29 semanas ², y para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 9 años, 5 meses y 1 día)³.

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 de

²Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en Cd 2 que contiene expediente administrativo. fl 160

³ Ibídem.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴ ⁵, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información 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,*

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 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*".

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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 debe revocar la sentencia de primera instancia para declarar -en las mismas palabras de la Corte- la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, y dictar las condenas que corresponden con el criterio que en esta materia ha trazado esa misma corporación, ordenando el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y los gastos de administración

que cobraron ambas AFP's (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 24 de octubre de 1995 a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, luego se trasladó el 26 de noviembre de 1998 al FONDO DE PENSIONES PENSIONAR hoy OLD MUTUAL-, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada ver historia laboral, SIAFP y formularios de afiliación a folios 208 a 217, 218, 232, 268 y 274).

Adicionalmente, y conociendo en Consulta en favor de COLPENSIONES, se declarará que bien puede esta entidad obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

SIN COSTAS en la apelación.

DECISION

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 MARÍA ALICIA MEDINA QUINTERO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por ello que ha permanecido afiliada válidamente al Régimen de Prima Media, durante toda su vida laboral.
3. **CONDENAR** a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, así como toda la información contenida en la historia laboral de MARÍA ALICIA MEDINA QUINTERO.
5. **DECLARAR** que COLPENSIONES bien puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
6. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A y COLFONDOS S.A.
7. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARIA DEL PILAR VANEGAS BARRIOS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 17 de junio de 2020 por el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase al doctor Fredy Quintero López, identificado con T.P. 278.643, para actuar como apoderado judicial de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA., en los términos y para los fines del poder conferido, conforme la escritura pública No. 0275 del 25 de febrero de 2020 (ver folios 160 a 162), y téngase a la doctora María Elena Fierro García, con T.P. 291.785, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (folio 146).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARIA DEL PILAR VANEGAS BARRIOS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 17 de agosto de 1999, con fundamento en que se presentaron vicios en el consentimiento por error de hecho, pues no le informaron las implicaciones de trasladarse de régimen, ni la naturaleza y las desventajas del RAIS, y tampoco le explicaron los escenarios comparativos de pensión en ambos regímenes pensionales. Como consecuencia de lo anterior pide que se registre en el sistema que nunca se afilió al RAIS y se devuelvan a COLPENSIONES todos los valores pagados durante su vinculación en dicho régimen (ver demanda en folios 1 a 29 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante tomó la decisión de trasladarse al RAIS de manera autónoma y voluntaria, para lo cual los asesores del fondo privado debieron brindar la información requerida y la actora debió formular las preguntas sobre las dudas que tenía, y por ello, considera que no se puede perjudicar a COLPENSIONES con el error en el que incurrió la propia demandante, máxime si se tiene en cuenta que este tipo de decisiones tienen incidencia en la descapitalización de la entidad. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 67 a 75 del plenario, y subsanación en folios 87 a 93).

También contestó la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el traslado se realizó con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de

1993 después de que el fondo privado brindara a la demandante toda la información necesaria sobre el traslado y de que le explicaran de forma clara, veraz y comprensible, todos los aspectos generales del RAIS, y advirtió que el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia no es aplicable en el caso bajo estudio, pues no se trata de una persona excluida del RAIS, ni era beneficiaria del régimen de transición y tampoco tenía una expectativa legítima de acceder al derecho pensional en el RPM. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 110 a 117 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de junio de 2020, mediante la cual el Juez Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la relación jurídica de afiliación, cotización y/o beneficios de la demandante MARÍA DEL PILAR VANEGAS BARRIOS al régimen de ahorro individual con solidaridad celebrada en su momento con LA SOCIEDAD MINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., del 17 de agosto de 1999 por las razones anotadas en la presente decisión. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a realizar el traslado régimen de ahorro individual con solidaridad al de prima media con prestación definida, tanto de la relación jurídica de afiliación como el valor de saldos, aportes y rendimientos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la señora MARÍA DEL PILAR VANEGAS BARRIOS y a recibir el monto de aportes, saldos adicionales y rendimientos ordenados en el numeral anterior, sin reconocimiento del derecho al régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el*

particular. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás súplicas de la demanda. QUINTO: DECLARAR no probar las excepciones formuladas por PORVENIR y COLPENSIONES. SEXTO: sin condena en costas en la instancia. SÉPTIMO: en caso de no ser apelado el presente fallo, súrtase el grado jurisdiccional de consulta para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá” (CD 4, audio 3, minuto 16:55).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, advirtiendo que dicha Corporación en la sentencia STL 11385 de 2017 precisó que era viable realizar el análisis de la ineficacia del traslado con base en los criterios jurisprudenciales plasmados, aun cuando no se trate de personas beneficiarias del régimen de transición. Con base en lo anterior, concluyó que la AFP no demostró que hubiese documentado de forma clara y expresa los efectos y las consecuencias del traslado de régimen pensional de la demandante, pues para el efecto no es suficiente el consentimiento vertido con la suscripción del formulario de afiliación. Finalmente, estimó que no es procedente condicionar los derechos fundamentales de los afiliados al principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, PORVENIR S.A. pide que se revoque en su integridad la sentencia dictada en primera instancia y se absuelva a la demandada de todas las pretensiones incoadas. Aduce que la demandante recibió asesoría de los promotores de PORVENIR, suscribió el formulario de afiliación, y ratificó su voluntad de vinculación con la permanencia y las cotizaciones que efectuó en el RAIS, y considera que no es procedente aplicar de forma automática la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en la materia cuando se trata de personas que no son beneficiarias del régimen de transición o que no tenían una expectativa legítima, tal y como se ha expuesto en las aclaraciones de voto a las decisiones dictadas por dicha Corporación y en decisiones dictadas por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá. Por ello, considera que la

controversia debe analizarse conforme la carga probatoria que le corresponde a cada una de las partes y teniendo en cuenta que el formulario de afiliación suscrito por la demandante es un documento auténtico, por lo que no se le puede exigir al fondo privado que aporte pruebas o documentación más allá de lo que la ley les exigía. Finalmente, considera que no se puede ponderar la vulneración de los derechos fundamentales de la demandante, quien sí accederá a una mesada pensional en el RAIS (y por ello no se le estarían vulnerando), frente a la estabilidad financiera del Sistema (CD 4, audio 3, minuto 18:14)¹.

¹ “Su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, considerando los siguientes aspectos. Frente al mismo, el fallador de primera instancia, considera como criterio principal la jurisprudencia que se ha emitido por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, haciendo especial énfasis en la configuración o análisis en el caso de una nulidad o una ineficacia del traslado en este tipo de procesos. Considerando también lo anterior, referente en qué sentencias como la 11385 de 2017 ya han referido y han sido precisas considerar el análisis de este tipo de procesos, o considerar la ineficacia del traslado para personas que en un aspecto fáctico no son beneficiarias del régimen de transición. Me apartó totalmente de la postura del despacho en el sentido de que no pueda adoptarse una línea jurisprudencial, evidenciando que, dentro de los aspectos fácticos, estamos hablando de personas que no son beneficiarias del régimen de transición. El análisis que ha realizado la Corte Suprema de Justicia, si bien ha indicado que este tipo de procesos pueden versar sobre personas que tienen o no un beneficio transicional, no conlleva a que pueda adoptarse como un precedente automático o casi pacífico referente a adoptar con personas que no son beneficiarias del régimen de transición, y a eso es lo que conllevaba evidentemente las aclaraciones de voto referente a realizar un traslado de la carga dinámica de la prueba de los fondos privados de pensiones, precisamente porque la misma sala laboral del Tribunal superior de Bogotá, ha considerado que no puede hacer de manera automática, en el sentido de que al momento del traslado, como ocurre en el presente caso, la demandante no tenía ninguna expectativa legítima, no estaba frente a ningún beneficio que conllevará algún perjuicio. En ese sentido, el análisis que debe hacerse, o la facultad que también que debe analizarse frente a la obligación probatoria que tienen las partes dentro del proceso judicial, no puede avizorarse de la misma manera. Obligar a mi representada a que llegue algún tipo de documentación o que compruebe más allá de lo que le es permitido, nadie está obligado a lo imposible dicen por ahí las reglas primarias del derecho probatorio, pero aquí se está evidenciando claramente eso, se está obligando a mi representada a que llegue medios probatorios adicionales a los que la misma ley le ha facultado en su momento para el año 99 que era exigible a las administradoras de pensiones acreditar la filiación o acreditar esa vinculación o ese traslado de régimen a los fondos de pensiones. Aún más así, la misma administradora de pensiones, en su momento el seguro social, tenía las mismas políticas de vinculación a los afiliados, en ese sentido no podemos estar hablando de que todas las administradoras de pensiones estaban actuando de mala fe, que tienen que probar más allá de lo que la misma ley les exigía en ese tipo de situaciones, más aún cuando el mismo formulario de vinculación, que era un formulario que fue avalado por la superintendencia financiera de la época, que no tacha la parte demandante en ningún momento, y que es considerado auténtico, no puede desconocerse lo que sus mismos requisitos exigían y que fueron suplidos en ese aspecto. No puede tampoco hablarse de una vulneración de derechos fundamentales frente a la comparación que hizo el fallador de primera instancia de un principio de estabilidad financiera con los derechos fundamentales de la demandante, porque en ese sentido estamos hablando o estaríamos entendiendo que en el régimen de ahorro individual a la demandante se le están vulnerando sus derechos fundamentales, en este caso la seguridad

La apoderada de COLPENSIONES en el recurso también pide que se revoque en la sentencia dictada en primera instancia. Para el efecto, afirma que la demandante estaba habilitada para trasladarse al RAIS en el año 1999, pues no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de pensionarse en el RPM, y además recibió información sobre el traslado de régimen, y advirtió que el único requisito que exigía entonces la normatividad era la suscripción del formulario de afiliación y que el fondo demandado en ningún momento ha negado el derecho pensional en cabeza de la demandante, por lo que la inconformidad de esta no radica en la información recibida en el año 1999 sino en el valor de la mesada pensional que recibiría. Adicionalmente, estima que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia genera que los afiliados al RAIS interpongan demandas en cualquier tiempo y aduciendo que no se les brindó información sin tener que aportar el más mínimo elemento probatorio para demostrar que efectivamente no fue así, causando afectaciones colaterales a COLPENSIONES y a la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional, reconocido por la Corte Constitucional en la sentencia T-489 de 2010 (CD 4, audio 3, minutos 24:07)².

social, en este caso a un mínimo vital, no realmente, teniendo en cuenta a que la demandante va a recibir una mesada pensional, no se le estás obligando, además la misma corte constitucional ha considerado la exigibilidad de la ley 100, es decir, le ha dado aval constitucional referente a su existencia desde la misma sentencia C-1024 del 2004. En ese sentido, suple unas características totalmente diferentes a las que pueda obtener en el régimen de prima media, que no se están vulnerando aspectos de carácter fundamental. Por lo anterior, y evidenciando las pruebas que allegó la parte demandante, las pruebas practicadas en la presente audiencia, es claro que la demandante recibió una asesoría por parte del promotor de Porvenir, tuvo acceso a los canales de información durante todo este tiempo de vinculación, existe una ratificación, contrario a lo que manifiesta el fallador de primera instancia en el sentido de que realiza aportes periódicos al fondo de pensiones, en ese sentido estamos considerando una ratificación y su vinculación al régimen de ahorro individual, y conforme también a las pruebas que fueron allegadas por parte de mi representada. por lo anterior solicitó en ese sentido se valora el recurso de apelación en la sala laboral del tribunal superior del distrito judicial de Bogotá y en su lugar se revoque en su integridad la decisión emitida por el despacho y se absuelva mi representado. Gracias”.

² “Sí señor juez siendo éste el momento procesal oportuno me permite interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho en atención a que considera la suscrita que no se está estudiando el caso de la forma pertinente, toda vez que, como se expuso, la demandante para el año de 1999 estaba firmemente habilitada para efectuar un traslado de régimen, toda vez que no era beneficiaria del régimen de transición, ni por edad ni por tiempo de cotización, por ende, no tenía un derecho y una expectativa legítima de pensionarse dentro del régimen de prima media. Esto lo que conlleva es que como no tenía una expectativa legítima, podía realmente alcanzar un derecho pensional de igual manera en el régimen de ahorro individual con solidaridad. Incluso, este derecho no ha sido negado por lo administradora de fondos privada, toda vez que como no manifestó la demandante en el

interrogatorio de parte, pues se le hizo una proyección pensional. Y realmente no está insatisfecha con la información que se le dio en 1999, sino con la mesada pensional que recibiría. Por ende, aquí estamos hablando no una falta información, sino una expectativa meramente económica. De igual manera, se resalta que si bien considera el despacho que el fondo no respaldó con documentales la información que se le había dado, pues esta solicitud no la encuentra viable la suscrita, toda vez que como ya se dijo para el año de 1999, pues el único documento necesario para el traslado de régimen era el formulario de afiliación; formulario que se encuentra dentro del expediente y que cumple con las especificidades de la norma de dicha época. Adicionalmente, y teniendo en cuenta que el despacho solicita dicha documentación adicional al formulario que no era obligatoria para el año de 1999, lo hace basado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, jurisprudencia que como se dijo no puede ser aplicable y no puede hacerse una extensión de la misma, toda vez que no se trata de un caso como el de dicha jurisprudencia de una persona beneficiaria del régimen de transición, o siquiera con una expectativa legítima de pensionarse. Sin embargo, lo que data dicha jurisprudencia, hace y genera que los demandantes simple y sencillamente lleguen a un proceso y digan que los fondos no le dieron información, sin que tenga que aportar siquiera alguna prueba para verificar que efectivamente no fue así, y trasladando esta exigencia de pruebas a los fondos privados, exigencia probatoria que no ha podido ser acreditada por los fondos puesto que cuenta únicamente con los formularios de afiliación, conllevando a que los fallos judiciales en la actualidad se expidan en contra de dichas entidades y de manera colateral afecte a los intereses de COLPENSIONES. Además, la posición jurisprudencial creó una situación ventajosa que favorece a los afiliados, puesto que su simple afirmación respecto a que el fondo no les brindó información precisa, clara y exacta, plasmada en una demanda interpuesta en cualquier tiempo, les viene permitiendo obtener el traslado de régimen, el traslado al régimen de prima media, sí que sea necesario que sea llegue el más mínimo elemento probatorio al proceso. De igual manera, sostiene el a-quo que no se violenta el principio de sostenibilidad financiera, caso contrario a lo que estipula la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como por ejemplo, la sentencia T 489 del 2010, en la que se expresa “la sala se permite destacar las ideas relacionadas ambas con la sostenibilidad económica del sistema pensional, ellas son: a) la primera tiene que ver con la protección del capital pensional, no se puede permitir la descapitalización del fondo Sí personas que no contribuyeron a su formación, vienen a último momento cuando le faltan ya menos de 10 años para completar su pensión de vejez, a beneficiarse de un ahorro comunitario, accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema. B) en segundo término, desde una perspectiva social, se encontraría contraria a la equidad y se abandona el valor de la justicia material. Al permitir a personas que no han contribuido a los rendimientos de los fondos pensionales, entren a beneficiarse y a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otras y no por ellas mismas”. Ante esto es de evidenciar que aquí existe un interés meramente económico como ya se resaltó al principio de esta apelación, y que realmente nos están afectando derechos fundamentales, porque la demandante tiene un derecho pensional, incluso en el régimen de ahorro individual con solidaridad que no ha sido negado. Por ende no puede decirse que no se aplica el principio de sostenibilidad financiera porque se está protegiendo los derechos fundamentales de la demandante y que no están siendo violados con una negativa de una ineficacia del traslado, porque como se evidenció en el presente proceso, pues la demandante realmente sí fue informada en el año de 1999, como lo pudo evidenciar el testigo y las pruebas extrajuicio que ella misma aportó al proceso, en el que se evidenció que se le dijo, incluso que los montos que allí cotizaban podían ser heredables, situaciones que sí están dentro del régimen de ahorro individual y que fueron de presentes dentro del proceso. Además, hay que resaltar que el señor Oscar Orlando Prieto, enunció dentro de su testimonio que a él le dijeron muchas cosas, el asesor de Porvenir le dijo muchas cosas, incluso pudo haberles dicho las modalidades de pensión y otros datos, pero, realmente él no recuerda, no por no recordar significa que la información no está, no porque no haya documentales significa que la información no estaba, toda vez que para dicha data era una información de carácter verbal. Por ende, solicitó respetuosamente a los Honorables Magistrados del tribunal Superior de Bogotá, que revoquen la sentencia proferida por el a quo y declare absuelta a mi representada. Muchas gracias”.

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 vigencia 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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 362,71 semanas³, y que para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año, 6 mes y 22 días)⁴.

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción⁵ ⁶. Según este criterio, se debe

³ Ver historia válida para bono pensional a folio 127 del expediente.

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*

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's han tenido siempre la obligación de brindar información 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: "Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que

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".

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) que 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 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” (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 la AFP PORVENIR no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. 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*” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la ratificación de la actora por el paso del tiempo.

Adicionalmente, conociendo en apelación y consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en el RAIS, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), y para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de **MARIA DEL PILAR VANEGAS BARRIOS** en el RAIS, con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, y para **DECLARAR** que **COLPENSIONES** bien puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de **PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho a cargo de PORVENIR S.A.


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 VÍCTOR MANUEL CORTÉS CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
PARAFISCALES**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la sentencia dictada el 11 de marzo de 2020 por el Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, VÍCTOR MANUEL CORTÉS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES - UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca la pensión de vejez con base en normas anteriores a la Ley 100 de 1993, por ser beneficiario del régimen de transición dado que completó 1552 semanas entre tiempos de servicio público y tiempos cotizados pro servicios al sector privado y cuenta con 73 años de edad. Advierte que ambas demandadas negaron el derecho reclamado por falta de competencia administrativa, y pide que se ordene a la entidad que corresponda el pago de la prestación a partir del momento en que adquirió el

status pensional, junto con la indexación y los intereses que se generen (ver demanda en folios 4 a 9 del plenario y subsanación en folios 29 a 34).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el actor no aportó la documentación para determinar el fondo al cual se efectuaron sus cotizaciones y la competencia para estudiar la prestación reclamada. Propuso como excepciones *inexistencia del derecho y prescripción* (ver contestación en folios 51 a 55 del plenario).

También contestó la ADMINSTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones por falta de competencia, y porque no se acreditaron los requisitos para acceder a la pretensión reclamada. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración de derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 63 a 67 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de marzo de 2020, a través de la cual el Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar a favor del demandante una pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante VÍCTOR MANUEL CORTÉS conforme lo normado en el artículo 21 del Acuerdo 049 del año 90 reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad, a partir del 6 de marzo del 2011 en la suma mensual que se obtenga del promedio de lo cotizado en los últimos 10 años con una tasa de reemplazo del 90% por haber cotizado más de 1.250 semanas, valor que debe ser reajustado anualmente. En SEGUNDO LUGAR: ABSUELVE a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y*

CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL de todas las pretensiones incoadas en su contra. TERCERO: DECLARA probada parcialmente la excepción de prescripción sobre las mesadas causadas con anterioridad al 28 de mayo del 2016 por los motivos y razones que se expusieron en la parte considerativa de la sentencia, por lo que se ordenará el pago de las mesadas causadas a partir del 29 del mismo mes y año más los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 del 93. En CUARTO LUGAR: CONDENA en costas a la demandada COLPENSIONES” (CD 5, minuto 47:01).

Para tomar su decisión el Juez concluyó que el demandante es beneficiario del régimen de transición, y que tiene los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 para causar la pensión de vejez, pues cumplió la edad de 60 años el 5 de marzo de 2006 y completó en toda la vida laboral 1308 semanas cotizadas exclusivamente al ISS, hoy COLPENSIONES, densidad que obtuvo de las Resoluciones de COLPENSIONES allegadas con el escrito de demanda sobre las cuales no se propuso controversia o tacha. Ordenó el pago de la prestación indicando que se debe tener en cuenta el promedio de lo devengado por el demandante en los últimos 10 años, IBL al cual se debe aplicar una tasa de reemplazo del 90% y sin definir el valor concreto de la mesada, pues la entidad demandada no allegó al proceso el expediente administrativo del demandante. Finalmente, declaró la prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 28 de mayo de 2016 (3 años antes de la presentación de la demanda) y, sin mayores argumentos, ordenó el pago de intereses moratorios que regula el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del CPT y SS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Revisado el expediente el Tribunal confirmará la decisión apelada en cuanto reconoció el derecho pensional reclamado, pues las pruebas allegadas al proceso demuestran el derecho pensional de VÍCTOR MANUEL CORTÉS, bajo el régimen pensional aplicado por el *a-quo*: el Acuerdo 049 de 1990.

Para llegar a esta conclusión se advierte que el demandante conservó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de diciembre 2014¹, dado que tenía más de 40 años de edad para el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia del régimen de pensiones que creó la Ley 100)² y más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (tenía **1019,86** semanas para el 25 de julio de 2005).

En el cómputo referido la Sala tuvo en cuenta el reporte semanas que reconoció COLPENSIONES entre tiempos servicios públicos y privados en la Resolución GNR 3449 del 8 de enero de 2015; los tiempos de servicio en el sector público que reportó la UGPP en la Resolución RDP 048054 del 19 de noviembre de 2015; y las cotizaciones al ISS, hoy COLPENSIONES, que consigna la historia laboral actualizada de la entidad. De esta documental se obtuvieron: (i) **335,72** semanas cotizadas al ISS, hoy COLPENSIONES, para el 25 de julio de 2005, y (ii) **684,14** semanas de tiempos de servicio público laborados por el demandante en el Ministerio de Defensa entre el 24 de enero de 1966 y 13 de enero de 1968, en el Municipio de Barbacoas (Nariño) entre el 14 de octubre de 1982 y el 24 de abril de 1997, y en el Departamento de Nariño entre el 19 de junio de 1997 y el 25 de julio de 2005.

¹ Parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005: "*El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014*".

² El demandante tenía 48 años, según se observa en el registro civil de nacimiento nació el 5 de marzo de 1946 (ver folio 11).

Cabe advertir que los documentos aportados con la demanda son pruebas útiles para resolver el litigio pues fueron aportados con la demanda (folios 15 a 24 del expediente) y por ello conocidos por las demandadas, quienes no formularon en el proceso controversia sobre su contenido o sobre su validez (artículo 54A del CPL y 244 del CGP).

Como el demandante es beneficiario del régimen de transición, se puede estudiar el derecho pensional que reclama bajo el régimen pensional establecido en el Acuerdo 049 de 1990, según que reciente jurisprudencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 1947 dictada el 1° de julio del año en curso, dentro del radicado No. 70918) que recogió de forma explícita el criterio que había expresado con anterioridad y acogió la interpretación de la Corte Constitucional (ver sentencias SU 769 de 2014 y SU 057 de 2018) que entiende la procedencia de sumar los tiempos laborados a entidades públicas con las semanas efectivamente cotizadas al ISS a efectos de conceder la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990. Para este efecto estimó la Corte que: *“(...) el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultra activos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 (...) entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el parágrafo 1° del artículo 33 y el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social”,* y advirtió que *“el propósito de unicidad normativa y sistemática de la ley en comento fue ponerle fin a la injusticia de no conceder pensiones a personas que cumplían el mismo tiempo de trabajo, pero cuyo valor y eficacia frente a la generación de la protección del riesgo difería frente al segmento en el que se prestaba”* (Sentencia SL 1947 dictada el 1° de julio del 2020).

El Acuerdo 049 de 1990 asigna pensión a los hombres que cumplen 60 años de edad si han efectuado quinientas (500) semanas de cotización al Sistema durante los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de dicha edad, o 1.000 semanas en cualquier tiempo. Estos requisitos se demuestran cumplidos con los documentos referidos antes, y con la copia del registro civil de nacimiento que obra a folio 11 de la cual se deduce que VICTOR MANUEL CORTÉS cumplió 60 años el 5 de marzo de 2006. Con el mismo análisis que ya se hizo a la documentación referida, se obtienen 335.72 semanas de tiempos privados y 711,42 semanas de tiempos de servicio en el sector público, con lo que se completan **1047.14** semanas para 5 de marzo de 2006 (en toda la vida laboral completó 1308 semanas según se observa a folio 15).

En este orden de ideas, el demandante causó el el 5 de marzo de 2006, cuando los requisitos (edad y tiempo). Sin embargo, la prestación podía ser exigida desde la fecha en que se desafilió del Sistema, pues el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios no siempre habilitan el pago de la primera mesada pensional; Nuestro ordenamiento jurídico exige para este efecto el retiro del sistema, pues solo cuando ello ocurre se podrá entender que el afiliado renunció al derecho que le otorgan las normas legales a incrementar el valor de su pensión con cotizaciones adicionales a las mínimas legales (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990).

Bajo esta premisa, y dado que el demandante fue retirado del servicio el 5 de marzo de 2011, cuando llegó a la edad de retiro forzoso, y desde ese momento dejó de efectuar cotizaciones al Sistema³, la prestación era exigible desde ese momento, no obstante, por prescripción, solo se puede ordenar el pago de las mesadas causadas a partir del 29 de mayo de 2016, pues el término trienal se interrumpió con la presentación de la demanda el 28 de mayo de 2019 (ver folio 26), tal y como lo concluyó el juez de primera instancia cuya sentencia se confirmará en esta materia, y en cuanto estableció la forma de pago de la prestación ante la imposibilidad de tasar en concreto el valor de la mesada por

³ Ver Resolución 736 del 4 de marzo de 2011 a folios 12 y 13, y ver historia laboral actualizada en folios 23 y 24

falta de prueba, pues no se allegaron certificaciones de los salarios devengados por el demandante en el Municipio de Barbacoas y en el Departamento de Nariño, y los salarios reportados en la historia laboral de COLPENSIONES solo dan cuenta de las bases salariales de las últimas 90 semanas de cotización (es decir, el equivalente de un año y nueve meses de aportes – ver folios 23 y 24). Asimismo, se confirmará en cuanto dispuso aplicar la tasa de reemplazo tope del 90%, conforme lo establece el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990⁴, monto que corresponde a la densidad de semanas del actor, quien completó en toda la vida laboral 1308 semanas entre tiempos de servicio público y tiempos cotizados (ver consolidado en la Resolución GNR 3449 del 8 de enero de 2015 emitida por COLPENSIONES – folio 15).

Se debe advertir que si bien están proscritas las condenas en abstracto, ello no obsta para que *“en algunos casos baste con que el juez determine los parámetros bajo los cuales se debe hacer la cuantificación, sin que, en ningún caso, se deje al arbitrio de un tercero o, lo que es peor aún, del propio demandado la determinación de éstos para sí fijar los alcances de su propia obligación”* según lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL del 5 de junio de 2012, con radicación No. 41798, citado en la sentencia SL 6464 de 2016). Como así lo hizo el juez, se confirmará su decisión, advirtiendo que el promedio definido en primera instancia se obtiene del salario *“actualizado anualmente con base en la variación del Índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE”*, a tenor de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993. Si bien dicha normatividad permite aplicar el IBL que resulte más favorable entre el devengado en toda la vida laboral y el devengado en los últimos 10 de servicios a las personas que cuenten con una densidad de semanas superior a 1250 (como ocurre en el

⁴ Norma según la cual las pensiones de invalidez por riesgo común y por vejez, se integrarán a) *Con una cuantía básica igual al cuarenta y cinco por ciento (45%) del salario mensual de base y, b) Con aumentos equivalentes al tres por ciento (3%) del mismo salario mensual de base por cada cincuenta (50) semanas de cotización que el asegurado tuviere acreditadas con posterioridad a las primeras quinientas (500) semanas de cotización. El valor total de la pensión no podrá superar el 90% del salario mensual de base ni ser inferior al salario mínimo legal mensual ni superior a quince veces este mismo salario.*

caso bajo estudió pues el actor completó 1308 semanas en toda la vida laboral – ver folio 15 del plenario), esta parte de la decisión no fue apelada por la parte actora y no se puede afectar el interés de COLPENSIONES, en cuyo favor se está conociendo en segunda instancia.

Para responder al conflicto de competencias administrativas que planteó COLPENSIONES con la UGPP, la Sala se remite al contenido de los artículos 6° del Decreto 813 de 1994 y 4° del Decreto 2196 de 2009. El primero dispone a cargo del ISS el reconocimiento y pago de la pensión de los servidores públicos cuando *“el servidor se traslade voluntariamente al Instituto de Seguros Sociales”* y/o *“se ordene la liquidación de la caja fondo o entidad a la cual se encontraba afiliado el servidor público”*, y el segundo dispuso la liquidación de CAJANAL y el traslado de sus afiliados cotizantes al ISS. Así las cosas, el pago de la prestación está a cargo de COLPENSIONES en la medida en que el actor se afilió inicialmente al ISS el 30 de abril de 1968, dejó de efectuar cotizaciones en dicha administradora en el año 82, momento a partir del cual comenzó a prestar sus servicios en el sector público (para el Municipio de Barbacoas), y en virtud del Decreto 2196 de 2009, retornó al ISS, hoy COLPENSIONES, el 1° de julio de 2009 (un mes después de la entrada en vigencia de dicho decreto) e hizo a esta administradora sus cotizaciones hasta el 5 de marzo de 2011.

Finalmente, el Tribunal revocará la condena impuesta en primera instancia al pago de los intereses moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 para la mora en el pago de las mesadas causadas por el afiliado, pues como se dijo con anticipación, la pensión de vejez se está otorgando en virtud de un cambio jurisprudencial y en esta situación no corren intereses de mora según el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL1947 del 1° de julio de 2020, radicación 70918, M.P. IVAN MAURICIO LENIS GÓMEZ).

En subsidio del interés moratorio, el Tribunal ordenará la indexación de las condenas, por ser esta la forma en que se traen a valor presente sumas de

dinero que se debieron pagar en el pasado. Para el efecto se debe aplicar la formula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante mes a mes, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha en que quede en firma esta sentencia), por el índice inicial (vigente para la fecha en que debió hacerse cada pago).

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, salvo el aparte del numeral TERCERO que ordenó el pago de intereses moratorios, que se **REVOCA**, para ordenar en su lugar el pago *indexado* de las mesadas pensionales adeudadas.
2. **SIN COSTAS** en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LINDAURA CHAVES VALERO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por ambas demandadas y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 6 de marzo de 2020 por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Paola Andrea Orozco, con T.P. 288.433 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LINDAURA CHAVES VALERO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 30 de septiembre de 2002. Aduce que la indujeron en error para que suscribiera el formulario de traslado pues

no le informaron las ventajas y desventajas de su permanencia en el RPM frente a su salario y expectativas, ni le hicieron proyecciones del monto de la pensión, por lo cual no obtuvo un conocimiento pleno e informado del traslado y su consentimiento se encuentra viciado. Pide que se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de sus aportes de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos a COLPENSIONES. De manera subsidiaria pide se declare la Nulidad de Traslado. (ver demanda en folios 72 a 94 del plenario).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que a la demandante se le brindó una asesoría integral acerca del funcionamiento, características y modalidades de pensión en el RAIS, y el acto de vinculación se celebró de manera legal sin engaños y no se encuentra inmerso en ningún vicio del consentimiento. Afirma que la información se suministró de manera completa, eficaz y oportuna, y que sólo hasta la Ley 1748 de 2014 se requirió una asesoría para el traslado de régimen. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, debida asesoría del fondo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 126 a 134).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no es procedente reactivar la afiliación de la demandante en COLPENSIONES pues sólo había cotizado en esa entidad tres (3) años (5 de enero de 1983 hasta el 3 de junio de 1986) y a partir del 5 de junio sus cotizaciones se realizaron a CAJANAL hasta cuando se cambió de régimen. Considera que carece de legitimación en la causa pasiva y que es la UGPP la entidad encargada de responder por la pensión. No obstante argumenta que la actora escogió de forma libre su

afiliación al RAIS bajo los parámetros legales de la ley 100 de 1993 sobre libre escogencia, y se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse entre regímenes pensionales (literal e, artículo 13 de la Ley 100 de 1993) pues no tenía 15 años de cotizaciones al Sistema para el 1° de abril de 1994, y dado que las características del RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993 y la ignorancia de la ley no sirve de excusa, no se puede anular su vinculación a ese régimen pensional. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 152 a 166 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de marzo de 2020, mediante la cual la Juez Catorce (14) 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, la Juez de primera instancia aplicó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, advirtiendo que por ser un precedente judicial que provenía del órgano de cierre esta se debe aplicar al margen de si se trata de una persona beneficiaria del régimen de transición o que tuviese una expectativa legítima. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la señora LINDAURA CHÁVEZ BARRERO del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A., señalando como consecuencia que ningún efecto jurídico surtió ese traslado y por tanto siempre estuvo afiliada la demandante al régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar el saldo de la cuenta individual de ahorro de la demandante a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo dado que no enervaron las pretensiones. CUARTO: CONDENAR en costas de la acción a las*

demandadas en proporción igual a favor de la demandante.” (Cd 2 Minuto 44:53).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, PORVENIR S.A y COLPENSIONES presentaron recurso de apelación.

PORVENIR considera que no se puede adoptar la línea jurisprudencial de la Corte pues la demandante no es beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de causar la pensión cuando se trasladó de régimen y el deber de información no se puede aplicar de manera automática y general, sino en las circunstancias de cada persona. Considera que las obligaciones de buen consejo o doble asesoría surgieron con posterioridad al traslado de régimen de la demandante, y que al suscribir el formulario de vinculación la demandante plasmó claramente su voluntad de vinculación al RAIS (Cd 4 Minuto 48:50)¹.

¹ *“Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra del proceso 2017 -117, en los siguientes términos. Frente a las consideraciones adoptadas por el despacho al momento de tomar la decisión, se fijó principalmente desde un parámetro, la línea jurisprudencial que se ha emitido frente a estos casos de nulidad o ineficacia del traslado, que considero un cambio de postura referente, pues, desde la sentencia 1688 y la 4360 del 2019. Frente a esta situación, considera este apoderado que no puede adoptarse una línea jurisprudencial y tenerse como referente de los casos de referencia, teniendo en cuenta que para la aplicación de la línea jurisprudencial, no basta que se esté tratando de una misma pretensión, sino también que se acojan aspectos fácticos al caso en concreto, y teniendo en cuenta que en todas las jurisprudencias que emitió la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, el día de hoy se trata frente, desde un aspecto fáctico, hay personas que son beneficiarias de un régimen de transición no podemos hablar de una línea jurisprudencial pacífica y reiterada, sin perjuicio de que en algunas de ellas se haya indicado que la adopción o la decisión de declarar la ineficacia o la nulidad de traslado, no se tenga en cuenta aspectos cómo que no sean beneficiarios de un régimen de transición o no tengan una expectativa legítima, más aún, cuando la misma Corte ha sido Clara al indicar en las sentencias como la SL 1452 del 2019, en que ese deber de información no puede dársele aplicación de una manera automática, sino que ha sido su incorporación de una manera progresiva, y para los dos casos en referencia al momento del traslado de régimen para el año 99 y para el año 2002, nos encontramos en la primera etapa de este deber de información, situación que conllevaba a las administradoras de pensiones informarle a los afiliados si renunciaban a algún derecho prestacional o pensional, si eran beneficiarias o no de un régimen de transición, e indicarle también las características propias de los regímenes pensionales. Y tal situación cumplió mi representada, conforme al deber de información de la época, ahora, indicarle a mi representada o hacer ese deber de información frente a un contexto de un buen consejo o de una doble asesoría, son situaciones que surgieron con posterioridad al momento del traslado de régimen pensional, situación que, pues, claramente no puede dársele aplicación frente a que estaríamos realizando un aspecto de retroactividad*

Por su parte COLPENSIONES afirma que no la demandante no se encontraba vinculada a dicha entidad cuando se efectuó el traslado, y por ello no es Colpensiones quien debe recibir a la demandante en el RPM (Cd 4 Minuto 53:24)².

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 vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

tanto de la ley como de la jurisprudencia, que son consecuencias con posterioridad legislativa. Por esto, debe hacerse la aplicación frente a esta primera etapa de ese deber de información, y que se encontraba en ese momento obligadas las administradoras, de indicar como anteriormente se presentó, y frente a la suscripción de un formulario de vinculación o dejar por escrito la voluntad del afiliado que se vio dentro de los dos procesos plasmados con el formulario de vinculación, que en ningún momento fue desconocido por las partes demandantes, que no fue tachado de falso y que cumplirán los requisitos que en su momento estaban vigentes conforme al artículo 11 del decreto 692 de 1994. Por lo anterior, mi representada cumplió, en este caso, con el deber de información, frente al contexto en que nos encontrábamos al momento del traslado de régimen. Por lo anterior Solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revocar en su integridad la sentencia emitida por el despacho y en su lugar absorber a mi representada de todas y cada una de las pretensiones. gracias.

² *“Gracias su señoría, en primer lugar, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en el caso de LINDAURA CHÁVEZ BARRERO, radicado 2017 - 117, en el presente caso, pues, tal cómo quedó acreditado dentro del proceso, para la época del traslado la demandante se encontraba afiliada a CAJANAL y que si bien es cierto la única administradora del régimen de prima media es COLPENSIONES, lo cierto es que los efectos de la ineficacia de traslado que se declaró en la sentencia de primera instancia, es evidentemente retornar al régimen al cual se encontraba afiliada o en su defecto al administrador. En este caso al haberse encontrado la demandante afiliada a CAJANAL, mi representada le resulta altamente imposible cumplir con las pretensiones o cumplir con las órdenes judiciales que aquí se impartieron. En ese sentido dejo sentado mi recurso de apelación. gracias*

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 (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 38 años de edad y solo había cotizado 896.85 semanas³; y para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 9 años, 1 mes y 4 días)⁴.

³ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES, formatos CLEBP con aportes realizados a CAJANAL a folios 30 a 32 y 148 y del expediente.

⁴ Ibídem.

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵ ⁶, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

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”.

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información 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. En ese sentido, 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 en ese momento una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“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); (iv) 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 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”* (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 la AFP PORVENIR no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se ordenará el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). 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”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo.

Para responder al argumento de la apelación de COLPENSIONES, la Sala dirá que el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009 impuso a CAJANAL en Liquidación el deber de adelantar las acciones que fueran necesarias para trasladar a los afiliados cotizantes que no hubieran cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez dentro del mes siguiente a la vigencia de dicho Decreto (es decir, para el 12 de julio de 2009). Como para el 12 de julio de 2009 la demandante no había causado la pensión resulta claro que la administradora del régimen a cuyo cargo quedaba la prestación era COLPENSIONES.

Conociendo en Consulta en favor de COLPENSIONES, el tribunal adicionará la sentencia de primera instancia y, siguiendo el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema, ordenará la devolución de los gastos de administración y todas las smas recibidas en el RAIS, pues la declaración de ineficacia del traslado obliga a los fondos privados a devolver dichos valores, con cargo a sus propias utilidades, en la medida en que *“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). Igualmente se advertirá en la sentencia de segunda instancia, la conclusión que se deriva de la ineficacia declarada, pues, según lo dicho queda a cargo del Fondo de Pensiones la responsabilidad por el daño que se causó a COLPENSIONES, y ese daño se debe reparar. Para el caso presente, el daño está representado en que tendrá que asumir la prestación de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, por omisiones en las que incurrió un tercero: el Fondo de pensiones.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A a devolver la totalidad de los valores que recibió con motivo del traslado de la demandante, incluyendo los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo y todos los gastos de administración, y para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE \$600.000, como agencias en derecho a cargo de PORVENIR S.A.



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 CARMEN ELISA GUTIÉRREZ AGUIRRE
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por la parte demandante y por PORVENIR S.A., y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 27 de febrero de 2020 por la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Luz Stephanie Díaz Trujillo, identificada con T.P. 325.263, para actuar como apoderada sustituta de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA., en los términos y para los fines del poder conferido (folio 336).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CARMEN ELISA GUTIÉRREZ AGUIRRE presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene su traslado automático al RPM, con fundamento en que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los funcionarios de entidades territoriales, tenía más de 35 años y contaba con 750 semanas cotizadas. Como consecuencia de lo anterior pide que se trasladen a COLPENSIONES las cotizaciones, rendimientos financieros y costos de administración que pagó en el RAIS, que se declare que no perdió el régimen de transición, y que se reconozca a su favor la pensión de vejez con fundamento en el Decreto 758 de 1990 o la Ley 71 de 1988, a partir del 5 de diciembre de 2013, sobre 14 mesadas anuales, junto con los intereses de mora que se generen y la indexación de las condenas. De forma subsidiaria pide que: (i) se declare la ineficacia o nulidad de traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 1° de mayo de 1995, con fundamento en que los asesores del fondo privado le dieron información distorsionada sobre las consecuencias del traslado y no le dieron información sobre la pérdida de los beneficios del régimen de transición, y de todas formas, no se podían adelantar traslados antes del límite temporal para hacer la selección del régimen; o, (ii) que PROTECCIÓN reconozca la pensión de vejez en la cuantía que corresponda, a partir del 5 de diciembre de 2013 (ver demanda en folios 84 a 116 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen operó después de la vigencia de la Ley 100 de 1993, y es válido, dado que la demandante tomó su decisión de manera libre y voluntaria y no ocurrieron vicios en el consentimiento que prestó por error, fuerza o dolo. Considera que la demandante debía informarse sobre el contrato que estaba suscribiendo y que la acción para reclamar la nulidad de traslado se encuentra prescrita. Además,

señala que no puede retornar al RPM en cualquier tiempo, pues solo tenía 101.85 semanas cotizadas para el 1° de abril de 1994. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 140 a 151).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en la validez del traslado de régimen que realizó la actora cuando se afilió a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR), pues no se presentaron vicios en el consentimiento, y para ese momento solo contaba con 523.43 semanas cotizadas; además la acción para declarar la nulidad del traslado de régimen se encuentra prescrita. Afirma que la demandante se vinculó en la AFP PROTECCIÓN en el año 2008 en virtud de un traslado entre fondos privados del RAIS, momento para el cual se encontraba inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales, por lo que no podía asesorarla en el sentido de que retornara al RPM. Propuso como excepción previa *falta de integración del contradictorio* y como excepciones de mérito: *validez de la afiliación a PROTECCIÓN, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento, prescripción y la innominada o genérica* (ver folios 207 a 218).

Igualmente contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, mediante apoderada. No se opuso ni se allanó a las pretensiones principales de la demanda, dirigidas a que se ordene el traslado automático de la actora por contar con más de 15 años de cotizaciones para la vigencia de la Ley 100 de 1993, pues se encuentran dirigidas contra PROTECCIÓN y COLPENSIONES. No obstante, se opuso a las pretensiones subsidiarias de la demanda, dirigidas a que se declare la ineficacia o nulidad del traslado de régimen de la demandante, pues le suministró información y asesoría sobre el funcionamiento del RAIS, y sobre las diferencias, ventajas y desventajas entre ambos regímenes pensionales, pero de todas formas, considera que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. En caso de que las

pretensiones incoadas resulten prosperas, advirtió que giró a PROTECCIÓN los saldos de la cuenta de ahorro individual de la afiliada en PORVENIR, y considera que no habría lugar a ordenar la devolución de los valores descontados por concepto de gastos de administración. Propuso como excepciones: *prescripción de la acción que persigue la nulidad de la afiliación, falta de causa para pedir, ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica* (ver folios 268 a 284 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de febrero de 2020, mediante la cual la Juez Catorce (14) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ las pretensiones principales de la demanda encaminadas a conseguir el traslado automático al RPM por ser beneficiaria del régimen de transición y DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante CARMEN ELISA GUTIÉRREZ AGUIRRE en el nivel de pretensiones principales. SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del acto de traslado que hizo la señora CARMEN ELISA GUTIÉRREZ AGUIRRE del Régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por PORVENIR S.A. TERCERO: como consecuencia de tal declaración, ningún efecto jurídico surtió ese traslado y por tanto se DECLARA que siempre estuvo afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. CUARTO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar el saldo de la cuenta individual de ahorro de la demandante a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el extremo pasivo en relación con la pretensión de orden subsidiario que encontró prosperidad. SEXTO: CONDENAR en costas de esta acción al extremo pasivo*

por partes iguales y a favor de la parte demandante, en oportunidad se tasarán” (CD 5, minuto 34:05).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que la demandante no tenía la densidad de semanas suficientes para el 30 de junio de 1995 (fecha en que entró en vigencia de la Ley 100 de 1993 para los servidores públicos de entidades territoriales) para ordenar su retorno al RPM y declarar que recuperó el régimen de transición, conforme el precedente jurisprudencial en la materia. Al estudiar las pretensiones incoadas en nivel subsidiario, concluyó que PORVENIR S.A. no demostró que hubiera brindado información a la demandante sobre las desventajas y las consecuencias negativas del traslado de régimen, para el momento de suscribir el formulario de afiliación, ni de eventual pérdida de los beneficios del régimen de transición.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la parte DEMANDANTE pide que se deje sin efectos la vinculación de la demandante al RAIS y se reconozca a su favor la pensión de vejez a cargo de COLPENSIONES a partir de enero del 2015, con fundamento en el régimen pensional de la Ley 71 de 1988 y el Decreto 758 de 1990. Afirma que además de configurarse la nulidad del traslado de régimen por omisión en la información, como lo concluyó la juez de primera instancia, se presenta la ineficacia del traslado, si se tiene en cuenta que para el 2° de abril de 1995 se encontraba excluida del Sistema General de Pensiones, pues para funcionarios públicos del orden territorial entró a regir dicho Sistema a partir de julio del año 1995, por lo que se debe dejar sin efecto la vinculación. Adicionalmente, pide que se interprete la forma en que se presentaron las pretensiones principales y subsidiarias en la demanda, o se aplique las sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, pues su intención no fue excluir las pretensiones principales encaminadas al reconocimiento del derecho pensional, de resultar prospera la pretensión

subsidiaria (CD 5, minuto 39:36)¹.

¹ “Gracias su señoría, con esa aclaración respetuosamente elevo recurso de apelación parcial contra la sentencia que precede dada las siguientes consideraciones, en buena hora pues el despacho hace un análisis a juicioso a lo que nos tiene acostumbrados respecto a la circunstancia fáctica frente a la situación de traslado de mi mandante lo que llevó a concluir en este caso que en efecto se produjo la ineficacia del mismo por la circunstancia de la nulidad, perdón, la falta de información y la omisión de la información y los precedentes judiciales que conocemos al respecto con lo cual yo agregaría en ese sentido para dar estudio en el Tribunal es que además de todo, de esa circunstancia de omisión de la información y de la proyección y de los elementos que conocemos del actuar por buena fe del artículo 98 del Decreto ... artículo 98 numeral cuarto original del estatuto orgánico del sistema financiero vigente a la fecha del traslado en concordancia con el artículo 1604 y 1624 del Código Civil, dan a traste a ello, debe considerarse además que cuando se produce el traslado al 2 de abril del año 95 mi mandante estaba excluida del sistema general de pensiones por el parágrafo del artículo 151 de la ley 100 del 1993 que bien lo refirió el despacho, para los funcionarios públicos del orden territorial entró a regir a partir del primero de julio del año 1995, por tanto, por esa otra circunstancia de igual forma es ineficaz ese traslado porque a esa fecha al 02 de abril del año 95 mi mandante estaba excluida de ese sistema pensional y, por tanto, no podría incluirse o vincularse al RAIS de esa manera por lo que acabo de señalar, parágrafo del artículo 151 de la Ley 100 del 93. Visto esa circunstancia pues en efecto obliga a lo que el despacho se ha pronunciado y es dejar sin efecto esa vinculación. Existe una interpretación frente al alcance de las pretensiones principales subsidiaria y veo que esa interpretación por obvias razones pues debe aplicarse en favorabilidad a mi mandante porque es una situación gramatical que hay allí y es que desde el punto de vista como está redactada la demanda tanto en hechos como en pretensiones, como pretensiones subsidiarias y como en los fundamentos de derecho, está enfocada es como pretensión 1 a dejar sin efecto la vinculación del traslado y que en consecuencia esa dejar sin efecto esa vinculación del traslado se retornen las cosas a su estado inicial, al estado inicial de cosas mejor y se efectúe el reconocimiento por parte de COLPENSIONES y frente a esa pretensión inicial 1 su principal que solicita que se deje sin efecto por la aplicación de la sentencia que allí conocemos o de las sentencias que allí se citan del año 2002, 2010 y 2013, se haga reconocimiento al ir a la pretensión subsidiaria se está refiriendo esa pretensión subsidiaria es que si no se puede declarar por la aplicación de estas sentencias la ineficacia o dejar sin efecto retornar al régimen, pues se haga por las sentencias que allí se citan y bajo las sentencias ... en particularidad tomar que es cumplir los 15 años a la fecha de entrada en vigencia que ya el despacho lo analiza a juiciosamente y determina que no es así, pues se entra a analizar la circunstancia de dejar sin efecto por la ineficacia del traslado bajo las dos circunstancias que hemos mencionado, la que consideró el despacho más la que leí hace un instante y bajo esta modalidad se dé sin efecto la vinculación, como es subsidiaria a la principal ¿qué obliga?, al resolver la pretensión subsidiaria principal que viene y, así lo señala, que viene para resolver como subsidiaria de la principal obliga a ... dejar sin efecto esa vinculación como pretensión subsidiaria 1 de la principal 1 por así decirlo, y de ahí en adelante seguir con el análisis de las pretensiones, esa es la lógica que se le puso disculpe a la demanda que es la que hemos usado en otras demandas en efecto donde se hace la acotación de que es la principal subsidiaria 1 de la principal 1 para que de ahí en adelante dejándose sin efecto aplicando esa pretensión, viendo la prosperidad de esa pretensión que viene de la 1 se desglose de ahí en adelante las demás pretensiones, por esa razón se redacta de esa manera, es la interpretación que la demanda lleva con ello, circunstancia que por prioridad de derecho sustancial respetuosamente solicitaría que se haga el análisis de la pretensión subsidiaria 1 enlazada como se está mencionado con la pretensión principal 1 y que al prosperar esa pretensión principal 1 de la subsidiaria pues téngase que resolverse las demás pretensiones de esa manera. Como se ve, es simplemente un juego de palabras gramaticales (la Juez interrumpe “doctor, si, ya lo ha explicado y creo que ya lleva harto explicándolo, ¿cuáles son sus argumentos de su disiento con la sentencia?”), ese es el foco justamente, y la pretensión y el problema jurídico principal, porque ese problema jurídico principal deviene de la circunstancia de que al estudiar entonces el reconocimiento de la prestación se observa que en efecto se tienen los tiempos bajo la Ley 71 del 88 o bajo el Decreto 759 del 90, sea aplicación directa o sea bajo la sentencia SU 769 del 2014 y al

También presentó recurso PORVENIR S.A. Pide que se revoque integralmente la sentencia de primera instancia y se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra, incluyendo la condena en costas. Aduce que no se demostraron vicios en el consentimiento que prestó la demandante para decidir su traslado de régimen, y la afiliada no hizo uso de su derecho de retracto, y por el contrario, ratificó su voluntad de afiliación en el RAIS con la permanencia de su vinculación durante 20 años y con los traslados entre fondos privados de dicho régimen Aduce que para el momento del traslado la demandante no tenía una expectativa cercana de causar pensión de vejez, pues comenzaba a construir su historia laboral, y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Además, considera que, de presentarse alguna causal de nulidad en la afiliación y traslado de la demandante, esta se encuentra saneada, y la cuenta de ahorro individual en dicho fondo se encuentra en 0, pues los saldos fueron trasladados a PROTECCIÓN S.A., y que no tuvo

completar las 500 semanas antes del 2006, antes de la fecha en que cumplió la edad para el reconocimiento de la prestación pensional, 2008 discúlpenme, antes del 2008 la fecha en que adquirió el estatus pensional por edad al cumplir esas 500 semanas antes de ese periodo pues permite aplicar la norma de transición que hemos estado alegando, lo cual conlleva entonces a establecer el reconocimiento desde la fecha de la última cotización que según el despacho y las pruebas que están dentro del expediente se señala que fue en diciembre del año 2014, siendo ello así, implicaría entonces que el reconocimiento debe hacerse a partir del primero de enero del 2015 en adelante, perdón, la fecha de efectividad, fecha de efectos fiscales primero de enero de 2015 periodo que hay que tener en consideración que como el derecho se causa en el 2008 implicaría que al tener menos de las 3 mesadas, permite la mesada catorce que es importante estudiarla pues porque su señoría el despacho va a observar, la prestación pensional de mi mandante no es muy alta según la liquidación que hicimos nosotros en su oportunidad da una prestación pensional para el año 2013 de \$1'251.634 lo cual implicaría que pues esto no es una prestación muy alta que permite por ello se hace el pedimento de que se haga ese análisis de la prestación pensional y del reconocimiento de la mesada catorce su señoría. Al igual forma se haga reconocimiento de la prestación pensional con la indexación, con los intereses de mora que allí se señalan y de no verse prosperidad de estas pretensiones que estamos comentando pues y por alguna circunstancia el despacho no tenga la aplicación de la pretensión subsidiaria 1 pues aplique las otras pretensiones que están allí subsidiarias bajo la pretensión 1 que permite pues seguir el análisis de las demás pretensiones principales como se ha estado argumentando en este sentido y que es el orden que vemos en esa medida su señoría con todo respeto, por esa razón se interpone recurso de apelación parcial para que procedan todas y cada una de las pretensiones elevadas con la demanda siendo parte integral de este recurso los hechos, pretensiones, consideraciones, pruebas solicitadas con la demanda prácticas y las alegaciones efectuadas en su oportunidad para que bajo el principio.. ello bajo el principio de consonancia para que bajo el principio de congruencia sean desarrollados cada uno de ellos su señoría, muchas gracias”.

injerencia en el traslado que hizo la demandante a dicho fondo –
PROTECCIÓN S.A. (CD 5, minuto 48:11)².

2 “Muchas gracias su señoría, en esta instancia me permito presentar recurso de apelación al fallo de primera instancia en los siguientes términos, así, recordemos que ordenar un traslado en las condiciones de la demandante donde no se evidencia ni prueba un vicio en el consentimiento, no hizo uso de su derecho de retracto conforme la facultad de la ley y caso contrario ha ratificado en más de veinte años su deseo de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual, resultaría totalmente contrario a las normas y regulaciones en la materia. Tenemos claro que para el momento de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual no tenía cumplido requisito alguno para acceder a una expectativa de pensión por vejez y esto en ningún régimen, tal y como lo estudió el despacho para el régimen de transición, es más, para poder consolidar un derecho le faltaban más de veinte años en cualquiera de los regímenes en el momento de su traslado. Está perfectamente demostrado la consciente aceptación libre, espontánea y sin presiones por parte de la demandante como prueba de esto aparte de la firma son las cotizaciones posteriores y que jamás efectuó ningún acto que demostrara su no aceptación o rechazo de afiliación y traslado. También tenemos claro que apenas comenzando la construcción de su vida laboral no se puede hablar de derechos adquiridos en ningún tiempo y bajo ninguna norma, no se podía hablar ni siquiera de un riesgo por traslado, recordemos que en cualquier régimen para concretar un derecho depende del afiliado y su comportamiento frente al sistema, obligaciones frente a su futuro pensional a través de la planeación y el ahorro, situación que tenía perfectamente clara la demandante al régimen de ahorro individual como se evidencia en las pruebas aportadas por cuanto realizó traslados entre fondos del mismo régimen, con cada traslado recibió adecuada asesoría por parte de cada fondo, esta actuación voluntaria desvirtúa totalmente lo manifestado por la demandante y su apoderado entorno al conocimiento del régimen de ahorro individual. Desde el inicio de la relación de afiliación mi representada brindó todo el soporte y asesoría suficiente incluso durante el tiempo ha continuado con el proceso de asesoría, prueba de esto son las múltiples campañas realizadas por diferentes medios de difusión como por ejemplo el 15 de enero de 2004 por el Diario de Circulación el Tiempo, es por esto que la demandante accedió a la posibilidad de realizar traslados entre los mismos fondos del régimen de ahorro individual, acceder a otros beneficios como en caso de fallecimiento el saldo de la cuenta de ahorro individual entra a formar parte de la masa sucesoral, entre otras, ventajas que no se dan en el régimen de prima media y que para alcanzarlos debe existir esfuerzos por parte del afiliado. Reiteramos que la ignorancia de la ley no es excusa tal y como ajustadamente lo indica la Corte Constitucional en sentencia C 993 de 2006 y los múltiples pronunciamientos del Tribunal Superior de Bogotá en sentencia radicación 2013 716, 2014 688 y muchos más casos de las mismas características del que nos atañe y es que no existió ningún vicio del consentimiento y más cuando el error sobre un punto del derecho no vicia el consentimiento. Ahora bien, recordemos que durante el tiempo de construcción del derecho por parte de la demandante no dio muestras de un deseo contrario a permanecer en el Régimen de Ahorro Individual, como hemos dicho, ha sido más de veinte años en los que ha ratificado su deseo de permanecer en dicho régimen, entonces, mal haría en invocar una nulidad de afiliación. Así las cosas, dicha supuesta dudosa nulidad no fue solamente saneada en el tiempo sino también fue ratificada por la misma demandante por intermedio de sus actos voluntarios conscientes y de aprobación, igualmente debemos tener en cuenta que si invocamos en el proceso una causal de nulidad también debemos traer sus formas de saneamiento conforme lo establece la ley y su forma de manifestarse como una ratificación expresa o tácita de las partes, finalmente, de lo anterior se puede concluir que mi representada no podría ser condenada a pretensión alguna y mucho menos en costas, tampoco una prestación solicitada formalmente en los términos de ley y como consecuencia no se han cumplido los procedimientos previos e indispensables para su reconocimiento. Recordemos que ante la solicitud de traslado entre fondos, Porvenir S.A. trasladó el valor de la cuenta de ahorro individual a la nueva AFP seleccionada por la misma demandante, es decir, Protección S.A. quedando la cuenta en ceros y sin que a la fecha tenga obligación alguna pendiente, deberá ser dicha AFP seleccionada quien deberá responder por las prestaciones que le puedan corresponder a 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 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 comenzó la vigencia del 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*

demandante, de igual forma, justificar qué ha pasado con la reclamación solicitada sobre su solicitud pensional. De igual forma y acudiendo a lo manifestado por el mismo apoderado de la demandante dentro de su apelación, es importante que tengamos en cuenta lo siguiente, conforme él mismo lo determina se debe atender a lo escrito en la demanda y si hacemos una atención minuciosa a su escrito aun cuando la AFP PORVENIR fue citado en calidad de litisconsorte por la afiliación en primera instancia, las pretensiones subsidiarias se encuentran encaminadas tal y como se redacta textualmente a la afiliación de PROTECCIÓN, situación que se corrobora por el mismo apoderado de la demandante al no reformar la demanda, Porvenir no tiene injerencia con relación al traslado y afiliación a Protección como fue el deseo de la demandante, así las cosas, por lo anteriormente expuesto y con base en el material probatorio, solicito respetuosamente a los honorables magistrados del alto Tribunal que se revoque integralmente el fallo de primera instancia y, en su lugar, se absuelva de todas y cada una de las cargas a mi representada declarando que Porvenir S.A. ha actuado con profesionalismo acorde con la legalidad y el principio de buena fe, no siendo pertinente que se le condene ni siquiera a costas algunas, muchas gracias”.

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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que la demandante se afilió al Fondo de Pensiones tenía 42 años de edad y había cotizado 602,86 semanas³, y para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 11 años, 3 meses y 20 días)⁴.

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

Cabe advertir que no se puede tomar como fecha de entrada en vigencia del Régimen de Seguridad Social en Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993, en el caso de la demandante, el 30 de junio de 1995, como se reclama en la demanda, pues según lo dispuesto en el Parágrafo del artículo 151 de

³ Según la certificación laboral expedida por la ESE HOSPITAL ISABEL CATÓLICA obrante a folios 18 y 19, y la historia laboral allegada por COLPENSIONES con el expediente administrativo CD 3.

⁴ *Ibidem*.

esa misma Ley el Sistema General de Pensiones entraría en vigencia para los servidores públicos del nivel departamental, municipal y distrital en la fecha que determine la respectiva autoridad gubernamental y a más tardar el 30 de junio de 1995, y no se demostró que en el caso de la demandante el Sistema General de Pensiones hubiese entrado en vigencia en una fecha diferente, y de todas formas solo tenía 12 años, 2 meses y 20 días de tiempo de servicios⁵ para el 30 de junio de 1995 (es decir, menos de 15 años).

No obstante, 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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶ ⁷, según el cual, se debe declarar la

⁵ Ibídem.

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,*

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's han tenido siempre la obligación de brindar información 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“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) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable *“en*

estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y 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” (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 la AFP PORVENIR (dada la fusión por absorción de la AFP COLPATRIA) no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Por ello la afiliación al RAIS no se consolidó, y podrá conservar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, si se tiene en cuenta que para el 1° de abril de 1994 (entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993) tenía 41 años de edad.

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”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 20 de abril de 1995 a COLPATRIA, hoy PORVENIR, y posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 19 de septiembre de 2008 – ver formularios de afiliación a folios 184 y 259 del plenario).

Se confirmará también la condena en costas 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, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver folios 268 a 284).

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para (i) ordenar la devolución de los gastos de administración que cobraron los fondos privados durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en cada uno de dichos fondos, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (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 la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO); y, (ii) para declarar que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

No procede el reconocimiento judicial de la pensión en este momento, pues como lo concluyó la juez de primera instancia, dicha pretensión forma parte de las pretensiones principales de la demanda, esto es, del traslado automático al RPM en aplicación de las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, entre otras, y así se determinó en la fijación del litigio (audiencia celebrada el 1° de marzo de 2019 – CD 2). Pero de todas formas y dado que COLPENSIONES tiene a cargo la obligación pensional de la demandante, el pago de la prestación solo se le puede reclamar cuando se haya hecho efectiva la anulación del traslado con la devolución de los aportes que la financiarán. Según lo dicho en esta **sentencia**, no se puede endilgar a COLPENSIONES responsabilidad alguna en las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encontró cometidas por los Fondos de Pensiones. Una vez recibidos los aportes, podrá COLPENSIONES definir si el derecho se causa y el monto de la mesada, conforme a la actualización y consolidación de la historial de cotizaciones.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

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 CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN SA a devolver los gastos de administración que cobraron durante la permanencia de CARMEN ELISA GUTIÉRREZ AGUIRRE en cada uno de los fondos privados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho a cargo de PORVENIR S.A.



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 GILMA BERNAL CARO CONTRA LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (OFICINA DE BONOS PENSIONALES), COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la última entidad, la sentencia dictada el 25 de febrero de 2020 por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora María Elena Fierro García, con T.P. 291.785 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (ver folio 143).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARTHA GILMA BERNAL CARO presentó demanda contra el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (Oficina de Bonos Pensionales), la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral

se ordene a COLFONDOS pagar, por devolución de saldos, el valor del bono pensional que corresponde a los periodos de cotización que efectuó al ISS, hoy COLPENSIONES, bono que debe ser emitido y pagado por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. Afirma que la devolución de aportes por servicios a empleadores del sector privados que cotizó inicialmente al ISS y posteriormente a la AFP COLFONDOS es compatible con la pensión de jubilación reconocida en su favor por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, pues se trata de un régimen exceptuado del Sistema de Seguridad Social Integral (ver demanda en folios 3 a 12 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que las administradoras del RAIS deben adelantar por cuenta del afiliado el trámite para el reconocimiento de bonos pensionales, e informó que la actora cotizó 702 semanas al ISS, hoy COLPENSIONES, por lo que sería acreedora de un bono pensional Tipo A, el cual debe ser redimido a través de su fondo pensional. Propuso como excepciones: *prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe* y la *declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 48 a 51 del plenario).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderada. No se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que la AFP no ha negado la devolución de saldos que reclama la actora, y por ello, en el escenario en que se determine que tiene derecho a la liquidación del bono pensional por los tiempos que cotizó al ISS, hoy COLPENSIONES, adelantará las gestiones para la redención de dicho bono. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A., falta de causa para pedir, prescripción y caducidad, pago y compensación, buena fe* y la *innominada o genérica* (ver contestación en folios 75 a 84 del expediente).

Igualmente contestó la demanda el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el pago del bono pensional que se reclama no es compatible con la pensión de jubilación reconocida por el Magisterio, pues ambas prestaciones se financian con recursos públicos de la Nación y su reconocimiento estaría en contra de la prohibición constitucional de percibir más de una asignación que provenga del tesoro público, establecida en el artículo 128 de la Constitución Política. Además, considera que la afiliación de la actora en el RAIS es inválida, pues se trata de una afiliada forzosa del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por lo que se encontraba excluida del Sistema General de Pensiones establecido en la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones *inexistencia de la obligación a cargo de La Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público y la genérica* (ver contestación en folios 104 a 114 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de febrero de 2020, a través de la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a liquidar y pagar el bono pensional tipo A en favor de la actora, por los periodos de aportes que efectuó en el Régimen de Prima Media al ISS, hoy COLPENSIONES, y CONDENÓ a COLFONDOS S.A. a que una vez reciba el pago del bono pensional, proceda a realizar la devolución de los saldos o las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ORDENAR a LA NACIÓN MINISTERIO HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a través de la Oficina de Bonos Pensionales, proceda a la liquidación y pago a favor de LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS del bono pensional por los tiempos cotizados por la demandante ante el régimen de prima media con prestación definida a través de la administradora del INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS a que una vez reciba lo correspondiente a este bono pensional por parte de LA*

NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, proceda a realizar la devolución de los saldos o sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante MARTHA GILMA BERNAL CARO, incluidos entonces los aportes propios, el bono pensional y los rendimientos financieros que tenga para ese momento de la devolución de estos saldos que obren en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante. TERCERO ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción y frente a ellas DECLARAR demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y falta de legitimación en la causa por pasiva. CUARTO: ABSOLVER a todas las demandas de las demás prestaciones invocadas en la presentación, específicamente en cuanto a que se pague estos saldos esta devolución de saldos con la correspondiente indexación conforme a lo expuesto en la parte motiva, y DECLARAR no demostradas las excepciones propuestas por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y COLFONDOS conforme a lo expuesto en la parte motiva. QUINTO: CONDENAR en costas a la parte actora a favor de COLPENSIONES, para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un SMLMV; CONDENAR en costas al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a favor de la parte demandante para el efecto se fija como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a 2 SMLMV para el año 2020; y sin costas a favor ni en contra de COLFONDOS conforme a lo expuesto en la parte motiva. SEXTO. si la presente Providencia no fue impugnada y dada la naturaleza jurídica de LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se remitirá las diligencias al Superior para que las revise en el grado jurisdiccional de consulta” (CD 3, minuto 55:23).

Para tomar su decisión, el Juez concluyó que la entidad competente para emitir el bono pensional que corresponde a los tiempos cotizados por la demandante en el ISS, hoy COLPENSIONES, y trasladarlos a la administradora en la que actualmente se encuentra afiliada la demandante, es el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, y advirtió que dicho bono no es incompatible con la pensión de jubilación que percibe la demandante pues las

cotizaciones a pensión no tienen el carácter de recursos públicos si se tiene en cuenta que se conforman con aportes que hacen los mismos trabajadores y sus empleadores. Dado que COLPENSIONES no tiene ninguna responsabilidad a cargo, condenó en COSTAS a la parte actora en favor de dicha entidad.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la decisión propusieron recurso de apelación la demandante y el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

La demandante pide que se revoque la condena en costas pues no actuó con temeridad ni mala fe, y presentó la demanda contra ella por ser la administradora a la cual efectuaron sus aportes con empleadores privados (CD 3, minuto 58:26)¹.

El MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia, pues la pensión del magisterio no es compatible con las prestaciones otorgadas en el RAIS en la medida en que los recursos que se derivan del bono pensional tienen origen eminentemente público. Además, considera que el fallo dictado en primera instancia desconoce los principios de seguridad social, solidaridad, eficiencia y estabilidad financiera del Sistema, los cuales se deben armonizar con el nuevo modelo de protección para la vejez propuesto por el Ministerio del Trabajo, dadas las problemáticas por las que atraviesa el Sistema General de Pensiones, y advirtió que el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso la expiración de los regímenes exceptuados a partir del 31 de julio de 2010, por lo que el

¹ *“Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación, teniendo en cuenta que fue condenada esta parte en costas por haber absuelto a la entidad demandada COLPENSIONES. Por lo que ruego a los Honorables Magistrados se absuelva de esto a esta parte, toda vez que esta parte no actuó con temeridad y mala fe y se demandó precisamente a COLPENSIONES en razón a que fue la primera entidad donde la parte demandante realizó cotizaciones por haber prestado servicios con entidades privadas. De esta forma dejo sustentado el recurso de apelación y ruego al H. Magistrado se absuelva de esta condena a esta parte muchas gracias”.*

régimen aplicable a la actora es el establecido en la Ley 812 de 2003 (CD 3, minuto 59:20)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

² “Su señoría estando en el término oportuno, interpongo recurso de apelación a la sentencia que se acaba de proferir de la siguiente manera. El fallo desconoce principios de la seguridad social como el de solidaridad que exige la ayuda mutua entre las personas bajo el principio del más fuerte hacia el más débil, destinando los recursos provenientes del erario en el sistema de seguridad a los grupos de población más vulnerables, y el principio de eficiencia cuyo propósito consiste en lograr mejor uso económico y financiero de los recursos disponibles para asegurar el reconocimiento y pago de una forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios que da derecho a la seguridad social. De igual manera, desconoce el principio de estabilidad financiera incorporado en la Constitución Política a través del Acto Legislativo 01 de 2005, mediante la cual exige la preservación del equilibrio financiero del sistema. Lo anterior también debe armonizarse con el nuevo modelo de protección para la vejez propuesto por el Ministerio de Trabajo, de acuerdo con este modelo se pone en evidencia que el problema actual del Sistema se debe a tres aspectos: el primero la baja cobertura segundo la desigualdad y tercero la inequidad y la sostenibilidad del sistema. Actualmente en el Sistema Pensional se dice que solo uno de cada diez colombianos llegan a pensionarse y el costo fiscal pensional continúa siendo alto. El fallo proferido no puede desconocer principios de la seguridad social y la problemática actual del sistema general de pensiones, ni la voluntad del legislador y del Constituyente, derogada del Poder del acto legislativo 01 de 2005, lo cual de acuerdo de acuerdo con la Corte Constitucional el fin fue unificar los regímenes pensionales con el propósito de: primero Genera la existencia de regímenes con ventajas desproporcionadas para ciertos grupos de pensionados financiados de recursos del erario con miras a garantizar los principios de igualdad y solidaridad. Segundo: eliminar los altos subsidios públicos que tales beneficios se ponen con el fin de liberar recursos para el cumplimiento de los fines de la seguridad social y del Estado social de derecho y la sostenibilidad financiera del sistema y tercero: Establecer reglas únicas que además permitan hacer mejores promociones dirigidas a la sostenibilidad del sistema de pensiones eso es en la sentencia C 253 del año 2013. De igual manera, el acto legislativo 01 de 2005, impuso una caducidad a los regímenes exceptuados a través de una Condición Resolutoria de expiración de los mismos en el tiempo, disponiendo que los mismos expiran el 31 de julio de 2010. De acuerdo con lo dispuesto en el parágrafo transitorio número 1 del acto legislativo 01 de 2005 se puede establecer que el régimen pensional de la demandante es el dispuesto en el artículo 81 de la ley 812 del 2003, norma que para remitir al régimen anterior obliga a lo dispuesto en la ley 91 del 89 y el decreto 758 del 90 que reglamenta los beneficios pensionales por cotizaciones ISS. Por último, en relación con los antecedentes jurisprudenciales, es del caso señalar que los mismos se encuentran soportados en el hecho de considerarse compatible la pensión del magisterio a cargo de la nación, con una pensión otorgada por el instituto de los seguros sociales hoy COLPENSIONES, por cuanto se ha considerado que el fondo común que dicho instituto administra, no es de naturaleza pública, por ende las cotizaciones realizadas al ISS no gozan de esa calidad. Adicionalmente, en otra sentencia, se ha señalado que la pensión del magisterio también puede ser compatible con aquellas que debe asumir el empleador por omisión de afiliación. Sin embargo no ocurre lo mismo cuando se trata de prestaciones, en especial de vejez, pensión o devolución de saldos otorgadas por el régimen de ahorro individual con solidaridad administrados por los fondos de pensiones AFP, ya que el mecanismo de financiación de esta se deben en gran parte por la calidad de los recursos obtengan por concepto de bono pensional, beneficio que conforme a la normatividad estudiada tienen origen eminentemente público, es decir que el monto que por dicho concepto corresponde se reconoce con cargo a los recursos públicos que se giren por parte del tesoro público. De esta manera dejó sustentado mi recurso de apelación por el fallo proferido por su despacho. Muchas gracias”.

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que la demandante se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad el 25 de septiembre del año 2000 (ver formulario de afiliación a folio 85); (ii) que efectuó cotizaciones al ISS, hoy COLPENSIONES, con anterioridad a su traslado del RPM, entre el 1° de febrero de 1982 y el 31 de diciembre de 2000 (ver historia laboral allegada por COLPENSIONES con el expediente administrativo – CD 2, e historia válida para bono pensional allegada por el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a folios 118 y 119 del plenario); y, (iii) que mediante la Resolución 4208 del 19 de junio de 2014 el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconoció pensión de jubilación en su favor a partir del 8 de septiembre de 2013, en cuantía inicial de \$2.034.833, por la prestación de servicios como docente oficial (ver resolución en folios 36 a 38).

La controversia que plantea el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO versa sobre la procedencia o no de devolución de saldos del Sistema de pensiones incluyendo el bono pensional que corresponde a semanas que cotizó la demandante al ISS, hoy COLPENSIONES, antes de su traslado al RAIS.

En la situación referida, para decidir las pretensiones de la demandante se debe recordar que el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y advierte claramente que las “*prestaciones a cargo [DE DICHO FONDO] serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*”. En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, por servicios docentes, se pueden recibir simultáneamente con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la ley 100 de 1993.

Sobre la materia se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de forma reiterada. En la sentencia con radicado No. 40848 del 6 de diciembre de 2011, la Corte afirma que los reglamentos del ISS no limitaron la obligación de los empleadores de afiliarse al Sistema de pensiones a docentes que presten servicios en centros educativos de carácter particular, por el contrario, estos servidores son afiliados *forzosos* del sistema, y por ello bien pueden causar las pensiones que nacen de sus aportes. Advirtió la Corte en dicha sentencia que los pagos efectuados por el ISS a sus afiliados no constituyen asignaciones del tesoro público³. Sobre esto último resulta particularmente claro el artículo 13 literal m) de la Ley 100 de 1993: *“Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”*.

También ha dicho esa corporación frente a la posibilidad de emitir bono pensional para financiar una eventual pensión de vejez, que es plenamente compatible la emisión y redención de dicho título con la pensión de jubilación oficial, pues dada la *“calidad de docente oficial y estar excluida del Sistema Integral de Seguridad Social (...), a la demandante le resultaba válido sus servicios en establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ellos, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, con la posibilidad de que dichos aportes fueran trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de un bono pensional”* (Sentencia SL 451 de 2013, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), de lo cual resulta la posibilidad de *“incluir el bono pensional causado*

³ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego: *“(…) los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo”*. El anterior precedente ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 451 del 17 de julio de 2013 (M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), en la cual se concluyó la procedencia de haber la *devolución de saldos* en favor de una persona que percibía pensión de jubilación por la prestación de servicios como docente oficial.

por aportes al Instituto de Seguros Sociales, dentro de la devolución de saldos”.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales se advierte que los aportes efectuados por la demandante al Sistema de Pensiones (ISS) corresponden a servicios prestados a instituciones de carácter privado entre el 1 de febrero de 1982 y el 31 de diciembre de 2000 (Colegio Nuestra Señora de la Paz, Sociedad Educativa Colegio Anglo Americano y Corporación San Isidro – ver folios 33 y 118), y que dichos periodos no tuvieron incidencia en el reconocimiento de la pensión a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, sin que importe para enervar la conclusión a la que arribó el juez, la extinción del régimen exceptuado de los docentes oficiales por disposición del Acto Legislativo 01 de 2005, pues el párrafo transitorio No 1 de dicha enmienda constitucional estableció la continuidad del régimen exceptuado para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que se encontraban vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003), como ocurrió con la demandante quien se vinculó el 12 de abril de 1996 (ver folios 37 y 90 del plenario).

Se confirmará entonces la sentencia apelada, incluso en cuanto ordenó al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO (Oficina de Bonos Pensionales) la liquidación y pago del bono pensional, pues a tenor de lo establecido en el artículo 16 del Decreto 1299 de 1994, le corresponde a dicha entidad el reconocimiento, liquidación, emisión y pago de bono pensional y cuotas partes a cargo de la Nación⁴. Igualmente se confirmará en cuanto ordenó la devolución de saldos en favor de la demandante una vez ingrese el

⁴ Si bien el inciso 3° de dicha norma establece que el ISS, hoy COLPENSIONES, debe contribuir en la financiación del bono pensional con la cuota parte que corresponde a los tiempos cotizados a partir del 1° de abril de 1994 y hasta la fecha del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, es la NACIÓN (a través de la Oficina de Bonos Pensionales del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO) quien debe expedir el bono pensional por la totalidad de su valor.

valor del bono pensional a la cuenta de ahorro individual, pues esta materia no fue objetada por ninguna de las partes.

No obstante, se revocará la decisión apelada en cuanto condenó en COSTAS a la parte demandante, pues el artículo 365 del CGP impone el pago de las costas del proceso a la parte que resulte vencida y en este proceso se resolvieron de manera favorable todas las pretensiones propuestas en la demanda por la parte actora.

Por el resultado de los recursos, las COSTAS en la apelación corren a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada, salvo el numeral quinto que se **REVOCA** parcialmente en cuanto condenó en COSTAS a la parte actora.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.


NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000), como agencias en derecho de segunda instancia cargo del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO


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 JOSUE ARDILA DUARTE CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 18 de febrero de 2020 por el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Maria Elena Fierro García, con T.P. 291.785 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (ver folio 69).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSE ARDILA DUARTE presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca pensión de vejez establecida con base en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Aduce que COLPENSIONES le negó el derecho bajo el argumento de que nadie puede percibir dos asignaciones del tesoro público, pese a que cumple el requisito de edad, cotizó una densidad de 1556 semanas al ISS, hoy COLPENSIONES, y dichos aportes se

efectuaron a través de instituciones educativas de carácter privado. Pide que se reconozca la pensión a partir del 14 de agosto de 2017, junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (ver demanda en folios 3 a 13 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que recibe pensión de jubilación del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG y ella es incompatible con la pensión de vejez que reclama, pues a partir de la Ley 812 de 2003 se dispuso la inclusión de los docentes en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. No obstante, advierte que sí habría lugar al pago de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez. Propuso como excepciones: *prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 33 a 43 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de febrero de 2020, a través de la cual el Juez Quince (15) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar al actor la pensión de vejez con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del señor demandante JOSUE ARDILA DUARTE de la pensión de vejez prevista en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, la cuál será pagadera a partir del momento en que se acredite efectivamente el retiro del Sistema General de Pensiones, en esta prestación personal se tendrá en cuenta para su liquidación lo dispuesto en la ley 797 de 2003, en cuanto al número total de semanas cotizadas para obtener la tasa de reemplazo, igualmente se deberá obtener o liquidar con base en el IBL más alto que genere, tener en cuenta los tiempos cotizados del IBL base de cotización por toda la vida laboral y por los*

últimos 10 años, el más favorable, y se aplicara la tasa de reemplazo que se obtenga con base en las semanas efectivamente cotizadas. Todo lo anterior entonces conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: ABSOLVER a la parte demandada del reconocimiento de intereses moratorios e indexación solicitas por la parte actora, y en estos términos, si CONDENAR en COSTAS y para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a un SMLMV para el año 2020. TERCERO: Si la presente providencia no fuere impugnada y dado resultado desfavorable, y la naturaleza jurídica de COLPENSIONES, se remitirán superior para efectos de que la revise en el grado jurisdiccional de consulta” (CD 2, minuto 41:34).

Para tomar su decisión, el Juez concluyó que el actor cumplió los requisitos para acceder a una pensión de vejez en el Sistema General de Pensiones a cargo de COLPENSIONES, y que dicha prestación es compatible con la pensión de jubilación que el demandante percibe del FOMAG, pues los aportes con que se financió no tienen el carácter de recursos públicos en la medida en que son por los mismos trabajadores y por sus empleadores. Reconoció el derecho a partir del 14 de agosto de 2017, y condicionó su pago al momento en el que se haga el retiro efectivo del Sistema, pues durante el transcurso del proceso el demandante siguió efectuando cotizaciones. Por ello tampoco liquidó el valor de la mesada a pagar, advirtiendo que para ese efecto se debe tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada.

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del CPT y SS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución 3078 del 13 de junio de 2011 la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ y el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconocieron pensión de jubilación a favor del demandante, a partir del 12 de enero de 2011 en cuantía inicial de \$1.456.979, por la prestación de sus servicios como docente oficial (ver resolución en el expediente administrativo aportado por COLPENSIONES – CD 1 del plenario).

Tampoco se controvertió que JOSUE ARDILA DUARTE ha cotizado a COLPENSIONES 1590,43 semanas de aportes por servicios prestados a instituciones privadas de educación (Colegio Pompilio Calderón, Cooperativa de Asmed, Universidad Libre y Universidad Santo Tomás) entre el 2 de febrero de 1983 y el 31 de julio de 2019. De este hecho da cuenta, además, la historia laboral allegada por la entidad demandada y visible en folios 55 a 63 del plenario y el expediente administrativo –CD 1.

En la situación referida, para decidir las pretensiones del demandante se debe recordar que el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, y advierte claramente que las “*prestaciones a cargo [DE DICHO FONDO] serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*”.

En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, por servicios docentes, se pueden recibir simultáneamente con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la ley 100 de 1993. Sobre la materia se ha pronunciado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de forma reiterada. En la sentencia con radicado No. 40848 del 6 de diciembre de 2011, la Corte afirma que los reglamentos del ISS no limitaron la obligación de los empleadores de afiliar al Sistema de pensiones a docentes que presten servicios en centros educativos de carácter particular, por el contrario, estos

servidores son afiliados *forzosos* del sistema, y por ello bien pueden causar las pensiones que nacen de sus aportes. Advirtió la Corte en dicha sentencia que los pagos efectuados por el ISS a sus afiliados no constituyen asignaciones del tesoro público¹. Sobre esto último resulta particularmente claro el artículo 13 literal m) de la Ley 100 de 1993: *“Los recursos del Sistema General de Pensiones están destinados exclusivamente a dicho sistema y no pertenecen a la Nación, ni a las entidades que los administran”*.

Lo anterior, no fue modificado con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues el parágrafo transitorio No1 de dicha normatividad establece la aplicación del régimen exceptuado de los afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a los docentes oficiales que se encontraban vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003² (26 de junio de 2003), como ocurre en el proceso bajo estudio si se tiene en cuenta que el demandante se vinculó en dicho Fondo el 13 de julio de 1993 como consta en la Resolución que reconoció la pensión de jubilación (obrante en el expediente administrativo – CD 1).

En este orden de ideas y dado que el derecho pensional que se reclama en este expediente es compatible con la pensión de jubilación que actualmente devenga el demandante, pues cuando se causó le era aplicable el régimen de

¹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego: *“(...) los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo”*. El anterior precedente ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 451 del 17 de julio de 2013 (M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), en la cual se concluyó la procedencia de haber la *devolución de saldos* en favor de una persona que percibía pensión de jubilación por la prestación de servicios como docente oficial.

² *“El régimen de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”*

excepción de los docentes oficiales, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia.

Tal como lo definió el juez, el actor demostró los requisitos de acceso a la pensión de vejez que regula el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003. Según esta norma tiene derecho a pensión de vejez los hombres que cumplan 62 años de edad si acreditan *“haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”*. El demandante cumplió 62 años de edad el 14 de agosto de 2017 (según la cédula de ciudadanía que obra en el folio 14), y para ese momento había efectuado 1483.3 semanas de cotización al Sistema de pensiones.

La densidad de cotizaciones se obtiene de la historia laboral allegada por la demandada (folios 55 a 63 y expediente administrativo – CD 1) y corresponde a servicios prestados a instituciones de carácter privado que no tuvieron incidencia para el reconocimiento pensional a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (como se dijo antes).

Igualmente se confirmará la decisión dictada en primera instancia (i) en cuanto dispuso el pago de la prestación a partir del momento en que se acredite el retiro efectivo del sistema, pues se está conociendo en consulta en favor de COLPENSIONES y no se puede agravar su interés en la segunda instancia; (ii) en cuanto se abstuvo de tasar el valor de la mesada pues en ese escenario se debe tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada para definir el valor de la mesada pensional a cargo del Sistema General de Pensiones; (iii) en cuanto dispuso aplicar al IBL la tasa de reemplazo que corresponda bajo los parámetros establecidos en el artículo 10 de la Ley 797 de 2003; y (iv) en cuanto dispuso el pago de la prestación sobre 13 mesadas anuales conforme lo dispuesto en el inciso 8 y párrafo 6 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, pues la prestación se causó después del 31 de

julio de 2011, límite establecido en dicha normatividad para acceder a la mesada adicional de junio.

SIN COSTAS en la consulta.

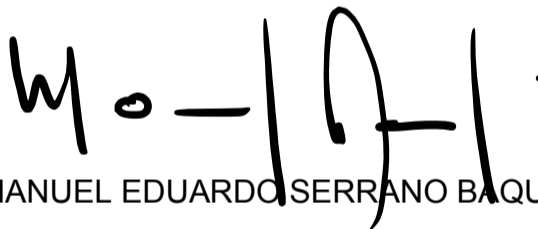
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

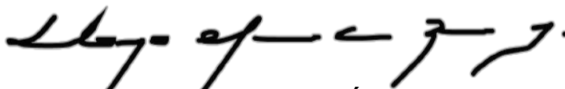
1. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia.
2. **SIN COSTAS** en la CONSULTA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE MERCEDES MEDINA NIZ CONTRA EL FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA Y ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARDONA (tercera *ad excludendum*)

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor del FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, la sentencia dictada el 9 de marzo de 2020 por el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MERCEDES MEDINA NIZ presentó demanda contra el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca la sustitución de la pensión de vejez causada por su compañero permanente, LUIS EVENCIO CARDONA BARRERA, por haber convivido en unión libre y de manera ininterrumpida desde el 8 de febrero de 1994 hasta el momento de su muerte el 22 de marzo de 2013 (es decir, durante 19 años). Afirma que la pensión le fue negada por la entidad con base en que una tercera persona (ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARDONA) se presentó a reclamar el derecho pensional en calidad de cónyuge supérstite del fallecido (ver demanda en folios 1 a 6).

EL FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA contestó la demanda mediante apoderada. Aduce que conforme lo establecido en la Resolución No. 1699 del 16 de julio de 2014 se dejó en suspenso el derecho a la sustitución de la pensión causada por LUIS EVENCIO CARDONA BARRERA, a fin de que la autoridad judicial resuelva el conflicto de beneficiarias entre MERCEDES MEDINA NIZ (compañera permanente) y ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARDONA (cónyuge supérstite). Propuso como excepciones previas *falta de competencia y falta de integración del litis consorcio necesario* y como excepciones de mérito *prescripción* y la *innominada o genérica* (folios 53 a 60).

El Juez de primera instancia integró la litis con ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARDONA (ver folio 90), quien mediante apoderada contestó la demanda de MERCEDES MEDINA NIZ, y presentó demanda como *interviniente ad excludendum*. Solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional en su favor, en calidad de cónyuge supérstite de LUIS EVENCIO CARDONA BARRERA con quien contrajo matrimonio el 5 de junio de 1966 y procreó cuatro hijos. Se opuso a la prosperidad de la demanda instaurada por MERCEDES MEDINA NIZ, pues si bien entre ella y el causante existió una relación sentimental, ésta no tuvo vocación de permanencia ni continuidad. Propuso como excepción de mérito *existencia de simultaneidad de convivencia* (ver contestación en folios 114 a 117 y 170 a 175 y ver demanda en folios 142 a 153 y 161 a 164).

El apoderado de la demandante MERCEDES MEDINA NIZ, contestó la demanda presentada por la interviniente *ad excludendum*. Se opuso a la prosperidad de sus pretensiones con fundamento en que, si bien conocía de la relación matrimonial que existió entre ROSA ELVIRA PÉREZ CARDONA y LUIS EVENCIO CARDONA BARRERA, dicha relación se encontraba deteriorada y era nula cuando comenzó la unión marital entre ella y el causante, el 8 de febrero de 1994, como muestra de ello obra prueba de que pasó a ser beneficiaria de los servicios de salud del fallecido a partir del 24 de

septiembre de 1998. Propuso la excepción de *falta de legitimación en la causa por activa del tercero ad-excludendum* (ver contestación en folios 199 a 204).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de marzo de 2020, a través de la cual el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ al FONDO PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES a pagar pensión de sobrevivientes en favor de MERCEDES MEDINA NIZ (compañera permanente) en proporción del 35.6% de la prestación, y en favor de ROSA ELVIRA PÉREZ CARDONA (cónyuge supérstite) en proporción del 64.39%. Para tomar su decisión, encontró probada convivencia de la cónyuge (ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARONA) con el causante entre el 5 de junio de 1966 y el 31 de diciembre del año 2000, es decir por más de 5 años anteriores a la separación de hecho, y con la compañera permanente (MERCEDES MEDINA NIZ) entre el 8 de febrero de 1994 y el fallecimiento, también más de 5 años anteriores a la muerte del causante. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que la señora ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARDONA con cédula de ciudadanía número 37.807.897 en calidad de cónyuge supérstite y la señora MERCEDES MEDINA NIZ con cédula de ciudadanía número 26.765.100 son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes por la muerte del fallecido pensionado LUIS EVENCIO CARDONA BARRERA conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONAL DE COLOMBIA, a reconocer y pagar a las señoras ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARDONA y MERCEDES MEDINA NIZ, la pensión de sobrevivientes declarada en el numeral primero que antecede, en cuantía de 64.39% en favor de la cónyuge supérstite ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARDONA y en un porcentaje de 35.6% en favor de la compañera permanente supérstite señora MERCEDES MEDINA NIZ junto con sus respectivos reajustes anuales de ley, mesadas adicionales a que haya lugar y a partir del día siguiente del fallecimiento del causante, esto es, a partir del día 23 de marzo de 2013, retroactivo de mesadas que deberá ser pago de manera indexada conforme a los índices de precios al consumidor certificados por el DANE en la forma precisada en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: DECLÁRESE que teniendo en cuenta la concurrencia de las beneficiarias de la pensión de sobrevivientes aquí declarada, la cuota que corresponde a cada una de ellas acrece conforme a la ley en favor de la concurrente conforme a las causas de ley que hagan perder el derecho a algunas de ellas. CUARTO: DECLÁRESE que el monto de la pensión de sobrevivientes corresponde al valor de la última mesada pensional que devengó el fallecido LUIS EVENCIO CARDONA BARRERA. QUINTO: el Juzgado DECLARA parcialmente probada la excepción que propuso la señora ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARDONA denominada existencia de simultaneidad de convivencia y DECLARA NO PROBADAS las demás excepciones propuesta por aquella y por el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES. SEXTO: sin CONDENA en costas en la presente instancia conforme lo considerado en la parte motiva” (CD 5, minuto 40:58).

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta la consulta con base en el artículo 69 del CPT y SS, grado jurisdiccional que pasa a definir la Sala, estudiando *únicamente* los aspectos de la sentencia que le fueron desfavorables al Fondo mencionado.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes al proceso: **i)** que LUIS EVENCIO CARDONA BARRERA, falleció el 22 de marzo de 2013 (folios 12 y 191) momento para el cual gozaba de pensión legal de vejez reconocida mediante la Resolución No. 511 del 4 de junio de 1985 (ver antecedentes Resolución 1699 del 16 de julio de 2014 – ver folio 20); y, **ii)** que LUIS EVENCIO CARDONA contrajo matrimonio con ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARDONA el 5 de junio de 1966, y que la sociedad no se había disuelto para la fecha de la muerte del causante (ver registro civil de matrimonio a folio 121).

Así las cosas, para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, a la cónyuge o a la compañera permanente superviviente del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco años antes del óbito.

Sin embargo, dice la norma, cuando existe cónyuge con sociedad conyugal no disuelta y compañera permanente que disputa el derecho a suceder al causante -como ocurre en el caso bajo estudio-, la pensión se debe dividir entre ellas en forma proporcional al tiempo de convivencia que cada una hubiera mantenido con el fallecido durante toda su vida, si dentro de los (5) cinco años anteriores a la muerte el pensionado mantuvo convivencia simultánea con la cónyuge y la compañera permanente con derecho a sucederlo [por haber convivido con él más de 5 años]; o si dentro de los cinco años anteriores a la muerte el afiliado o pensionado mantuvo convivencia exclusiva con la compañera permanente, pero con la cónyuge subsiste la sociedad conyugal y convivió con ella por lo menos 5 años en cualquier época¹.

En la última situación referida se encontraban las partes en este proceso, pues las pruebas allegadas demuestran convivencia del causante con la esposa por más de 5 años y sociedad conyugal vigente para la fecha de la muerte, y convivencia con la compañera permanente por más de 5 años inmediatamente anteriores a la muerte. Se llega a esta conclusión respecto de la cónyuge (interviniente *ad excludendum*) al observar: i) el registro civil de matrimonio que obra en folio 121, y ii) los testimonios rendidos por ELOINA PÁEZ GUZMÁN, ELVIRA MIRANDA PÉREZ y AMIRA OCHO (amigas y vecinas de ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARDONA y el causante - CD 3, minutos 49:23, hora 1 minuto 3:06, y hora 1 minuto 18:23 respectivamente) quienes indicaron que ROSA ELVIRA PÉREZ DE CARDONA contrajo matrimonio con LUIS

¹Sentencia del 5 junio de 2012 de la Sala laboral de la CSJ rad 42631 MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE

EVENCIO CARDONA en el año 1966, que tuvieron cuatro hijos y que solo se separaron cuando el causante se fue a trabajar a otro lugar (la Gamarra - Aguachica) y consiguió a otra mujer, a principios del año 2000 según lo afirma la testigo AMIRA OCHOA.

En igual sentido la convivencia entre el causante y la demandante MERCEDES MEDINA NIZ fue reconocida por ROSA ELVIRA PÉREZ CARDONA (cónyuge supérstite e interviniente *ad excludendum*) en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso (CD 3, minuto 35:53) al manifestar que su esposo se fue a trabajar a la Gamarra en el año 2000, que allá convivió con MERCEDES MEDINA durante por lo menos los últimos 12 años anteriores al fallecimiento, y que para la fecha de la muerte se encontraba viviendo con ella; y con las declaraciones extraproceso rendidas por ABELARDO ZABALA CAÑIZALES y JULIO OSCAR PURIN QUINTERO.

Se confirmará entonces la sentencia apelada pues se demostraron los hechos que dan origen a la pensión que la entidad demandada debe pagar, advirtiendo que sobre las mesadas causadas desde el 22 de marzo de 2013 no operó prescripción si se tiene en cuenta que la demanda se presentó el 13 de mayo de 2015 (folio 37), y precisando que las beneficiarias del derecho no propusieron apelación frente a la proporción que la sentencia definió en favor de cada una de ellas lo que impide a la Sala estudiar dicha materia por mandato del artículo 66 A del CPL.

Sin COSTAS en la CONSULTA.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta 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. **SIN COSTAS** en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSE DE LA CRUZ PERDOMO
NARVÁEZ CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE
GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA
PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver la apelación interpuesta por la apoderada de la UGPP, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 19 de febrero de 2020 por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSE DE LA CRUZ PERDOMO NARVÁEZ presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reliquide la pensión convencional que le fue reconocida por la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, hoy UGPP, con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1992 a 1994, incluyendo para el efecto todos los factores salariales devengados en el último año de servicios. Pide que se paguen indexadas las diferencias

pensionales causadas a partir de 16 de noviembre de 1993, sobre 14 mesadas anuales (ver demanda en folios 2 a 12 del plenario).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la prestación se liquidó conforme los parámetros establecidos en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 tomando para el efecto los factores salariales dispuestos en el Decreto 1158 de 1994, y advirtió que para liquidar la pensión convencional se tomó el 100% de los factores fijos devengados por el demandante en el último año de servicios (sueldo básico y prima de antigüedad). Propuso como excepción previa la de *falta de agotamiento de la vía gubernativa* y como excepciones de mérito: *falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, legalidad de los actos administrativos demandados, pago, compensación* y la *genérica* (ver contestación obrante en folios 88 a 98 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de febrero de 2020, a través de la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reliquidar la pensión convencional del actor y pagar las diferencias pensionales causadas a partir del 10 de marzo de 2013, debidamente indexadas. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuestas por la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES - UGPP según las razones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR que el demandante señor JOSÉ DE LA CRUZ PERDOMO NARVÁEZ identificado con la cédula de ciudadanía, 12.102.334 le asiste el derecho a la reliquidación de la primera mesada pensional la cual debió pagarse por la entidad empleadora en la suma de \$332.127. TERCERO:*

CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, a reconocer y pagar al demandante el señor PERDOMO NARVÁEZ por concepto de diferencias pensionales causadas y no prescritas entre el 10 de marzo de 2013 y el 31 de enero de 2020, la suma de \$67'803.698 y a partir de febrero de 2020 deberá pagar una mesada de \$2'838.685 valores que deberán ser ajustados anualmente y con las mesadas adicionales, diferencias además que se ordenan pagar debidamente indexadas mes a mes desde la fecha de causación de cada una y hasta el momento en que se efectúe el pago correspondiente. CUARTO: ADVERTIR que la pensión del demandante, reconocida por la entidad demandada actualmente se comparte con la de vejez legal reconocida por COLPENSIONES y, por tanto, del retroactivo aquí ordenado deberá descontarse en proporción la mesada que paga COLPENSIONES y el resultado de esa mesada que arrojó en el año 2020 la UNIDAD DE GESTIÓN PENSIONAL deberá pagar únicamente el mayor valor a que hubiere lugar respecto de la mesada que aquí se estableció. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada en proporción del 80% en firme esta sentencia, por secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$2'000.000 moneda corriente y SEXTO: se dispone la CONSULTA de esta sentencia con la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de este Distrito Judicial, remítase el expediente al superior” (CD 6, minuto 33:03).

Para tomar su decisión, el juez de primera instancia concluyó que la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO en la Resolución 2769 del 17 de diciembre de 1993 que reconoció el derecho en el año 1993 solo tuvo en cuenta los factores denominados *salario básico* y *prima de antigüedad* para integrar el salario base de liquidación, pese a que el parágrafo 3 del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo dispone que se deben tener en cuenta los factores variables devengados, de los cuales obtuvo como valor de la primera mesada pensional la suma de \$332.127 para el año 1993. Por prescripción ordenó el pago de las diferencias pensionales causadas a partir del 10 de marzo de 2013, liquidó el retroactivo de las diferencias pensionales

causadas entre el 10 de marzo de 2013 y el 31 de enero de 2020 en la suma de \$67.803.698, dispuso que dichas diferencias se debían pagar de forma debidamente indexada, y advirtió que del valor del retroactivo referido se debe descontar el valor de la mesada pensional a cargo de COLPENSIONES, dada la compartibilidad del derecho pensional extralegal. Frente a la excepción previa de falta de agotamiento de vía gubernativa, manifiesta que si bien no fue resuelta en la oportunidad legal y las partes tampoco advirtieron tal omisión, de todas formas el demandante demostró que cumplió en debida forma dicho requisito, como lo dice la Resolución RDP 21634 del 8 de junio de 2016 que negó la reclamación de reliquidación pensional que elevó el actor.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la entidad demandada pide que se revoque la sentencia y se declare probada la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa. Subsidiariamente afirma que la entidad reconoció el derecho pensional tomando el 100% de los factores fijos (sueldo básico y prima de antigüedad), y advirtió que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 se dispuso la pérdida de vigencia de las reglas pensionales contenidas en pactos, acuerdos o laudos convencionales a partir del 31 de julio de 2010, por lo que se deben aplicar los parámetros establecidos en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993 y tomar solamente los factores salariales establecidos en el decreto 1158 de 1994. Sobre la excepción de falta de agotamiento de la vía gubernativa, considera que si bien el actor solicitó el reajuste de la prestación a través de reclamación radicada el 10 de marzo de 2016, no interpuso recursos en contra de la Resolución que resolvió de manera negativa la reliquidación de la prestación (CD 6, minuto 35:53)¹.

¹ “Gracias señor Juez, por parte de la demandada si interpongo recurso de apelación el cual me permito sustentar de la siguiente manera (el Juez le solicita abrir el micrófono...). Señor Juez, me permito interponer recurso de apelación para que el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial Sala Laboral se sirva revocar la decisión que anteriormente se adoptó y me permito sustentarlo de la siguiente manera. Inicialmente, me permito sustentar el recurso de apelación en cuanto a las consideraciones del señor Juez en la sentencia la cual está siendo recurrida que negó la prosperidad de la excepción previa de falta de agotamiento de la vía gubernativa y, en segundo lugar en cuanto al fallo que ordenó reliquidar la pensión del actor. Entonces, iniciando con... en cuanto al fallo que ordenó, perdón, en cuanto a negar la

prosperidad de la excepción previa de falta de agotamiento de la vía gubernativa, me permito solicitar que sea tenido en cuenta que por parte del actor se radicó derecho de petición ante mi representada el 10 de marzo del 2016 mediante resolución No. RDP 021634 del 8 de junio del 2016 se resolvió la solicitud negando la reliquidación de una pensión que hizo saber al abogado de la parte demandante y se le señaló en la parte resolutive que, en caso de inconformidad contra la resolución podría presentar por escrito los recursos de reposición y/o apelación dentro de los 10 días siguientes a la notificación manifestando su inconformidad lo cual no se realizó en este procedimiento. Debo señalar y solicitar que sea tenido en cuenta que el artículo sexto del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social contempla, abro comillas artículo sexto “reclamación administrativa, las acciones contenciosas contra la Nación, las Entidades Territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública solo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa, esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que se pretenda y se agota cuando se haya decidido o cuando se haya transcurrido más de un mes desde su presentación y no ha sido resuelta”. Con relación a esto, debo señalar que la Honorable Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral en sentencia con radicación número 37251 del 7 de febrero de 2012 con ponencia del magistrado el doctor Luis Gabriel Miranda Buelvas se señaló abro comillas “el artículo sexto del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social con la modificación introducida por el artículo cuarto de la ley 712 del 2001 señala como requisito de procedibilidad para las acciones contenciosas contra la Nación, las Entidades Territoriales y cualquier otra entidad de la Administración Pública la previa reclamación administrativa consistente en el simple reclamo escrito del pretendiente sobre el derecho la cual se entiende agotada cuando se haya decidido o cuando haya transcurrido un mes desde la presentación y no haya sido resuelta”. Como se observa, para que se entienda la eficacia de la reclamación la ley procesal laboral ha dispuesto dos momentos claramente diferenciales, el primero cuando se haya decidido, es decir, cuando la administración responde la reclamación, evento que supone si el pronunciamiento contempla la posibilidad de impugnarlo a través de recursos de la llamada vía gubernativa que esta decisión quede en suspenso hasta cuando tales recursos sean decididos definitivamente instante desde el cual, puede afirmarse que se ha agotado la reclamación administrativa. Por lo tanto, me permito solicitar que en primera medida sea tenido en cuenta por parte del Honorable Tribunal que, aquí en el presente asunto debía darse prosperidad a la excepción de previa... a la excepción previa de falta de agotamiento de la vía gubernativa y en segundo lugar, me permito presentar también mi recurso en cuanto al fallo que ordena reliquidar la pensión del actor en los siguientes términos. El señor demandante José de la Cruz Perdomo en consideración con el plan de retiro voluntario de la Convención Colectiva, se le habilitó el requisito de edad para acceder a la pensión de jubilación el cual se hizo efectivo su retiro el 16 de noviembre de 1993, se le otorgó la pensión al actor de acuerdo con el artículo 41 de la Convención Colectiva 1992 – 1994 en donde se establecían los requisitos para la pensión jubilación, al momento de realizar el reconocimiento de la pensión convencional al actor, se tomó el 100% de los factores fijos, sueldo básico y prima de antigüedad tal como se estipuló en la resolución que reconoció la pensión, esta es número 2769 del 17 de diciembre de 1993, se observa en el expediente administrativo certificado de factores salariales expedido por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en el cual se certifica para el último año de servicios la asignación básica y la prima de antigüedad. Para el caso concreto es necesario además tener en cuenta lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005 por el cual se adiciona el artículo... este acto dispone que tanto las reglas pensionales contenidas en aquellos pactos, acuerdos, laudos convencionales o cualquier otro documento celebrado válidamente vigentes a la fecha de su expedición o los que se suscriben con posterioridad pierden vigencia al 31 de julio del 2010. Ahora bien, a efectos de determinar el ingreso base de liquidación por parte de mi representado en su momento por parte de la Caja Agraria, es preciso señalar que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 hace remisión al artículo 21 de la misma norma que precisó abro comillas “artículo 21 ingreso base de liquidación, se entiende por ingreso base para liquidar las pensiones previstas en esta ley el promedio de los salarios o rentas sobre los cuales se ha cotizado el afiliado durante los últimos 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión”, cierro comillas. Es de señalar que, este artículo 21 tanto la Honorable Corte Constitucional como el Honorable Consejo de Estado se han pronunciado acerca de las reglas relativas al ingreso base de liquidación de las pensiones, sobre el particular se ha pronunciado la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución 2769 del 17 de diciembre de 1993, la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO, hoy UGPP, reconoció a favor del demandante pensión de jubilación extralegal con base en la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1992-1994 suscrita entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA CAJA AGRARIA – SINTRACREDITARIO. La pensión se viene pagando desde el 16 de noviembre de 1993, en cuantía inicial de \$236.216 (Resolución obrante a folio 22 del plenario y aportada con el expediente administrativo allegado por la UGPP); y fue re-liquidada a través de la Resolución 157 del 23 de febrero de 1994 a la suma de \$321.286, a partir del 16 de noviembre de 1993, teniendo en cuenta los factores salariales establecidos en la liquidación definitiva de prestaciones sociales (resolución contenida en el expediente administrativo allegado por la UGPP - CD 3, la cual fue anexada de oficio por el Tribunal en folios 147 y siguientes del expediente).

Tampoco fue objeto de controversia que dicha prestación tiene el carácter de *pensión compartida* con la pensión de vejez reconocida a favor del demandante por el ISS, hoy COLPENSIONES, a través de la Resolución 3841 de 2010. Así fue reconocida por la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL y MINERO en el artículo 4 de la Resolución No. 2769 del 17 de diciembre de 1993 (ver folio 22), y por el ISS, hoy COLPENSIONES, en la Resolución 396 del 2 de febrero de 2012, que dispuso el giro del retroactivo

Honorable Corte Constitucional en la sentencia C 258 del 7 de mayo del 2013 y así mismo se ha pronunciado recientemente el Honorable Consejo de Estado en sentencia del 28 de agosto del 2018, entonces, debo señalar que, como ya lo había indicado el Honorable Consejo de Estado dentro del expediente número 2012 143 del 28 de agosto del 2018, quien como Consejero ponente es el Doctor César Palomino Cortés, se pronunció al respecto y señaló que, en cuanto a las pensiones debe tenerse en cuenta los factores salariales señalados en el Decreto 1158 de 1994, factores salariales que fueron tenidos en cuenta al momento de liquidar la pensión, al momento de señalar el IBL por parte del actor, por tanto, la resolución y la liquidación que hizo mi representada fue ajustada a derecho, entonces, por tanto solicito de manera respetuosa a la Honorable Tribunal se sirva revocar la decisión que apelo o la sentencia que estoy en este momento apelando para que se sirva absolver a mi representada, dejo así sustentado mi recurso, muchas gracias”.

de la pensión legal causada por el demandante (el cual ascendía a la suma de \$29.630.203), en favor del FONDO DEL PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, hoy UGPP (ver folios 27 a 29 del expediente). En el el expediente administrativo allegado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES (CD No. 2 del plenario)² obra la Resolución 3841 del 25 de agosto de 2010 en la cual el ISS, hoy COLPENSIONES, reconoció pensión de vejez a favor del demandante en cuantía inicial de \$1.635.822, a partir del 3 de mayo de 2009, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición.

Con las anteriores premisas fácticas y una vez revisado el expediente, la Sala revocará la decisión de primera instancia, y declarará la prescripción, pues si bien en materia pensional el derecho que va prescribiendo con el paso del tiempo es el que corresponde a cada una de las mesadas que se pudieron causar, no ocurre lo mismo cuando se reclama la inclusión de conceptos salariales que viene recibiendo el trabajador en el ingreso que sirvió de base para la liquidación de la primera mesada. En tal eventualidad, una vez han transcurrido tres años desde que se definieron por la entidad pagadora de pensión los factores que integrarían la base de liquidación, o a lo sumo pasados tres años desde la fecha en que se causó la primera mesada pensional, habrá prescrito la acción para reclamar la inclusión de los factores en la base de liquidación de la prestación, lo que afectará necesariamente por prescripción a cada una de las mesadas. Sobre la materia se puede consultar el criterio de la sentencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de fecha 15 de julio de 2003, radicación 19557, con ponencia de la MAGISTRADA ISAURA VARGAS DÍAZ³, que esta Sala comparte.

² La demanda fue notificada inicialmente a COLPENSIONES, quien presentó contestación y aportó el expediente administrativo del demandante. No obstante, dicha documentación no fue tomada en cuenta por el Juez de primera instancia, dado que la demanda no fue dirigida contra dicha entidad y su notificación se efectuó por equivocación del despacho.

³ *“como la época de causación del derecho pensional puede o no coincidir con la del establecimiento del monto de la pensión --no de su reconocimiento, que es cosa distinta--, por ser lo cierto que no necesariamente aquélla concuerda en el tiempo con el retiro del servicio del trabajador, que es el que permite, generalmente, fijar la época que cobijan los cálculos necesarios para determinar el monto de la prestación, habrá de distinguirse si los factores*

Con este criterio y dado que el derecho pensional se reconoció el 23 de febrero de 1994 (ver folio 147 y siguientes) y la reclamación se elevó el 10 de marzo de 2016 (ver antecedentes Resolución RDP 21634 del 8 de junio de 2016), transcurrió con creces el término de 3 años de prescripción, lo que impedía conceder las pretensiones de la demanda.

Pero de todas formas y frente a la interpretación contraria sobre prescripción, lo cierto es que las pruebas obrantes en el expediente administrativo demuestran que el demandante viene recibiendo lo que corresponde por su pensión, si se tiene en cuenta que la mesada pensional reconocida en la Resolución 2769 del 17 de diciembre de 1993 en cuantía inicial de **\$236.216** para el año 1993 se hizo en forma *provisional*, y dicho valor sería reajustado una vez se liquidaran “*total y definitivamente las prestaciones sociales correspondientes*” (ver folio 22), lo que sucedió en la Resolución 157 de 23 de febrero de 1994 que reconoció la prestación en **\$321.286.45**. Este último acto administrativo que no fue valorado por el *a-quo*, y fue allegado por la UGPP con el expediente administrativo del actor (CD's 3 y 4).

El Tribunal efectuó las operaciones aritméticas con el valor de la mesada pensional que reclama la demanda y que reconoció el juez de primera instancia (**\$332.127**), a fin de establecer si existen diferencias a cargo de la UGPP o no. Según el cuadro que sigue, los valores que viene pagando la UGPP por diferencias pensionales resultan incluso levemente superiores a los que le correspondería pagar.

salariales que son objeto de reclamo por el pensionado fueron o no pagados por el empleador y, en caso de no haberlo sido, si hubo o no reclamación. En el primer evento, esto es, cuando fueron pagados los presuntos factores salariales base de liquidación, la acción personal del pensionado prescribirá transcurrido el término que para tal efecto prevén los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, ello a partir de la fecha del reconocimiento de la pensión; y en el segundo, es decir, cuando no fueron pagados los factores discutidos por el pensionado como no incluidos en la base de la liquidación, se torna vital el momento u oportunidad para que el acreedor durante el término hábil, contado a partir de la exigibilidad de éstos, exija los créditos no satisfechos, porque de lo contrario, si prescribió el derecho a ese pago como factor salarial autónomo, igual suerte tiene el reajuste pensional impetrado por esa causa”

Para el análisis se tomaron las sumas que reconoció la entidad en los comprobantes de nómina que elaboró al reconocer, por diferencias pensionales, las sumas de \$332.749 en el año 2009, \$339.404 en el año 2010, y \$462.104 en el año 2018 (en este último comprobante además se observa que la entidad está pagando la mesada adicional de junio –ver documentación obrante en el expediente administrativo varias veces referido).

AÑO	MESADA UGPP	INCREMENTO	MESADA COLPENSIONES ⁴	DIFERENCIA PENSIONAL	DIFERENCIA PENSIONAL PAGADA
1993	\$ 332.127	22,60%			
1994	\$ 407.188	22,59%			
1995	\$ 499.171	19,46%			
1996	\$ 596.310	21,63%			
1997	\$ 725.292	17,68%			
1998	\$ 853.524	16,70%			
1999	\$ 996.062	9,23%			
2000	\$ 1.087.999	8,75%			
2001	\$ 1.183.199	7,65%			
2002	\$ 1.273.713	6,99%			
2003	\$ 1.362.746	6,49%			
2004	\$ 1.451.188	5,50%			
2005	\$ 1.531.003	4,85%			
2006	\$ 1.605.257	4,48%			
2007	\$ 1.677.173	5,69%			
2008	\$ 1.772.604	7,67%			
2009	\$ 1.908.562	2,00%	\$ 1.635.823	\$ 272.739	\$ 332.749
2010	\$ 1.946.734	3,17%	\$ 1.668.539	\$ 278.194	\$ 339.404
2011	\$ 2.008.445	3,73%	\$ 1.721.432	\$ 287.013	\$ 350.163
2012	\$ 2.083.360	2,44%	\$ 1.785.642	\$ 297.718	\$ 363.224
2013	\$ 2.134.194	1,94%	\$ 1.829.211	\$ 304.983	\$ 372.087
2014	\$ 2.175.597	3,66%	\$ 1.864.698	\$ 310.899	\$ 379.305
2015	\$ 2.255.224	6,77%	\$ 1.932.946	\$ 322.278	\$ 393.188
2016	\$ 2.407.903	5,75%	\$ 2.063.806	\$ 344.097	\$ 419.807
2017	\$ 2.546.357	4,09%	\$ 2.182.475	\$ 363.882	\$ 443.946
2018	\$ 2.650.503	3,18%	\$ 2.271.738	\$ 378.765	\$ 462.103
2019	\$ 2.734.789	3,80%	\$ 2.343.980	\$ 390.810	\$ 476.798
2020	\$ 2.838.711		\$ 2.433.051	\$ 405.660	\$ 494.916

Por todo lo dicho se revocará la decisión dictada en primera instancia y se absolverá a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN

⁴ El valor de la mesada a cargo de COLPENSIONES se tomó de la Resolución 3841 del 25 de agosto de 2010, contenido en el expediente administrativo que allegó la misma entidad al plenario, como se indicó con anterioridad (CD 2).

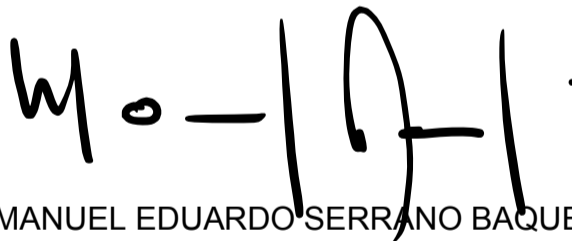
PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP de todas las pretensiones incoadas. El Tribunal no se pronunciará sobre la excepción de *falta de agotamiento de la vía gubernativa*, pues además de no ser el momento procesal oportuno para decidir sobre excepciones previas, sería inocuo su estudio por el resultado de la instancia.

En mérito de 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. **ABSOLVER** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP de todas las pretensiones incoadas en su contra por JOSE DE LA CRUZ PERDOMO NARVÁEZ.
3. **COSTAS** en primera instancia a cargo del demandante.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

ACLARO VOTO



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE OSCAR GUILLERMO MICAN GIRALDO
CONTRA LATAM AIRLINES GROUP S.A -SUCURSAL COLOMBIA-.**

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de Agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante, contra la sentencia dictada por el Juez Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá el 3 de marzo de 2020.

Téngase al doctor José Luis Cortés Perdomo, con T.P. 101.225 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado del demandante, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OSCAR GUILLERMO MICAN GIRALDO presentó demanda contra la sociedad LATAM AIRLINES GROUP S.A - SUCURSAL COLOMBIA-, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que su contrato terminó por despido sin justa causa y se condene al pago de la indemnización correspondiente con indexación, lo que se demuestre *extra* y *ultra petita*, y las costas procesales.

Como fundamento de lo pedido, afirma que se vinculó el 8 de abril de 1994, mediante contrato de trabajo a término indefinido, con AIRES S.A, compañía que por sustitución patronal pasó a ser LAN COLOMBIA, hoy LATAM AIRLINES GROUP S.A -SUCURSAL, devengó como último salario \$16.000.000 mensuales, y para la fecha del despido ocupaba el cargo de Piloto. Durante la relación laboral operó varias aeronaves (EMP-110P1, DASH 8-100 8-200 8-300, BOEING 737-700 NG, BOEING 767 300 Y AIR BUS A320) y nunca fue objeto de sanción. En el año 2014 fue seleccionado por la empresa para adelantar curso para el manejo del aparato Airbus A320 que aprobó en debida forma según el *Centro de Adiestramiento Airbus Miami, USA*. Estaba afiliado como miembro activo de la Asociación colombiana de aviadores Civiles ACDAC y se beneficiaba de la convención colectiva de trabajo y del laudo arbitral vigente al año 2011. Señala que fue despedido sin justa causa el hasta el 4 de julio de 2014, a pesar de que se tramitaba un conflicto colectivo que había iniciado el 26 de marzo de 2014. Aduce haber sido objeto de persecución por su afiliación a ACDAC, pues a pesar de su experiencia de 20 años en fue descendido del escalafón de piloto en el año 2013. Considera ilegal el despido que la demandada soportó en haber obtenido calificación insatisfactoria en el chequeo realizado el 23 de junio de 2014 para el equipo Airbus A320, porque se basó en una evaluación subjetiva y no se dio la oportunidad de hacer el *reentrenamiento* que dispone el parágrafo 2, punto séptimo del Laudo Arbitral del 2 de diciembre de 2011 (folios 245 a 278).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por la sociedad demandada mediante apoderado. Admitió unos hechos, negó otros, y se opuso a las pretensiones afirmando que el trabajador fue despedido con justa causa, pues en el momento de realizar la transición al equipo Airbus A320 en la fase 4 Experiencia Inicial de Operaciones -EIO- se le hizo el chequeo final y obtuvo calificación insatisfactoria que lo ubicó en el estado "*piloto fuera de estándar*", sin posibilidad de volar dichas aeronaves. Aduce que el chequeo final se hizo con un instructor y un inspector de la Aeronáutica Civil -UAEAC- (Carlos Navarrete) quienes el 23 de junio de 2014

verificaron que el demandante no cumple con los estándares mínimos establecidos por la Aeronáutica Civil para operar el aparato de forma segura, por cuatro (4) falencias: *falta de conocimientos sobre procedimientos a efectuar, fallas en el ECAM, presenta dudas en el manejo de la automatización del avión, no efectúa siempre las lecturas del FMA, no atendió las autorizaciones del control*. Dice que con el ánimo de otorgar una segunda oportunidad, y previa reunión del Comité de Dirección de Operación de Vuelo -DOV-, se dio un reentrenamiento que se llevó a cabo el 2 de julio de 2014 con el instructor ANDRES QUINTERO y nuevamente obtuvo calificación insatisfactoria por siete errores, que mantenían su situación “*piloto fuera de estándar*”, lo que impedía hacer un nuevo chequeo final con la UAEAC, según el según el procedimiento PPO-13 “*Actuación en caso de piloto fuera de estándar*” (folios 496 a 544).

Terminó la primera instancia con sentencia del 3 de marzo de 2020, por medio de la cual el Juez Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada de todas las pretensiones. Para tomar la decisión el Juez encontró probado que el demandante incumplió el procedimiento PPO13 (Manual de Operaciones Generales) al no aprobar los exámenes necesarios para la calificación y mantenimiento de la licencia requerida para operar el Avión -Airbus A320-. Concluyó que la calificación y el chequeo final realizado al demandante fue un proceso objetivo. Resaltó que, aunque los testigos allegados por el demandante eran técnicos en la materia, prima el concepto de CARLOS NAVARRETE y ANDRÉS QUINTERO pues fueron quienes directamente realizaron las pruebas finales y explicaron de manera clara y concreta cada uno de los ítems y errores en los que incurrió el demandante. No encontró demostrada persecución sindical situación que ni siquiera fue puesta de presente durante las evaluaciones o en el chequeo insatisfactorio del cual se derivó el despido. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO. - ABSOLVER a la sociedad demandada LATAM AIRLINES GROUP S.A., COLOMBIA S.A., de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por el demandante señor OSCAR GUILLERMO MICAN GIRALDO, de conformidad con las motivaciones que*

antecedentes. SEGUNDO. - DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por la sociedad demandada LATAM AIRLINES GROUP S.A., COLOMBIA S.A., de conformidad con las motivaciones que antecedan. TERCERO. - CONDENAR en costas a la parte demandante, señálese como agencias en derecho la suma de \$800.000 valor que deberá ser cancelado por el demandante a favor del demandado. CUARTO. - contra la presente Sentencia procede el recurso de apelación, en caso de que la misma no sea apelada, se remitirá al Superior a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.” (Cd 4 Hora 2 Minuto 55:26).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante pide en el recurso que se revoque la sentencia y se dicte la condena al pago de indemnización por despido injusto. Afirma que se desconoció el derecho que tiene el demandante al *Reentrenamiento* según lo dispone la cláusula séptima, párrafo segundo y tercero del laudo arbitral del 2 de diciembre del 2011, y que no se respetó el debido proceso en el *chequeo final* practicado el 23 de junio del 2014. Considera que se engañó al operador judicial de manera hábil confundiendo el *LineCheck* que hizo la demandada con un *Reentrenamiento*. Solicita la revisión de la evaluación contenida en el folio 151, pues tiene calificaciones contradictorias en las observaciones y en las conclusiones que realiza el capitán Navarrete, al que califica de sesgado, pues se empeñó en *no aprobar* al demandante; que se tenga en cuenta el testimonio de JULIÁN PINZÓN que no fue estimado por el juez; y que se revisen los testimonios de CARLOS NAVARRETE y ANDRÉS QUINTERO que se *contaminaron* por no haberse recibido en una sola audiencia todas las pruebas, afirma que este último no hacía un *Reentrenamiento* sino una calificación (Hora 2 Minuto 57:47)¹.

¹ “Me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho en esta audiencia, en consecuencia solicitar al Tribunal, que en instancia proceda a revocar la sentencia por usted preferida, y en consecuencia se proceda a condenar a la demandada en los términos de las pretensiones de la demanda. Fundamento mi recurso en las siguientes razones fácticas y jurídicas que hagan ser revisadas por el Tribunal. Primero que todo, el juzgado desconoce totalmente el derecho que le asiste al trabajador consagrado en el laudo arbitral, en la cláusula séptima, párrafo segundo y tercero del laudo arbitral de fecha 2 de diciembre del 2011, al no haberse practicado

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de discusión en primera instancia, ni en la alzada, que las partes ejecutaron contrato de trabajo de término indefinido entre el 8 de abril de 1994 y el 9 de julio de 2014, ni que el demandante cumplía para la fecha del despido funciones como Piloto. Tampoco se controvertió que pertenecía a la organización sindical Asociación Colombina de Aviadores Civiles "ACDAC". Estos hechos se corroboran, además, con los documentos de folios 27 a 30, 32 a 35, 36, 37, 43, 44, 546 a 549, 589 a 543, 601, y las declaraciones de ambas partes (cd 2 minuto 32:02).

el reentrenamiento sobre las supuestas faltas que se presentaron en el chequeo final de ruta en avión de fecha 23 de junio del 2014, practicadas por el Capitán Navarrete y qué obra a folio 151 y vuelta del expediente. Deberá revisar el Tribunal si definitivamente al trabajador se le garantizo ese derecho convencional consagrado en el laudo, ya que es claro el laudo en el sentido de que no confunde calificación en lightech, es completamente diferente, la demandada en forma hábil y habiendo conocido e antemano el testimonio y habiendo traído los testigos a atacar esa declaración técnica del capitán Julián Pinzón, vinieron acá al juzgado a decidir qué es lightech era reentrenamiento, lo cual es falso, no es cierto, es una forma hábil de convencer y engañar al operador judicial diciendo que se trató de un reentrenamiento, para justificar la violación en que incurrieron en el laudo arbitral, es un punto que debe revisarse con mucho cuidado el tribunal porque se está violando el debido proceso de carácter constitucional, el debido proceso de carácter laboral, y se está atentando contra la estabilidad laboral del demandante, un trabajador de más de 20 años en el momento en que se practicó el despido. También deberá revisar el tribunal, y en eso consideró que también se equivocó el juzgado al evaluar las pruebas, y es que la documental del folio 151, es una documental contradictoria en su calificación y en Las observaciones y conclusiones subjetivas que realiza el capitán Navarrete. Es una persona que se ve y que es sesgada, que está cumpliendo una tarea y es tratar de justificar la no aprobación para poder sacar al trabajador, y tan es así, que no le practican El reentrenamiento, y después aparece el Capitán Quintero, quién practica el like checking visto a folios 209 y siguientes, donde el mismo en sus testimonios deja entrever inicialmente que no hacía el reentrenamiento sino una calificación. Igualmente, el contenido de esa documental es contradictorio, porque es que si usted observa el piloto solo tuvo una sola calificación de uno, las demás las aprobó en un concepto eminentemente subjetivo, si el avión aterrizó antes de determinada línea o después de determinado margen, cuando la pista permite que el piloto haga aproximaciones para aterrizar, no puede ser exacto porque el piloto no aterriza con piloto automático, sino manualmente, entonces, es una forma de buscarle al demandante una calificación insatisfactoria para poder justificar su despido. Yo insisto mucho, y el tribunal deberá calificar el testimonio de los testigos Navarrete y Andrés Quintero, que son pruebas totalmente contaminadas, yo le advertí al juzgado que esa suspensión que se estaba haciendo de la audiencia para practicar los testimonios cuando ya la demandada conocía el contenido del testimonio, y de lo cual ellos no se habían defendido en la contestación de la demanda, iba a perjudicar, iba a producir un efecto distorsionado en la decisión del Juez. Y la prueba es que distorsiona totalmente, tratan de distorsionar el testimonio de Julián Pinzón, prueba que fue solicitada por ambas partes y que el juez en determinado momento desecha cualquier tacha, pero con la versión que dan estos testigos, dirigidas directamente atacar ese testimonio, cambia completamente la decisión. Aún más, el juzgado ha dicho que traían la decisión ya tomada, no podía traerla, si no había escuchado estos dos testimonios. Entonces, estos puntos deben mirarlos con mucho detenimiento el Tribunal. Insisto no existió ningún tipo de reentrenamiento, al demandante lo bajaron del avión después de la calificación del 23 de junio del 2014 y en ningún momento le practicaron reentrenamiento, lo mandaron directamente a una calificación para que lo rajaran como diera lugar el Capitán Quintero. Desde ese punto de vista consideró que es fundamental garantizar el debido proceso y que este es un derecho de carácter constitucional independientemente de todas las consideraciones que hizo el juzgado las cuales pueden ser respetables pero que no comparto. en estos términos dejó sustentado el recurso y ratificó mi solicitud en el sentido de que el tribunal revoque la sentencia aquí proferida.

La controversia que debe decidir el Tribunal, en consonancia con el recurso propuesto (artículo 66A del CPL), se centra en definir si existió o no justa causa en el despido.

Para resolver lo pertinente, el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo establece cuáles hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo permiten la terminación unilateral de la relación con justa causa y por ello, sin el pago de indemnización. Entre ellos, el numeral 6° literal a), al que corresponden los hechos alegados por la demandada como justa causa, autoriza la terminación del contrato por el empleador cuando el trabajador ha incumplido de forma *grave* con las obligaciones que exponen los artículos 58 y 60 del CST, o cuando incurre en una falta *grave* a los deberes que se comprometió de forma específica a cumplir para su empleador.

Sobre este último aspecto de la norma y dada la dificultad que tendría una regla general sobre gravedad de las faltas frente a las funciones específicas que tiene cada trabajador, la ley autoriza que dicha connotación (GRAVEDAD) se asigne por las partes al suscribir el contrato de trabajo o la convención colectiva, o por el empleador en los reglamentos de trabajo, o por un Tribunal de arbitramento al decidir sobre este aspecto en un laudo. Si se define en cualquiera de dichos instrumentos de forma clara y específica la falta a la cual se asigna *gravedad*, el trabajador estará especialmente condicionado en sus funciones a cumplir ese supuesto, y solo podrá librarse de la calificación que previamente aceptó o conoció cuando demuestre en el proceso que la conducta descrita en el reglamento es discriminatoria, o que es de imposible cumplimiento, o que por otras razones lesiona sus derechos fundamentales.

Con esta referencia normativa, se advierte de la carta de despido, incorporada a folios 31 a 35 y 589 a 593 del expediente, que el empleador endilgó al demandante, como falta, la siguiente: *“Los hechos se fundamentan y se originan en los resultados del chequeo final al termino de su experiencia inicial de operaciones EIO del equipo Airbus 320 ante el inspector de la*

UAEAC, realizado el 23 de junio de 2014, en el cual se obtuvo una calificación insatisfactoria, se da inicio a un proceso de alumno fuera de estándar y que luego de realizado el comité DOV, se define otorgar oportunidad para realizar un reentrenamiento en donde nuevamente obtiene calificaciones insatisfactorias , situación que lo lleva a su segundo proceso Fuera de Estándar notificado el 3 de julio de la presente anualidad”.

Para definir la existencia de justa causa, el Tribunal debe entonces estudiar las pruebas aportadas al expediente para verificar: i) si la conducta endilgada ocurrió o no; ii) si constituye una falta a obligaciones que tuviera el trabajador; y iii) si reviste gravedad.

i) OCURRENCIA DEL HECHO. Sobre lo primero, las pruebas del expediente demuestran que el demandante obtuvo calificación insatisfactoria en las evaluaciones realizadas por la UAE de Aeronáutica Civil para la operación del equipo Airbus A320, y quedó por ello como *piloto fuera de estándar* sin las licencias requeridas para el cumplimiento de las funciones.

Así lo reconoció el mismo demandante en la diligencia de descargos realizada el 8 de julio de 2014 (folios 587 y 588), en la cual aceptó que en el *chequeo final* al término de su EIO había obtenido resultado insatisfactorio, y en la calificación del reentrenamiento el 2 de julio de ese año también obtuvo calificación insatisfactoria, explicando que la causa de su bajo rendimiento en el chequeo final fue el *estrés*, y en el reentrenamiento del 2 de julio *“por estrés, y errores que debieron del mismo estrés, veo que no afectan la seguridad del vuelo y que cualquier piloto los puede cometer”*.

Obran además como pruebas sobre la materia, el formulario denominado *Piloto Fuera de Estándar*, un acta que contiene anotaciones sobre cuatro (4) falencias encontradas en el chequeo final que hizo el examinador designado por UAEAC CARLOS NAVARRETE (folios 561 a 565), y la declaración que rindió en el proceso esta misma persona como testigo y ANDRES QUINTERO MEJIA.

En la declaración de CARLOS EDUARDO NAVARRETE -piloto delegado por la UAEAC para hacer el chequeo final- (Cd 4 Minuto 06:04), afirma que el actor venía de volar un Avión Boeing B737 y estaba buscando licencia para operar un Airbus A320, y en el chequeo final para la operación de este último aparato no cumplió con los estándares mínimos establecidos. Explicó que en el trayecto realizado (Cartagena-Bogotá) dudó de la automatización del avión y de los procedimientos de alarma -punto que estimó muy importante pues permite saber lo que esta haciendo el aparato-, tuvo errores al leer la FMA (pantalla minicomputador), tuvo fallas en las comunicaciones del control, y tuvo fallas en mediciones de control. Resaltó que él, como delegado de la Aeronáutica Civil, va mirando lo que el piloto objeto de chequeo está ejecutando, sin hablar durante el viaje, y aunque tiene potestad para intervenir no lo hace, pues solo al final del trayecto se rinde el informe en presencia del examinado y se exponen las falencias. Aclaró que, en el caso del demandante, pese a existir varios ítems buenos en el chequeo final el resultado tenía que ser así pues *“aún si hay 82 ítems y tiene 81 bien, por ese único malo puede registrar insatisfactorio, sólo puede pasar en entrenamiento, pero no en chequeo final NO puede haber fallas”*. Afirmó que el actor no estuvo en desacuerdo ni objetó el resultado, en el momento del informe, y explicó que la compañía miró la razón de la calificación no satisfactoria y se reunió con el Departamento de Instrucción y Operaciones para ver la opción del reentrenamiento. Sobre su presencia en la evaluación, informó que, aunque laboraba con LATAM, la Aeronáutica Civil después de someter a los pilotos a un curso escoge al azar de una lista a la persona a que va a ser inspector en un caso específico, y para el caso del demandante fue escogido él.

En el mismo sentido ANDRES QUINTERO MEJIA –piloto comercial 30 años en LATAM- (Cd 4 hora 1 minuto 4:58) y compañero de trabajo del demandante, afirmó que la AEROCIVIL lo asignó para hacer el reentrenamiento al demandante, porque había perdido *el chequeo final*. Dice que voló con el actor en el equipo A320 en cuatro (4) trayectos Bogotá-

Bucaramanga y San Andrés-Bogotá y notó varias falencias, por lo cual hubo en esos cuatro trayectos varios llamados de atención pues el demandante presentó distintas dudas en la automatización, y en su concepto *“para mi él no estaba listo y eso fue lo que yo informé, en algunos ítems le puse 2 (aceptable), en los cuatro aterrizajes que vi no estaba listo y tuve que instruirlo verbalmente”*. Considera que el resultado se debió a la inseguridad del demandante, y narró que así hubiera operado antes un Boeing y llevara varios años en la compañía, la licencia para operar el nuevo aparato A320 era necesaria pues cada avión es diferente. Agregó que hay alumnos que se niegan a firmar el informe pero que el demandante no le manifestó ninguna inconformidad en su momento.

Las conclusiones a las que arribaron estos testigos, y el contenido de los documentos de folios 151 a 161, y 209 a 222, que las corroboran, no se desvirtúan con el concepto de JULIAN PINZÓN SAAVEDRA Piloto de Avianca con estudios en Derecho Aeronáutico (Cd 3 minuto 12:40). En su testimonio reconoce que el chequeo final que hacia la empresa no era facultativo sino obligatorio para tener licencia válida de piloto para operar la aeronave que se estaba evaluando, y que si se obtiene calificación insatisfactoria el piloto no puede seguir volando. Acepta que su concepto se basó en la carta de despido y en los documentos que contienen la evaluación realizada al demandante el 23 de junio de 2014 y el 2 de julio de 2014, pues no estuvo presente en la calificación del demandante, y que en el chequeo final sólo hay dos opciones: Satisfactorio o Insatisfactorio (S o I). Aunque en criterio de este testigo durante las calificaciones no se puso en riesgo la seguridad del vuelo ni la vida de las personas, y estima incongruente que con varios ítems satisfactorios y sólo *tres (3)* malos se definiera una calificación *insatisfactoria*, su concepto pesa menos, a juicio del Tribunal, que el criterio de las dos personas que calificaron al demandante, una de ellas designada por la UAE de Aeronáutica Civil como delegado, personas que además de haber sido capacitadas para cumplir la función de evaluadores de la UAEAC estuvieron presente en el chequeo del demandante, a diferencia del testigo que se analiza.

Por las mismas razones, tampoco se desvirtúan las conclusiones a las que arribaron los evaluadores de la UAEAC, con el testimonio de FRANCISCO JAVIER HURTADO (Cd 3 hora 1 minuto 20:05), ni tienen peso suficiente los indicios sobre persecución laboral de los que informa este testigo contra varios pilotos, por el reclamo de una diferencia salarial, pues la evidencia aportada da cuenta de la ocurrencia de cuatro (4) errores que objetivamente cometió el demandante durante la evaluación, errores que lo colocaron en posición de *piloto fuera de estándar*.

ii) FALTA A LAS OBLIGACIONES. Sobre este aspecto resulta también claro, de las pruebas aportadas, que el demandante tenía como obligación especial a cargo, obtener y mantener las licencias requeridas por las autoridades para el cumplimiento de las funciones asignadas, específicamente para operar como piloto del equipo Airbus A320.

Así lo acordaron las partes en la cláusula 7º del contrato de trabajo (folio 547) al indicar como falta grave el perder o dejar vencer la licencia gubernamental o los certificados médicos indispensables para ejercer la profesión; así lo definió el empleador en el reglamento interno (folios 628 a 630) y en el manual de operaciones (CD folio 545), y así lo aceptó expresamente el trabajador en el otro sí que suscribió el 21 de junio de 2006 (folio 549) en el cual se dispuso como una obligación especial del trabajador *“garantizar que en todo momento que se requiera, cuenta con la tarjeta profesional, los permisos, autorizaciones, licencias y cualquier otro requisito documental de tipo legal, sectorial o técnico entre otros, que se encuentre vigente y le avale para el ejercicio de su profesión oficio. El incumplimiento de las obligaciones anteriormente citadas se considera falta grave conforme a lo dispuesto en el código sustantivo de trabajo”*.

La vigencia de esta obligación fue reconocida por el demandante en la diligencia de descargos, al responder *“sí, sí lo sé”* a la pregunta sobre si sabía que no obtener las calificaciones requeridas para la aprobación de su

chequeo final, y no obtener calificaciones satisfactorias en el reentrenamiento, equivalía a un incumplimiento del MGO, y al aceptar que los resultados insatisfactorios lo colocaban en situación de piloto “*fuera de estándar*” e impedían cumplir las funciones de piloto (folios 38 a 42).

(iii) GRAVEDAD DE LA FALTA. Igualmente quedó acreditado plenamente con los documentos analizados antes, que el incumplimiento de la obligación especial del trabajador que se está estudiando tenía gravedad suficiente para constituir una justa causa de terminación del contrato de trabajo.

Por todo lo dicho el Tribunal confirmará la sentencia apelada, reiterando que la falta cometida se configura por el incumplimiento de la obligación que tenía el trabajador de garantizar “*que cuenta con la tarjeta profesional, los permisos, autorizaciones, licencias y cualquier otro requisito documental de tipo legal, sectorial o técnico entre otros, que se encuentre vigente y le avale para el ejercicio de su profesión oficio*”. Dicha obligación especial resultaba particularmente pertinente a las funciones de piloto de avión comercial que desarrollaba, y no era discriminatoria o de imposible cumplimiento, ni por otras razones se podría entender que lesionara sus derechos fundamentales.

Para responder a los alegatos de segunda instancia, precisa el Tribunal que la falta aducida es claramente imputable al demandante, pues era su responsabilidad obtener la evaluación requerida para el desempeño de la función, sin que se pueda imputar culpa a la demanda en el resultado de la evaluación.

Pero de todas formas, y frente a cualquier interpretación que estime la existencia de culpa en el empleador por no haber dado cumplimiento al Laudo Arbitral de diciembre de 2011, sobre escalafón, encuentra el Tribunal que el parágrafo 3º del artículo sexto dispuso reentrenamiento “*cuando el Tripulante en su chequeo final falle hasta tres (3) maniobras*”, y en el caso que se analiza el demandante *fallo* en cuatro (4) maniobras; además la demandada le brindó una nueva oportunidad y realizó un trámite posterior, el

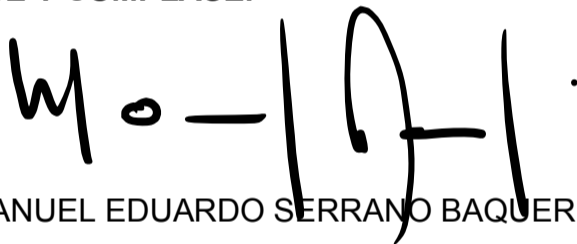
día 2 de julio de 2014, trámite al que el mismo demandante reconoció en la diligencia de descargos como un *reentrenamiento*. En dicha diligencia, no sobra decirlo, el demandante no acusó omisiones en el procedimiento ni solicitó diligencias de *reentrenamiento* adicionales (folios 561, 564 a 567).

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta 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 del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$300.000), como agencias en derecho a cargo de OSCAR GUILLERMO MICAN.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, followed by a period.

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 LUZ ÁNGELA GARNICA BARRERO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A.
PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la última entidad, la sentencia dictada el 5 de febrero de 2020 por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUZ ANGELA GARNICA BARRERO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA y COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTIAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 1° de septiembre de 1996, por vicios en el consentimiento, pues considera que fue engañada si se tiene en cuenta que el fondo privado no le brindó asesoría veraz y suficiente sobre su situación pensional, ni le hizo una proyección con

base en el monto de sus cotizaciones, para tomar con ello una decisión informada. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare la ineficacia de su afiliación en el RPM, que COLPENSIONES es la entidad competente para decidir sobre su derecho pensional, y se trasladen a dicha entidad las cotizaciones efectuadas en el RAIS junto con los rendimientos financieros que se generaron (ver demanda en folios 4 a 26 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el RAIS, pues su traslado se realizó en virtud del formulario de afiliación que suscribió en ejercicio del derecho a la libre selección y escogencia de régimen pensional, y advirtió que la actora no puede retornar al RPM en cualquier tiempo pues solo contaba con 294.83 semanas de cotización para el 1° de abril de 1994, y que la acción para reclamar la nulidad del traslado se encuentra prescrita. Adicionalmente, señaló que para la fecha en que operó el traslado de régimen, a la demandante le faltaban más de 19 años para cumplir la de edad de acceso a la pensión en el RPM, por lo que era imposible para el fondo privado o para cualquier otra persona, informar sobre una conveniencia cierta de pertenecer a uno u otro régimen pensional, y que la obligación de realizar proyecciones pensionales surgió con el Decreto 2071 de 2015. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica* (folios 65 a 75 del plenario).

También contestó la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante tomó su decisión de traslado de régimen pensional de manera libre y voluntaria, y se cumplieron todos los lineamientos legales vigentes para la época, después de que le informaron sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como sobre las

posibilidades del traslado, los tiempos mínimos de permanencia, el funcionamiento del RAIS y las modalidades de pensión en dicho régimen, y advirtió que en el caso de la demandante no se puede aplicar el precedente de la Corte Suprema de Justicia, pues no se trata de una persona beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima de completar alguno de los requisitos para adquirir el derecho pensional en el RPM. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 110 a 117 del plenario).

Igualmente compareció al proceso COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS mediante apoderada, quien contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante con su puño y letra suscribió el formulario de afiliación de manera informada, libre, espontánea y sin coacción alguna, después de que el fondo privado le brindó asesoría integral y completa sobre las implicaciones del traslado de régimen, el funcionamiento del RAIS, las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, su derecho a retractarse y los requisitos para acceder a la pensión de vejez en uno y otro régimen, y advirtió que la obligación de realizar proyecciones pensionales solo surgió a partir de la Ley 1748 de 2014 y que la demandante ha permanecido afiliada en el RAIS durante 22 años, lo que denota su conocimiento del Régimen. Además, manifiesta que no se demostraron vicios en el consentimiento, y que a la actora no se le están vulnerando sus derechos, pues de cumplir los requisitos podrá acceder a la pensión de vejez en el RAIS. Señaló que COLFONDOS trasladó a PORVENIR el saldo de la cuenta de ahorro individual de la demandante, en virtud del traslado entre administradoras del RAIS que esta efectuó. Propuso como excepciones: *falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPMD, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, compensación y pago,*

obligación a cargo de un tercero, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación y ausencia de vicios del consentimiento (folios 154 a 168).

Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de febrero de 2020, mediante la cual la Juez Diecinueve (19) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora LUZ ANGELA GARNICA BARRERO con cédula 51.585.065 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, identificada con el Nit. 800.149.496-2, realizado el 29 de agosto de 1996, así como la posterior afiliación a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., identificada con el Nit. 800.144.331-3, realizada el 6 de marzo del año 1997, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada la demandante LUZ ANGELA GARNICA BARRERO de cédula 51.585.065 al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrada hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES del 9 de junio de 1988 hasta la actualidad, como si nunca se hubiere trasladado, y por lo mismo siempre perteneció al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., con el Nit. 800.144.331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores en que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ ANGELA GARNICA BARRERO, de cédula 51.585.065, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses, comisiones, y sin descontar gastos de administración, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,*

conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión, se remitirá el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que allí se surta el grado jurisdiccional de consulta” (CD 2, minuto 45:39).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que, conforme el allanamiento de COLFONDOS S.A. y la falta de acreditación del deber de información de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, a las demandadas no les era permitido realizar el cambio de régimen pensional de la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia de primera instancia. Aduce que la demandante decidió su traslado de régimen pensional de manera libre, espontánea, informada y sin presiones, bajo el cumplimiento de los requisitos legales dispuestos para la fecha en la que operó el traslado, después de que le brindaron asesoría verbal con información necesaria y suficiente sobre las consecuencias del traslado de régimen y las características del RAIS, tal y como lo reconoció la demandante en el escrito de demanda y en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso, y considera que la declaración de ineficacia no se puede fundamentar en requisitos que no eran exigibles en la fecha que operó la vinculación (como el buen consejo o la realización de proyecciones pensionales), pues para la época solo se exigía la suscripción del formulario de afiliación aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria, y que el error de derecho no es vicio del consentimiento. Además, señala que no se puede pasar por alto la ratificación de la demandante de su vinculación en el RAIS con el pago de sus aportes y el traslado que realizó entre administradoras de dicho régimen, y advierte que el allanamiento de la AFP COLFONDOS en el proceso carece de todo sustento, pues la AFP PORVENIR S.A. actuó de buena fe y en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley, y el allanamiento se debe hacer por toda la parte

pasiva y no solo de una de las demandadas (CD 2, minuto 47:51)¹.

¹ “Su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra del presente fallo ante el H. Tribunal Superior de Bogotá en los siguientes términos. El traslado de régimen pensional y afiliación de la demandante a POVENIR obedeció a una decisión libre y espontánea y sin presiones e informada, muestra de ello muestra de ello la asesoría recibida e manera verbal, en donde le informaron todas las características y condiciones propias del RAIS, en consideración a esto debo dejar de presente que hay una clara contradicción respecto al interrogatorio de parte y lo enunciado en la demanda, toda vez que en la demanda esta reconoce que se le entrego información respecto a las condiciones y características, a tal punto que informa que se le suministro información respecto de la posibilidad de en caso de muerte todos estos recursos que habían sido cotizados, iban a entrar a la masa sucesoral. Adicionalmente, la decisión de pertenecer en el RAIS fue ratificada por la demandante en el interrogatorio que le fue realizado, corroborando que de esta manera la información recibida por la demandante en la señalada afiliación y posterior traslado. En el presente fallo se desconoce las confesiones realizadas por la demandante y presupone la existencia de requisitos adicionales respecto a los soportes que no eran exigibles para la fecha de afiliación. Ahora bien, la decisión tomada por la demandante se hizo de forma consiente y espontánea, sin presiones o apremio alguna de alguna naturaleza, y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por la norma que se hallaban vigentes para la fecha de afiliación, pues, en primer lugar, antes de adoptar la decisión, recibió información suficiente sobre las implicaciones del traslado, y las características generales del RAIS. Segundo: suscribió el formulario de solicitud de vinculación, el cual cumplía con todos los requisitos de ley, y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria. Tercero: el cumplimiento de las exigencias legales al suscribir la solicitud de vinculación con la cual se concretó su traslado de régimen, manifiesto en forma expresa que la hacía de forma voluntaria y libre. Esta expresión puede ser considerada como un mero requisito formal o una manifestación vacía y sin ninguna consecuencia, tal y como presupone la Juez de primera instancia, cuanto corresponde a una exigencia normativa que, por lo tanto, no puede ser ignorada como tampoco puede ser desconocida los efectos que el produce. La circunstancia de que consta en el formulario previamente impreso y no le resta validez a la manifestación, ya que corresponde a una expresión inequívoca de la voluntad de la demandante. Adicionalmente, no puede pasarse por alto la decisión de ratificación realizada, como se dijo en los alegatos de conclusión, en el traslado horizontal realizado, toda vez que el actuar de la demandante durante su historia laboral evidencia, de acuerdo a lo que ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de casación Laboral, y lo reconoce como actos de relacionamiento mediante sentencia SL 414 del 2018, según la cual, el pago de aportes, la solicitud de información, traslados entre AFPs, cambios de claves, como se dijo anteriormente en los correspondes alegatos, genera manifestaciones inequívocas de la voluntad de la afiliada en el sentido de mantenerse dentro de los regímenes pensionales. Adicionalmente, no es plausible que prospere la alegación respecto de la nulidad, toda vez que actora recibió la asesoría e información debida en el traslado inicial con COLFONDOS y el posterior traslado con PORVENIR. Así mismo, la demandante tuvo la oportunidad de leer, preguntar incluso sustraerse del documento que estaba firmando en ese momento. La demandante no puede endilgar responsabilidad alguna por el menor dado, dado que su traslado obedeció a una decisión libre y consiente de permanecer al RAIS y afiliarse a este régimen pensional, no podemos llegar al absurdo de que por el desconto de la mesada pensional se desconozca y se deje sin efectos y sin ningún tipo de consecuencia legal la manifestación inequívoca de la voluntad de las personas. Respecto a la información suministrada, el fallo emitido el día de hoy, presupone la aplicación de presupuestos jurídicos inexistentes para la fecha de afiliación y posterior traslado realizado. Es más, véase que el ente que vigila las AFPs han sido enfáticos en señalar que la obligación de obtener información clara, cierta, comprensible y oportuna, respecto a las condiciones de afiliación nace en el ordenamiento jurídico Colombiano únicamente a partir de la entrada en vigencia del Decreto ley 2241 del 2010, así las cosas, el concepto 2017056668-001 del 12 de junio de 2017, la Superintendencia Financiera indicó “la obligatoriedad de ofrecer una asesoría entendida como la información clara cierta, comprensible y oportuna respecto a las condiciones de su afiliación, de manera tal que el consumidor financiero pueda tomar la decisión informada de vincularse a dicho régimen, o

También presentó recurso el apoderado de COLPENSIONES. Pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra. Afirma que la juez de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del Sistema, que obliga a realizar una ponderación entre los beneficios individuales y los beneficios de todos los afiliados al Sistema, a fin de evitar la descapitalización del RPM, y advirtió que la decisión dictada en primera instancia va en contravía de los principios constitucionales de equidad y eficacia pensional, pues la demandante estuvo por fuera del RPM durante más de 20 años y ahora, con base en una omisión en la información pretende obtener un beneficio personal y retornar al RPM (CD 2, minuto 55:18)².

trasladarse entre administradoras, se encuentra expresamente consagrado a partir del 1° de julio de 2010, fecha que entra en vigencia el Decreto 2241” lo cual claramente evidencia que un desarrollo legal de casi una década posterior o más a la fecha de afiliación. Ratificando de esta manera que la expresión del decreto 2555 de 2010, el Decreto 2072 de 2016 y la ley 1748 de 2015 que las administradoras de los fondos de pensiones adquirieron en su cabeza la obligatoriedad de asesorar e informar tanto a sus afiliados como para el público en general. De hecho la obligatoriedad de explicar a sus afiliados las consecuencias del traslado de régimen pensional no es solo a partir del art. 3 del Decreto 2070 de 2015, eso es casi 20 años después de la fecha de afiliación. No puede pasarse por alto que en el momento de la afiliación se da una información necesaria y suficiente sobre el alcance de las consecuencias del traslado de régimen pensional, en este sentido la demandante alega una falencia respecto de la información entregada por los fondos de pensiones, a los cuales se encontraba afiliada, no obstante, la obligación de información y buen consejo no se encontraba vigente para ese entonces. La demandante realizó, como se dijo, un traslado horizontal de AFP's, para ese entonces se encontraba vigente las obligaciones contenidas en el decreto 656 del 95, en el cual, por política de empresa, como se dijo, los asesores comerciales al momento de la asesoría verbal tenían que cumplir a cabalidad, y de acuerdo a la demandante en la propia demanda manifiesta se le dio información general y comprensible respecto a las condiciones y características del régimen por esta seleccionado. En consideración a lo antes dicho, el fallo hoy emitido presupone aceptar que el desconocimiento de la ley tiene capacidad suficiente para indilgar un vicio del consentimiento convidando con esto a desdibujar un principio del ordenamiento legal colombiano, lo cual a la postre implica una violación a los art. 9 y 1509 del Código Civil, que de manera clara señala que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Adicionalmente, su señoría, respecto al allanamiento, lo cual a consideración del despacho, es suficiente para demostrar o evidenciar de cierta manera que la demandante no recibió información, debe entenderse que el allanamiento debe ser de la parte y no solo de los demandados, por ende, este allanamiento carece de todo sustento, en la medida que como se dijo, mi AFP obro, la AFP que yo represento obro de buena fe, y cumple la ley de acuerdo a lo establecido para la fecha del traslado. No es dable que se le exijan cumplimiento de requisitos adicionales que no existían ni eran vigentes para la fecha de afiliación. En los términos anteriores dejo sustentado el recurso de apelación, para que sea estudiado por el H. Tribunal Superior de Bogotá, muchas gracias”.

² *“Muchas gracias señora Juez, estando dentro de la oportunidad que me permite la ley, interpongo recurso de apelación contra la decisión que se acaba de adoptar, solicitándole al H. Tribunal de Bogotá, Sala Laboral, que revoque a la misma y absuelva a COLPENSIONES de las pretensiones. Básicamente esta apelación se basa en algo que la señora Juez no tuvo en cuenta al momento de su decisión, y que fueron objeto de mis alegatos, en cuanto al tema*

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

de la sostenibilidad del sistema que administra mi representada, pues, situación importante y que debe tenerse en cuenta y presente en esta decisión, toda vez que debe decirse en principio que el art. 2 de la ley 797 de 2013 establece la libre escogencia entre regímenes pensionales y también la posibilidad de trasladarse una vez cada 5 años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad del sistema pensional, el art. 1 del decreto 3800 del 2003, limitó este derecho cuando al afiliado le faltaren 10 años o menos para alcanzar la edad mínima de pensión. Al respecto, y sobre la constitucionalidad de las anteriores restricciones, se pronunció la Corte en siguiente sentencia, en la sentencia C 242 de 2009 Magistrado ponente Mauricio Gonzales Cuervo, expresó que las reformas a los regímenes pensionales, en particular garantiza la sostenibilidad del sistema pensional y la financialidad de los otros potenciales pensionados, esta finalidad es constitucionalmente relevantes, obligan a la ponderación entre beneficios individuales y beneficios al sistema, art. 48 de la Constitución Política, ella explica que esta Corte haya puesto de presente que el legislador no está obligado a sostener en el tiempo las expectativas que tiene las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado, su potestad de configuración legislativa le habilita a modificar los regímenes jurídicos en función de nuevas variables en razones de oportunidad o conveniencia y a otros intereses, circunstancias contingentes que deben priorizar para lograr los fines del Estado Social de Derecho desde luego consultando parámetros de justicia y equidad y con sujeción a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. En igual sentido, la Corte Constitucional en sentencia C 1024 del 2004, cuyo contenido reprodujo en la pertinente la sentencia SU 62 del año 2010, la Corte dice que el objetivo perseguido con señalamiento del periodo de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen de solidaridad de prima media con prestación definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido en el fondo común, y que por lo mismo no fueron tenidas en consideraciones en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro pago de sus pensiones y su reajuste periódico, pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximas 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 de derechos irrenunciables a la pensión del resto de los 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 las sumas efectivamente cotizadas, permitir que un persona, como es el caso de las demandante, próxima a la edad de pensionarse, se beneficie y resulte subsidiada por cotizaciones de los demás, resulta contrario no solo al concepto de constitucionalidad de equidad, art. 95 de la Constitución, sino también al principio de eficacia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago de forma adecuada, oportuna y suficiente a los beneficios a que da derecho la seguridad social. En ese sentido, y teniendo en cuenta esa sostenibilidad del sistema financiero, y dado que la demandante estuvo por más de 20 años por fuera del régimen de prima media, y que ahora alegando una falta de información de la AFP y que no se dio durante esos 20 años, pretenda retornar al régimen que administra mi representada, por un beneficio particular, resultaría contrario no solo a la ley, sino a la Constitución de nuestro país. En este sentido, solcito se revoque la decisión que se acaba de adoptar el día de hoy y se absuelva a COLPENSIONES de las pretensiones, muchas gracias”.

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 vigencia 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 (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones, la demandante tenía 38 años de edad y había cotizado 450 semanas³, y que para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 7 meses y 24 días)⁴.

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵ ⁶, según el cual, se debe

³ Según historia laboral válida para bono pensional allegada por PORVENIR en folios 128 y 129.

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*

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's han tenido siempre la obligación de brindar información 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: "Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que

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".

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) que 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 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*” (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 la AFP COLFONDOS no demostró haberle brindado información suficiente 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, y se confirmará en cuanto ordenó el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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*” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como un “*saneamiento*” la ratificación de la actora por el paso del tiempo o con posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 29 de agosto de 1996 a COLFONDOS SA, y posteriormente se trasladó a PORVENIR el 6 de marzo de 1997 – ver formularios de afiliación a folios 119 y 169 del plenario); y, que esta declaración (la ineficacia), obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, “*pues desde el*

nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para declarar que bien puede esta entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

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 causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
- 2. CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
- 3. COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho a cargo de PORVENIR S.A.



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 LUIS EMIRO PINTO BERMÚDEZ CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas y estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 14 de enero de 2020 por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS EMIRO PINTO BERMÚDEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene su traslado al RPM pues la solicitud de afiliación que elevó al ISS, hoy COLPENSIONES, el 19 de marzo de 2003, no fue tramitada bajo el argumento equivocado de no cumplir la permanencia de 5 años en el RAIS. De forma subsidiaria, pide que se declare la nulidad de traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 19 de marzo de 1999, con fundamento

en que los asesores del fondo privado no hicieron un análisis juicioso y profesional sobre las circunstancias y las desventajas que implicaban el cambio de régimen. Como consecuencia de lo anterior pide que se trasladen a COLPENSIONES los aportes, rendimientos y semanas cotizadas en el RAIS (ver demanda en folios 3 a 30 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, compareció al proceso mediante apoderada, quien contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen se realizó con plena voluntad del demandante, quién por decisión propia escogió el RAIS con la posibilidad de trasladarse de régimen cada 5 años contados a partir de la selección inicial. Aduce que la conveniencia de pertenecer a un régimen o a otro resulta clara cuando la persona perdía el régimen de transición, o había cumplido alguno de los requisitos dispuestos en la ley para alcanzar la pensión en el RPM, o incluso para quienes tenían una expectativa cercana de acceso a la prestación, condiciones que no cumplía el demandante pues para la fecha del traslado (año 1999) le faltaban más de 19 años para cumplir la edad de acceso a la pensión en el RPM. Adicionalmente, manifiesta que la obligación de realizar proyecciones pensionales solo surgió con el Decreto 2071 de 2015, pero de todas formas, en el momento en que operó el traslado de régimen resultaba imposible establecer el monto de la prestación que permitiera al demandante evaluar cuál sería a futuro el régimen más favorable, y advirtió que las características del RAIS están plasmadas en la Ley (artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993) por lo que su ignorancia no sirve de excusa. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 107 a 116 del plenario).

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 incoadas con

fundamento en que el traslado de régimen del demandante es válido dado que no está inmerso en vicios del consentimiento, no se celebró en contra de una prohibición legal, ni se realizó bajo engaños ni medio de coacción alguna. Afirma que contrario a lo aducido en la demanda, al demandante sí se le brindó información sobre los regímenes pensionales existentes, el funcionamiento, características, diferencias, ventajas y desventajas entre ellos, las posibilidades de traslado, los tiempos mínimos de permanencia, los modos de pensión en el RAIS, y sobre las implicaciones derivadas del traslado. Además, advirtió que la naturaleza del RAIS deja en manos del afiliado la decisión respecto de su futuro pensional a través de la planeación y el ahorro. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 164 a 172 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de enero de 2020, mediante la cual la Juez Diecinueve (19) 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). La parte resolutoria de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor LUIS EMIRO PINTO BERMÚDEZ identificado con la cédula 17.806.738 de Riohacha, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al Régimen Individual con Solidaridad administrado por la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR identificada con el NIT el número 800144331-3 realizado el 29 de marzo de 1999 por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado el demandante el señor LUIS EMIRO PINTO BERMÚDEZ de cédula 17.806.738 de Riohacha al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –*

COLPENSIONES del 1° de enero de 1983 a la actualidad como si nunca se hubiese trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de la sentencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR identificada con el NIT 800.144.331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor LUIS EMIRO PINTO BERMÚDEZ de cédula 17.806.738 de Riohacha, como es cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales y rendimientos generados en su cuenta de ahorro individual por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. SEXTO: si no es apelada la presente decisión se ordena remitir el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que allí se surta el grado jurisdiccional de consulta” (CD 2, hora 1, minuto 9:34).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que las administradoras demandadas no demostraron haber cumplido el deber de asesoría veraz, suficiente y transparente al demandante sobre su situación pensional, para que pudiera tomar una decisión informada, y advirtió que la suscripción del formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de ese deber.

RECURSOS DE APELACIÓN

Sobre la decisión anterior presentaron recurso de apelación PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

En recurso PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia y se le absuelva de las pretensiones incoadas. Afirma que el demandante tomó su decisión de traslado de manera libre, voluntaria y sin vicios en el consentimiento, y resaltó

que para la época del traslado las normas no exigían que se brindara asesoría por escrito, y que el demandante efectuó cotizaciones voluntarias al RAIS para el año 2014, lo que denota que sí conocía las implicaciones del traslado de régimen. Además, advierte que tanto la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional han estimado que los procesos de nulidad de traslado se deben estudiar según las particularidades de cada caso, y considera que no se puede comparar la mesada pensional en el RAIS respecto de la mesada pensional en el RPM, pues en cada caso las normas prevén formas distintas de liquidación (CD 2, hora 1, minuto 11:31)¹.

¹ *“Su señoría de manera respetuosa manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la anterior providencia porque si bien y basado en las consideraciones allegadas a este despacho en los alegatos de conclusión, además de ellas también su señoría manifiesto a este despacho que el demandante contaba también con afiliaciones voluntarias al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, esto para el año 2014 su señoría y si bien el demandante no solamente contaba con afiliaciones al fondo de pensiones obligatorias sino que además contaba con voluntarias, pues asiste extraño su señoría a esta representada que el demandante no tuviera conocimiento de cuáles eran las implicaciones del cambio de régimen pensional. También su señoría, tal como lo manifesté en los alegatos de conclusión, resulta extraño la contradicción realizada por el demandante en su interrogatorio de parte respecto a las afirmaciones, data su señoría que el demandante se limitó solamente a decir que no le constaba ninguna afirmación pero si bien su señoría es menester entender que para que una persona tenga la convicción de trasladarse pues tuvo que haber una asesoría o un convencimiento de algo respecto a la afiliación realizada por Porvenir, su señoría también es importante resaltar que tanto ha establecido la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional que los casos de nulidad de traslado son casos particulares y deben estudiarse en su totalidad, si bien su señoría en este caso preciso pues el demandante al realizar esa gestión de traslado pues se encontraba inmerso en las condiciones del Régimen de Ahorro Individual este no tiene conocimiento tampoco de la mesada pensional que le asiste en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad por cuanto solicita un traslado sin que tenga una base precisa de que su caso particular va a tener una disminución de la mesada pensional, debe recordarse su señoría también que la forma de liquidar las mesadas pensionales en el Régimen de Ahorro Individual obedece a lo mismo establecido en la norma que se ciñe a lo ahorrado en la cuenta individual del afiliado por cuanto no puede haber una comparación entre la mesada pensional del Régimen de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, puesto que su liquidación se prevé distinta en la norma. También su señoría, es importante resaltar que si bien mi representada tal como usted lo manifestó, no desplegó ninguna otra información adicional, no es menos cierto su señoría que para el año de 1.999 pues no existía ninguna norma en la que exigiera a las administradoras de pensiones realizar una asesoría de carácter escrito y si bien eso no es obvio para entender que mi representada no agotó a plenitud los requisitos establecidos por la norma dando toda la información completa, clara, en la asimetría que el afiliado pudiera tomar la decisión mejor para su futuro pensional, tanto así que el demandante de manera libre y voluntaria porque no media vicio en el consentimiento, no se demuestra que haya habido un error, una fuerza, una coacción que haya llevado al demandante a suscribir el contrato de afiliación sino que él mismo lo suscribió, permaneció afiliado durante todo este tiempo al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, se limitó su señoría a realizar una solicitud cuando se encontraba inmerso en la prohibición de los 10 años, prohibición de la cual Porvenir no puede desconocer porque si bien está establecida por la ley todas las Administradoras de Pensiones se rigen bajo el principio de legalidad que su funcionalidad depende de la norma por cuanto le ruego al Honorable*

En el recurso de COLPENSIONES también pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva de las pretensiones incoadas en su contra. Aduce que las proyecciones pensionales que la demandante aportó en el proceso no son prueba útil para demostrar un eventual vicio en el consentimiento que prestó para efectuar su traslado de régimen, y resaltó que la obligación a cargo de las AFP's de disponer de herramientas financieras o proyecciones pensionales para los potenciales afiliados surgió con el Decreto 2071 de 2015, y de todas formas, estas proyecciones solo son un estimado eventual de la pensión futura. Además, refiere que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de este régimen están consagradas en el artículo 59 de la Ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos, por lo que la ignorancia de la ley no sirve de excusa, y advirtió inconsistencias en el interrogatorio de parte que rindió el actor, en la solicitud de traslado al ISS que elevó en el año 2003, y en los aportes voluntarios que pagó en el RAIS. Finalmente, expuso que este tipo de decisiones ponen en riesgo la sostenibilidad financiera del Sistema Financiero que administra COLPENSIONES, la financiación de las pensiones de los potenciales pensionados, y la descapitalización del Fondo Común del RPM (CD 2, hora 1, minuto 15:04)².

Tribunal revocar la sentencia proferida y en su lugar absolver a mi representada de las pretensiones incoadas en su contra."

² "Gracias señora Juez, estando dentro de la oportunidad que me permite la ley interpongo el recurso de apelación el cual procederé a sustentar de la siguiente manera. En cuanto a las consideraciones que tuvo en cuenta la señora Juez para decretar la ineficacia del traslado en ese año 1999 del señor Luis Emiro, es de tenerse en cuenta que pues en todo el transcurrir de esas consideraciones se recalcó mucho que esa ineficacia se daba en base pues a la falta de información que dice ... o dice el demandante no haber recibido, al respecto es de decirse que pues la falta de información en que se basó la AFP demandada pues al decir que pues no se realizó una proyección pensional al señor Luis Emiro Pinto Bermúdez al momento de su traslado por lo que es de tenerse en cuenta que esas proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que se decidió su traslado dentro de las opciones de la ley que la ley daba, sumado a ello dicha obligación de emitir por parte de la AFP herramientas financieras o proyecciones pensionales a los potenciales afiliados nació en el decreto 2071 del 2015, es decir, con posterioridad al traslado del demandante. Además, el mencionado decreto en su artículo 2.6.2.10.4.3 párrafo 2 establece, las proyecciones que trata este artículo proporciona para las Administradoras del Régimen de Ahorro Individual con solidaridad a través de herramientas financieras deberán entenderse como un cálculo estimado de la eventual futura pensión, la Administradora deberá informar al afiliado que la mesada pensional resultante es una mera

proyección y no un derecho consolidado por fundamentarse en una simulación de supuestos futuros probables, pero sin certeza sobre la concurrencia. Además, como quiera que al momento pensional en el RAIS también depende de variables como el rendimiento financiero de los fondos sujetos al comportamiento fluctuante de la economía e incierto resulta establecer una posible monto que le permitiera en ese momento 2017 al demandante evaluar cuál sería en futuro el régimen más favorable, en esa medida no se puede afirmar que el silencio de la AFP Porvenir en este punto del aspecto constituya falta en el deber de información, por otra parte, observando que el demandante manifiesta que la falta de información también radica en que no se le explicaron las ventajas y desventajas del Régimen de Ahorro Individual, debe precisarse que las características, condiciones y modalidades pensionales propias de este régimen están consagradas en el artículo 59 y siguientes de la ley 100 de 1993, norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de la promulgación, por tanto, no es dable alegar la ignorancia como excusa a voces de la cual prevé el artículo 9 del Código Civil para atribuir a la AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la ley. Ahora bien, para este apoderado pues causa curiosidad que si bien el demandante alega una falta de información y desconocimiento de ventajas y desventajas, entonces por qué en el 2003 si no conocía o si no tenía claro por qué solicitó nuevamente retornar a Colpensiones si no tenía clara esas desventajas o ventajas de permanecer en uno u otro régimen, entonces, causa curiosidad a este representante pues ese intento nuevamente de retornar al régimen que administra mi representada, también causa curiosidad de ¿por qué posteriormente hizo aportes voluntarios si no conocía el régimen?, también se notó y pues por parte del demandante contradicciones en el interrogatorio que se surtió en esta instancia toda vez que cuando la representante de la AFP Porvenir le preguntó que si conocía que se podía pensionar anticipadamente contestó que no pero cuando la señora Juez le hizo la misma pregunta contestó que sí, entonces ¿por qué esas contradicciones en ese interrogatorio? Entonces tenemos que ese tipo de decisiones como la que se acaba de adoptar el día de hoy por parte de este despacho pues obviamente ponen en riesgo la sostenibilidad del sistema financiero que administra mi representada, al respecto tenemos que decirse que pues la Corte Constitucional en sentencia C-242 del 2009 Magistrado ponente Mauricio Cuervo, expresó que la reforma a los regímenes pensionales en particular garantiza la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiadad de otros potenciales pensionados, esta finalidad es constitucionalmente relevante si obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema, artículo 48 de la Constitución, ello explica que esta Corte haya puesto de presente que el legislador no está obligado a sostener en el tiempo las expectativas que tienen las personas conforme a las leyes vigentes en un momento determinado, su potestad de configuración legislativa le habilita a modificar los regímenes jurídicos en función de nuevas variables razones de oportunidad o conveniencia y a otros intereses y circunstancias contingentes que deben priorizar para lograr los fines del Estado Social de Derecho, desde luego consultando parámetros de justicia y equidad y con sujeción a criterios de racionalidad y proporcionalidad. Al igual sentido la Corte Constitucional en sentencia C 1024 del 2004 cuyo contenido reprodujo de lo pertinente la sentencia C 062 del año 2010 establece que el objetivo perseguido del señalamiento del periodo de carencia de la norma acusada consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen de solidaridad de prima media con prestación definida, que se produciría si permitiera que las personas que no han contribuido como es el caso del demandante al fondo común y que por lo mismo no fueron tenidas en consideración en la realización del calculo actuarial para determinar las sumas que representarán el futuro del pago de sus pensiones y su reajuste periódico, pudiesen trasladarse de régimen cuando llegasen a estar próximas 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 las pensiones del resto de cotizantes. Entonces en este sentido señores magistrados pues, honorables magistrados tenemos que pues, no se puede pues que en base en estas decisiones por una supuesta falta de información de una persona que estuvo por más de 20 años por fuera del régimen que administra mi representada y que ahora pues, por una conveniencia personal pretenda retornar al mismo, aduciendo una falta de información pues como ya lo dije teniendo en cuenta pues esas contradicciones que se dieron en el interrogatorio y pues ese tema de que intentó retornar en 2003 al régimen que administra mi representada aún cuando dice no conocerlo, y que posteriormente hizo aportes voluntarios en

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 vigencia 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

el RAIS aun cuando dice no conocerlo, entonces esta decisión del día de hoy en el cual se le otorga esa ineficacia de ese traslado que se produjo en 1999 obviamente afecta de sobremanera al régimen que administra mi representada y por estas razones y por lo actualmente anterior, pues le solicito muy respetuosamente se revoque la decisión que se acaba de adoptar el día de hoy y en consecuencia, se absuelva de las pretensiones a mi representada, muchas gracias”.

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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que el demandante se afilió al Fondo de Pensiones tenía 42 años de edad y había cotizado 887.71 semanas³, y para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 3 meses y 24 días)⁴.

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

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 de

³ Según historia laboral allegada por COLPENSIONES en folios 139 a 145.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Cabe advertir que la solicitud de vinculación a COLPENSIONES presentada el 19 de marzo de 2003 (folio 61), no podía surtir efectos, en atención a lo establecido en el literal e, artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues solo habían transcurrido 4 años desde su vinculación RAIS (folio 45)

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6 7}, según el cual, se debe 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's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información 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*

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"*.

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. En ese sentido, 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 si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado en ese momento una expectativa pensional cercana, o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 la AFP PORVENIR no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de

traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

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”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo, o por aportes voluntarios que se pudiesen haber efectuado en dicho régimen (aspecto que de todas formas no se encuentra probado en el plenario).

Adicionalmente, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para: (i) ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que el demandante estuvo afiliado, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), pues esa Corporación ha estimado que la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO); y (ii) para declarar que COLPENSIONES bien puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan 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 incurrió el fondo de pensiones.

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 **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA** a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de **LUIS EMIRO PINTO BERMÚDEZ** en el **RAIS**, con destino a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, y para **DECLARAR** que **COLPENSIONES** bien puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de **PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



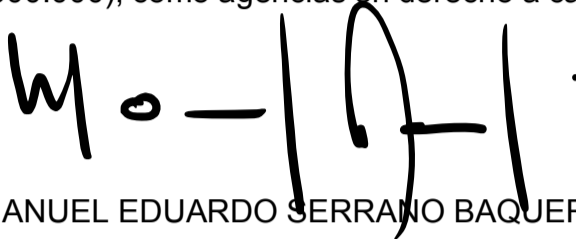
HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000), como agencias en derecho a cargo de PORVENIR S.A.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, followed by a period.

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 BEATRIZ YOHANA QUIROZ GONZÁLEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 1° de julio de 2020 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Laura Rocío Martínez Lizarazo, con T.P. 280.323 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (ver folio 10).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, BEATRIZ YOHANA QUIROZ GONZÁLEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, para que

mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad e ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 28 de abril de 1995 y ratificado el 7 de julio del año 2000, con fundamento en que se presentaron vicios en el consentimiento, por no haber recibido información veraz, oportuna, clara y suficiente, por no haber suscrito el formulario de afiliación a la AFP COLFONDOS que data del 28 de abril de 1995, frente al formulario que data del 7 de julio de 2000 que sí suscribió, porque frente a las irregularidades que la afiliada expuso ante el fondo le indicaron que debía firmar el formulario, y si no lo hacía, perdería su bono pensional y la posibilidad de adquirir su pensión en el futuro. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación de la demandante en COLPENSIONES sin solución de continuidad y se ordene el traslado de los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros (ver demanda en folios 3 a 28 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante escogió de forma libre su afiliación en el RAIS, y no puede retornar al RPM pues se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse entre regímenes pensionales (literal e, artículo 13 de la Ley 100 de 1993) y no cuenta con 15 años de cotizaciones al Sistema para el 1° de abril de 1994 (como lo exige la SU-062 de 2010), y advirtió que las características del RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993 y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Propuso como excepciones: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, imposibilidad de traslado, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, error de derecho no vicia el consentimiento, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, prescripción de la acción, enriquecimiento sin justa causa y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 77 a 92 del plenario).

También contestó COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante seleccionó el RAIS de manera libre y

voluntaria, después de que los asesores de COLFONDOS le brindaran información sobre las implicaciones del traslado de régimen, y sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, y advirtió que no se presentaron vicios en el consentimiento ni ocultamiento de información en el acto de traslado. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, falta de legitimidad en la causa por pasiva, buena fe, 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 de traslado, compensación y pago y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 124 a 141).

Terminó la primera instancia con sentencia del 1° de julio de 2020, mediante la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado de Régimen Pensional de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuada por la señora BEATRIZ YOHANA QUIROZ GONZÁLEZ a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., realizada el día 28 de abril de 1995 y el 7 de julio del 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR, como aseguradora de la demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD COLFONDOS S.A. FONDO ADMINISTRADOR DE PENSIONES Y CESANTÍAS, a devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada BEATRIZ YOHANA QUIROZ GONZÁLEZ junto con los rendimientos financieros causados, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese a su respectivo emisor. CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada*

COLPENSIONES y a favor de la señora BEATRIZ YOHANA QUIROZ GONZÁLEZ, tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes” (video audiencia, hora 1, minuto 4:08).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, advirtiendo que el precedente cabe al margen de que se trate de una persona beneficiaria del régimen de transición o que tuviese una expectativa legítima, además concluyó que en el formulario de afiliación se observan varias inconsistencias (pues la firma no coincide con la consignada en los demás formularios de afiliación), por lo que no se tiene certeza si el traslado se hizo o no **con** el consentimiento de la demandante, pero de todas formas, la AFP no demostró que el traslado de régimen hubiese estado precedido de una libertad informada ni que se le hubiese brindado información completa y suficiente.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, y de forma subsidiaria, se revoque la condena en costas y se ordene el traslado del valor total de la cotización que recibió. Aduce que la afiliación de la demandante a la AFP se realizó en uso **del** derecho a la libre escogencia del régimen pensional, que no se demostraron vicios en el consentimiento que prestó para conseguir su traslado de régimen, y considera que la actora no puede eximir su responsabilidad y escudarse en su desconocimiento de la ley, pues como consumidora financiera tenía la obligación de informarse sobre las condiciones del Sistema General de Pensiones. Además, manifiesta que la demandante no cumple los requisitos para retornar al RPM en cualquier tiempo, pues no es beneficiaria del régimen de transición y se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales, y advirtió que las decisiones judiciales que se están tomando en esta materia afectan el principio de sostenibilidad financiera del Sistema. Frente a la condena en costas afirma que la entidad actuó de buena

fe, aplicando la normatividad vigente en la materia, y pidió que se ordene el traslado de la totalidad del valor del aporte, esto es, recursos de la cuenta de ahorro individual, valores abonados al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración (video audiencia, hora 1, minuto 6:59)¹.

¹ “Gracias su señoría, bueno, me permito interponer y sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por su despacho en todos los numerales, para que el Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral revoque la anterior y en su lugar se absuelva a mi representada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la parte demandante conforme a los siguientes argumentos de orden fáctico y jurídico a saber. Bueno, en primer lugar, tenemos que la afiliación de la demandante al fondo privado se efectuó en el ejercicio legítimo que tenía la demandante en su derecho a la libre escogencia al régimen pensional, según lo preceptuado en el artículo 13 literal D de la ley 100 de 1993 modificado por su artículo 2 de la ley 797 del 2003 y no puede alegar ya cuando está próxima a la edad exigida por el Régimen de Prima Media que no hubo una asesoría como tampoco fue informada de las ventajas o desventajas al cambiarse de régimen, cuando una de las obligaciones del consumidor financiero del Sistema General de Pensiones estipulado en el Decreto 2241 del 2010 en su artículo 4 abro paréntesis dice (informarse adecuadamente las condiciones del sistema general de pensiones, del nuevo sistema de administración de multifondos y de las diferentes modalidades de pensión, cierro paréntesis) acción que no realizó la demandante y que pone de excusa el desconocimiento de la ley cuando eso no lo exime de responsabilidades. No debe declararse la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al RAIS ni declarar la afiliación a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones en la medida que se pretende invalidar un acto que no solo fue válido sino que produjo efectos jurídicos, tanto que, la demandante efectuó aportes al fondo privado adquiriendo obligaciones por lo que no es posible derivar obligaciones a cargo de mi representada, además, la demandante no reúne los requisitos legales para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones ello por cuanto no está cobijado por el régimen de transición y por tanto no puede regresar al Régimen Prima Media con Prestación Definida en cualquier tiempo, debió hacerlo cuando le faltaren más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión, la solicitud la elevó pues ya cuando le faltaba tan solo 4 años para adquirir el estatus en el Régimen de Prima Media. No se evidencia en el expediente que la demandante se le hubiere hecho incurrir en error, falta del deber de información por parte de la AFP o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, error, fuerza o dolo, quedó demostrado por la accionante que su afiliación se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, en la actualidad estas decisiones tomadas por los juzgados judiciales de declarar la nulidad, en este caso la ineficacia quebrando el principio de sostenibilidad financiera consagrada en el artículo 48 de la Constitución modificado por el Acto Legislativo 01 de 2005, pues genera una situación caótica que altera la debida planeación en el pago de las pensiones de las personas que venían aportando al sistema ayudando al sostenimiento del mismo, por lo tanto, no le asiste derecho a la demandante la ineficacia del traslado debido a que una vez estudiado el caso dentro de los límites comprendidos en los fundamentos de la demanda, esto y con las normas y jurisprudencia que integran el ordenamiento jurídico vigente es notable una ausencia de sustento jurídico que justifique acceder a las pretensiones. La Corte Constitucional en las sentencias 1024 del 2004 cuyo contenido reprodujo en lo pertinente en la sentencia C-062 del año 2010 dijo lo siguiente, me permito leer lo que ha dicho la Corte abro paréntesis (el objetivo perseguido en el señalamiento del periodo 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 producirá 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

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 vigencia 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*

sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico, pudiesen trasladar 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, cierro paréntesis). Su señoría, solicito también a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que sea exonerada de costas a mi representada impuestas en la sentencia tal que mi representada ha actuado de buena fe aplicando la normatividad vigente, para el caso concreto pues no podía dar traslado al régimen toda vez que, la norma dice que se encuentra dentro de una prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la ley 797 del 2003, la cual modificó el artículo 13 de la ley 100 de 1993 y, pues a la actualidad la señora tiene 52 años por lo que se encuentra dentro de una prohibición legal y pues solo mi representada puede hacer lo que expresamente está en la ley, entonces solicito a los Honorables Magistrados exonerar de costas a mi representada, también solicito que de proceder con la ineficacia del traslado reintegre la total de cotización, es decir, recursos de cuenta individual de ahorro, cuentas abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, anulación de bonos pensionales, porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración según se advierte en la sentencia SL del 8 de septiembre del 2008 radicado 31989, SL 17595 del 2010 y SL 4989 del 2018 y SL 1421 del 2019 con radicado 56164, toda vez que en la sentencia proferida solo dice que todos los, todos los aportes que hizo la señora pero pues sin mencionar estos aportes o recursos que hacen parte de la cuota de la señora, por lo anterior, ruego a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Cundinamarca Sala Laboral que sean considerados los argumentos esbozados y en consecuencia sea revocada en su numeral uno, dos, tres y cuatro la sentencia proferida por este Juzgado, muchas gracias su señoría, queda sustentada mi recurso”.

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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 26 años de edad y había cotizado 156,71 semanas², y que para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía solo 2 años, 1 mes y 12 días)³.

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

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES a folio 93 del expediente.

³ *Ibidem*.

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{4 5}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar información al afiliado, y que 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*

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 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 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 la AFP COLFONDOS no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. 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” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la ratificación de la actora por el paso del tiempo, o por la suscripción del formulario de afiliación en la misma AFP el 7 de julio de 2000 (ver folio 38) a fin de subsanar las irregularidades que se presentaron en la afiliación inicial con la cual pudo operar el traslado de régimen pensional (el 28 de abril de 1995 – ver folio 32).

Igualmente se confirmará la condena en costas 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, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación en folios 77 a 92).

Adicionalmente, conociendo la apelación y en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en el RAIS, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); y 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 dichos perjuicios en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en la apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia, para **CONDENAR** a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de BEATRIZ YOHANA QUIROZ GONZÁLEZ en el RAIS, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, y 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.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE GUILLERMO CAMACHO PARDO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN Y LAS INTEGRADAS EN LITISCONSORCIO NECESARIO - OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS- Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por COLPENSIONES, PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A, OLD MUTUAL S.A, y en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 10 de junio de 2020 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Yesica Paola Collazos, con T.P. 278.256 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

Téngase a la doctora Brigitte Natalia Carrasco, con T.P. 288.455 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la AFP PORVENIR S.A, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

Téngase a la doctora Leidy Johana Puentes, con T.P. 152.352 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada de la AFP OLD MUTUAL S.A, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

Téngase al doctor Carlos Andrés Jiménez Labrador, con T.P. 317.228 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la AFP PROTECCIÓN S.A, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GUILLERMO CAMACHO PARDO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS. Afirma que lo engañaron con una “*supuesta renta vitalicia*” antes de cumplir la edad y una pensión superior a la que otorgaría Colpensiones. Señala que no le realizaron un estudio detallado de la pensión por lo que considera que su traslado de régimen no fue una decisión informada, autónoma y consciente como tampoco le explicaron las implicaciones del traslado de régimen y el impacto que tendría sobre su mesada pensional. Pide que se ordene a PROTECCIÓN S.A. que traslade la totalidad del ahorro, y a COLPENSIONES que le pague la pensión (ver demanda en folios 2 a 14 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación del demandante tiene plena validez; resaltó que para la época que se efectuó el traslado de régimen no existía la obligación de suministrar información detallada, pues esta surgió con el decreto 2241 de 2010 y señaló que quien debe reconocer la pensión de vejez solicitada es la AFP PROTECCIÓN. Propuso como excepciones: *validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 57 a 65 del plenario).

También contestó la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la vinculación del demandante al RAIS se hizo con todas las formalidades, no hubo vicios del consentimiento, y el actor tuvo suficiente ilustración. Advirtió que el actor no puede soportar la pretensión de la nulidad en las expectativas económicas insatisfechas sobre el valor de la mesada por vejez, y no es posible el traslado porque se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el literal e, artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensión y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 84 a 96).

El juez llamó a integrar el contradictorio en la parte demandada con OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y con PORVENIR S.A., como Litisconsortes necesarios.

Notificada la demanda a OLD MUTUAL PENSIONES CESANTIAS S.A., la contestó mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que sólo a partir de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 se estableció la obligación de poner a disposición de los afiliados todas las herramientas financieras para conocer las consecuencias del traslado o afiliación. Además, señala que el actor conocía las condiciones de pertenecer al RAIS, dado que ya había realizado otros traslados con COLPATRIA, inclusive -dice- realizó cambios de planes de capitalización. Indicó que la decisión del traslado de régimen del demandante fue libre y voluntaria y no basta con alegar vicios del consentimiento se debió explicar y probar en qué consistía cada uno de ellos. Propuso como excepciones: *Prescripción, Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, pago, buena fe y la genérica* (ver contestación en folios 120, 156 a 167).

Notificada también la demanda a AFP PORVENIR S.A., la contestó mediante apoderado, quien se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas, con fundamento en que el demandante es quien debe probar la omisión del deber de información por parte de los asesores de PORVENIR. Afirma que sí le fue brindada al demandante la debida información, lo cual generó una decisión libre y voluntaria de elegir el régimen acorde a sus intereses. Finalmente indica que el demandante tuvo varias oportunidades para revertir la decisión y no lo hizo, lo que muestra su deseo de permanencia en el RAIS. Propuso como excepciones: *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 folios 200, 226 a 248).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de junio de 2020, mediante la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación y traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: “DECLARAR la ineficacia de la afiliación o traslado del demandante GUILLERMO CAMACHO PARDO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, y por ende como consecuencia lógica igualmente, los traslados que se efectuaron a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SKANDIA conforme a lo considerado. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor demandante entre el primero de mayo de 1999 al 31 de agosto del año 2000 como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de cuenta individual, sumas adicionales de aseguradora, con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni*

*por administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia declarada, parágrafo que autoriza efectuar el descuento de dinero que transfirió a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA con ocasión al traslado solicitado por el demandante el primero de septiembre del año 2000. TERCERO: CONDENAR a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS hoy SKANDIA a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor demandante entre el primero de septiembre del año 2000 al 31 de marzo del año 2014, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos individuales, sumas adicionales de aseguradora, con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia declarada, como **parágrafo** igualmente autorizamos a esta AFP realizar el descuento del dinero que transfirió a la AFP Protección con ocasión al traslado de fondos solicitado por el demandante en abril del año 2014. CUARTO: CONDENAMOS a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del señor demandante como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de cuenta individual, sumas adicionales de aseguradora, con todos los frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubiesen causado sin la posibilidad de efectuar descuento alguno ni por administración ni por cualquier otro concepto dadas las consecuencias de la ineficacia declarada. QUINTO: DECLARAR que el señor demandante GUILLERMO CAMACHO PARDO se encuentra afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el ISS hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. SEXTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en su contra. SÉPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones. OCTAVO: CONDENAR en costas a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS*

PORVENIR. NOVENO: CONSULTA a favor de COLPENSIONES.” (CD 2 HORA 1 MIN. 20:38)

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR, no acreditó que hubiese suministrado información suficiente, amplia, adecuada precisa y veraz, sobre las características del RAIS, como para tener certeza de que el actor tomó una decisión consiente sobre el futuro pensional. Destacó que no es suficiente prueba la suscripción del formulario de afiliación, pues este no demuestra los elementos de juicio que tuvo el demandante al momento del traslado. Argumentó que desde la ley 100 de 1993 ya existía el deber de información, y que conforme a reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral existía un deber de información, asesoría y buen consejo, que debían suministrar las administradoras de pensiones. Negó la solicitud de pensión de vejez aclarando que aunque el actor tenía las semanas suficientes, no reunía los requisitos de la edad conforme lo establece la ley. Por último, condenó en costas únicamente a PORVENIR S.A por haber sido quien generó la ineficacia debatida en el proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión la recurrieron todas las demandadas.

PORVENIR aduce que se cumplieron las disposiciones legales vigentes en el año 1999 para la afiliación del demandante, pues para ese momento no era existía el deber de brindar doble asesoría, ni informar sobre los beneficios puntuales de uno u otro régimen, o realizar proyecciones pensionales para definir cuál sería el capital que se debía acumular para alcanzar la pensión en un determinado valor mensual. Señala que con la suscripción del formulario evidencia que la vinculación se efectuó de manera libre y voluntaria, e insiste que el demandante estuvo afiliado por más de 20 años en fondos privados sin manifestar inconformidad lo que demuestra la voluntad de permanecer en el RAIS. Por último, pide que no se le condene regresar los gastos de

administración, ya que son dineros que se utilizaron para la debida gestión de los recursos y generaron rendimientos, y entregarlos a COLPENSIONES, constituiría enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad (CD 2 HORA 1 MIN. 23:55)¹.

¹ “Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación a la sentencia que acaba de proferir su despacho en los siguientes términos. Señores honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral solicito se declaren probadas las excepciones de fondo propuestas en la contestación de la demanda y se revoque la sentencia proferida por el despacho Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, toda vez que mi representada cumplió con las obligaciones legales que le eran exigidas para el año 1999 fecha en la que se realizó el traslado de régimen pensional, en primer lugar porque se suscribió el formulario de afiliación que era un requisito establecido por el artículo 11 del decreto 692 del año 1994 donde de manera expresa indica el actor que el traslado lo hace de manera libre y voluntaria, esa expresión no puede ser considerada como un mero requisito formal o una manifestación vacía pues se trata de una exigencia normativa que no puede ser ignorada y mucho menos los efectos que produce, además de lo anterior, el demandante ratificó por más de 20 años la voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad sin que durante este tiempo manifestara alguna inconformidad con su afiliación. La parte actora contó con varias oportunidades para trasladarse y no lo hizo, sin embargo, debe advertirse que mi representada no estaba en la obligación de proporcionar una doble asesoría, de informar sobre los beneficios puntuales de uno u otro régimen, de realizar proyecciones pensionales y de informar cuál sería el capital que debería tener en la cuenta para alcanzar una determinada mesada pensional, toda vez que estos requerimientos nacieron con posterioridad a la fecha de la afiliación, por cuanto se encuentra ausente del análisis del presente proceso el momento histórico en que se realizó el traslado, pues si bien a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que se debía otorgar por parte de las administradoras, pues dicha información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad inicialmente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y más adelante por varias normas legales y reglamentarias. Señores magistrados, es importante resaltar que la conveniencia de régimen depende de circunstancias que pueden variar con el tiempo por lo que un momento determinado de la vida a una persona le puede ser más beneficioso uno u otro régimen dependiendo de sus condiciones, igualmente, estábamos frente a una persona que tenía las capacidades mentales para tomar la decisión en los términos del artículo 1502 del Código Civil y que por disposición legal la libertad de elección del régimen pensional está en cabeza del afiliado.

Ahora bien, frente a la afiliación al Sistema de Seguridad Social no existe una relación contractual por lo tanto no existe una debilidad de negociar o una posición dominante por parte de mi representada, pues tanto la doctrina como la jurisprudencia en seguridad social han explicado que la relación jurídica de la afiliación es de carácter administrativo por tanto el contenido de esta relación no es acordado entre las partes, pues se concretan en conjunto de los derechos y obligaciones que ya están establecidos en la ley. Por último, la sentencia que está siendo apelada tomó en cuenta las consideraciones de la figura jurídica de la ineficacia, la cual en ninguna norma da lugar a que por ausencia de la información completa al afiliado se pudiera declarar la misma y sin que signifique una manifestación en contra de los intereses de mi representada debe decirse que la consecuencia de la ineficacia es entender que el vínculo nunca existió, es decir, que el demandante nunca estuvo afiliado, significaría decir entonces que sus aportes nunca fueron a una cuenta de ahorro individual, que fue administrado por mi representada y frente a la cual se generaron unos rendimientos, por lo tanto, si nunca se hizo esta afiliación no habría lugar a devolver los rendimientos que generaron durante todos los años en que el demandante estuvo afiliado, igualmente ocurre con la condena del despacho de repesar los gastos de administración, pues son dineros que se utilizaron para la debida gestión de los recursos que están siendo aportados y que gracias a esta gestión se generaron los rendimientos que hoy el fallador está determinando regresar a Colpensiones, constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones afectando el pecunio de mi representada quien en todo momento y el lapso de la relación

OLD MUTUAL S.A. afirma que el numeral tercero de la sentencia que le ordenó a *Skandia* devolver valores causados por la afiliación que tuvo el demandante sin tener en cuenta que él se trasladó en el año 2014 a PROTECCIÓN S.A y en ese momento se devolvieron todos los valores y se entregaron \$447'855.214,85, y no existe ningún valor en la cuenta del demandante ni siquiera gastos de administración pues con la devolución de los aportes van incluidos dichos gastos. Aduce que la misma ley (artículo 20 de la ley 100 de 1993) estableció el porcentaje de comisión para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte, y la otra parte para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje fue pagado a las aseguradoras para cubrir estos riesgos que protegieron las posibles contingencias del demandante y por ende al utilizar esos recursos en la administración de la cuenta de ahorro individual, se hace imposible su devolución. Alega que el aquo se extendió de manera ultra y extra petita ya que en ninguna pretensión se pide devoluciones a los fondos aquí demandados. (CD2 HORA 1 MIN. 28:14)².

jurídica con el demandante actuó de buena fe, condecoro, transparencia y rectitud, lo que permite concluir entonces que la finalidad del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones se cumplió a cabalidad frente al demandante asegurando así la contingencia a vejez, invalidez y muerte. En los términos anteriores su señoría dejó sustentado mi recurso de apelación.”

² *“Gracias señoría, de manera muy respetuosa y dentro de la oportunidad procesal correspondiente me permito interponer y sustentar el recurso parcial de apelación contra la sentencia proferida en esta audiencia, específicamente en lo que atañe a la condena impuesta a mi representada indicada en el numeral tercero de la sentencia en el sentido de ordenar a la entidad *Skandia* devolver todos los valores por el motivo de la afiliación del aquí demandante, como se ha expresado desde la contestación a la demanda se ha informado, se ha acreditado ante el despacho que efectivamente el señor Guillermo Camacho Pardo estuvo afiliado con nuestra entidad a partir del primero de noviembre del 2000 hasta el 31 de marzo del 2014 y dicha devolución de valores del motivo de la afiliación que impuso el juez en primera instancia se hace inviable y materialmente y físicamente imposible de cumplir dado que como se acreditó desde el 19 de mayo del año 2014 *Skandia* realizó todos los traslados que precisamente por razón o por motivo de la afiliación tuvo en vigencia con *Skandia* la realizó estos traslados a *Protección* por la suma de \$447'855.214,85 que fueron trasladados a *Protección*, motivo por el cual se hace inviable, improcedente, el cumplimiento o acatar dicho fallo dado que hoy día actualmente para la fecha en que se profiere esta sentencia mi representada no cuenta con ningún valor en la cuenta o por motivo de la afiliación de la aquí demandante desde el año 2014, siendo importante también mencionar que frente específicamente con la devolución de los aportes van también incluidos los gastos de administración, es importante también resaltar que en los términos del artículo 20 de la ley 100 del año 93, este porcentaje de comisión se destinó una parte para la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra para sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a las aseguradoras para cubrir los riesgos de invalidez y muerte que protegió y le aseguró estas posibles contingencias al aquí demandante por ese tiempo en que estuvo vinculado con la entidad del año 2000 al 2014 y en*

PROTECCIÓN S.A. pide que se revoque la decisión en cuanto ordenó la devolución de gastos, toda vez que la deducción de este dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante se realizó bajo las disposiciones legales vigentes, y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros en la cuenta de ahorro individual. Indica que la devolución de estos conceptos a Colpensiones no resulta procedente pues los rendimientos generados son producto de la gestión y de la buena administración que Protección S.A ha tenido durante la afiliación del actor e insiste que solo habría lugar a trasladar los aportes sin los rendimientos. (CD2 HORA 1 MIN. 32:22)³

ese orden de ideas no se encuentra en las arcas de Skandia dinero alguno por estos conceptos, igualmente es importante mencionar que no es imposible reintegrar el porcentaje descontado por comisión de administración, teniendo presente que dichos recursos fueron utilizados en la administración de la cuenta de ahorro individual del aquí demandante siendo jurídicamente inviable dar esa devolución que se ordena en este fallo de primera instancia. De manera muy respetuosa le solicito a los honorables magistrados del Tribunal revocar parcialmente la sentencia en este sentido, considerando además que fueron el juez de primera instancia extendió de manera ultra y extra petita las peticiones o solicitudes esgrimidas en la demanda dado que, ninguna de sus solicitudes se habló de dichas devoluciones a los fondos aquí demandados, también es importante resaltar que se está extendiendo siendo algunos parámetros y unos contextos fácticos diferentes la aplicación de estas condenas a este caso específico y puntual que es totalmente diferente a la sentencia o la jurisprudencia que fundamentó la obligación de devolver estos gastos de administración. En este orden de ideas dejo por sentado mi recurso parcial de apelación solicitando su revocatoria de forma parcial, gracias.”

³ *“Muchas gracias su señoría, presento ante su despacho recurso de apelación para que los honorables magistrados del tribunal revoquen parcialmente la sentencia proferida por este despacho en cuanto se refiere a la devolución a Colpensiones de los gastos de administración, toda vez que, estos gastos o la deducción de este dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante se realizó como consecuencia de una disposición legal, válida, exequible, aplicable y vigente y se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante y en el hipotético caso en el que se asuma que Protección no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a Colpensiones, no debe proceder entonces el traslado de los aportes del demandante con todos los rendimientos generados, pues estos, se generaron producto de la gestión y de la buena administración que mi representada tuvo durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado, solo habría entonces lugar a trasladar los aportes, pero sin los rendimientos generados pues la única causa de los mismos es la buena gestión de administración que mi representada realizó durante este tiempo y, además, en caso de que se declare la nulidad o la ineficacia del traslado, la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan al estado anterior por lo que se deberán trasladar solo los aportes que se encuentren acreditados en el momento de dicha declaración en la cuenta de ahorro individual del demandante, por lo anterior su señoría, presento mi recurso de apelación para que los honorables magistrados del Tribunal revoquen parcialmente la sentencia proferida en primera instancia, muchas gracias.”*

COLPENSIONES pide también que se revoque la sentencia. Afirma que declarar la ineficacia atenta contra la sostenibilidad financiera, pues considera que la afiliación del demandante a la AFP se realizó sin ningún vicio del consentimiento, y sin afectar ninguna expectativa, pues para esa fecha le faltaban al demandante más de 20 años de adquirir la pensión. Considera que la inconformidad del afiliado con el valor que resultó para su pensión no es prueba de engaño o una información equivocada por parte del fondo. Solicita que se tenga en cuenta la confesión en el interrogatorio de parte, cuando el demandante reconoció que su inconformidad estaba en el valor de la mesada, y pide que se analice el traslado en tres (3) oportunidades, entre fondos privados, como manifestación libre de su voluntad de permanecer en el RAIS (CD 2 HORA 1 MIN. 34:21)⁴.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

⁴ “Gracias su señoría, me permito presentar recurso de apelación por las siguientes razones. En primera medida honorables magistrados no existen elementos en el presente caso que evidencien vicios del consentimiento o dolo pues no hay una expectativa legítima para el demandante como quiera que a la hora del traslado él mismo le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, además téngase en cuenta que no era beneficiario del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU 130 del 2013, por lo que el actor pues deberá someterse a los mandatos del Sistema General de Pensiones en el cual se encuentra afiliado, en este caso sería con la AFP Protección, también es importante manifestarles honorables magistrados y que se tenga en cuenta la sentencia con radicado 2016-8701 del 17 de enero del 2017 del Tribunal Superior de Pereira la cual indicó que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el Régimen de Prima Media pueda resultar superior al que se va a recibir en el RAIS, por si sola no constituye prueba de que cuando se realizó el traslado el actor lo haya hecho movido por un engaño o por una equivocada información por parte del fondo, lo anterior teniendo en cuenta honorables magistrados que el demandante en su interrogatorio de parte manifiesta que su único inconformismo en este caso es su mesada pensional, siendo en realidad también que en el presente caso no se logra probar una información equivocada o falaz por parte de la AFP, máximo si se tiene en cuenta que para el año del traslado del actor, esto es, en el año de 1999 los fondos sólo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por lo tanto, pues no hay lugar a la ineficacia aquí decretada, téngase en cuenta honorables magistrados que lo que se pudo evidenciar del interrogatorio de parte es la negligencia del demandante con respecto a consultar su situación pensional y también que se ratificó el negocio jurídico como lo manifesté en mis alegatos, teniendo en cuenta que realizó tres traslados entre AFP's por lo tanto se evidencia que el demandante decidió continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria sin manifestación alguna de inconformismo durante este periodo que estuvo en los fondos. Por lo anterior honorables magistrados se le hace imposible a mi representada tener al demandante como afiliado al Régimen de Prima Media pues tal situación se encontraría en contravención del principio de constitucionalidad de la sostenibilidad financiera de mi representada, por lo tanto, honorables magistrados pues solicito de manera respetuosa se revoque dicha sentencia y se absuelva a mi representada, 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 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 vigencia 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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que el demandante se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 41 años de edad y había cotizado 908.86 semanas⁵, y que para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 7 meses y 28 días)⁶.

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{7 8}, según el cual, se debe

⁵Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES fl 71 y Cd que contiene expediente administrativo.

⁶ Ibídem.

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*

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana, o la pérdida del régimen de transición: "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)

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".

que 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 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*” (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 ineficaz el traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR a la que se afilió inicialmente el demandante PORVENIR (dada la fusión por absorción de la AFP COLPATRIA) no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. 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*” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como el “*saneamiento*” la ratificación del actor por el paso del tiempo o con posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 25 de marzo de 1999 a COLPATRIA hoy PORVENIR S.A, luego se trasladó el 25 de julio de 2000 a SKANDIA hoy OLD MUTUAL-, AFP y finalmente se trasladó a PROTECCIÓN S.A el 25 de febrero de 2014 en la que se encuentra actualmente afiliado el actor (ver historial de afiliaciones a folio 97, 102, 249 a 256).

Igualmente se confirmará el párrafo del numeral tercero de la sentencia apelada pues en dicha decisión se está autorizando a OLD MUTUAL el descuento del dinero que transfirió a la AFP PROTECCIÓN en el año 2014, que es lo reclamado en el recurso, y el traslado debe incluir -en el criterio de Sala Laboral de la Corte- el valor de los gastos de administración que fueron

descontados durante el tiempo en que el demandante permaneció afiliado a dicho fondo.

Conociendo la apelación de COLPENSIONES y en Consulta los aspectos desfavorables de la decisión, el Tribunal adicionará 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 causan 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.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, 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 causan 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 todo lo demás.
- 3. COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A, OLD MUTUAL S.A y PROTECCIÓN S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de \$900.000
(OCHOCIENTOS MIL PESOS MCTE, como agencias en derecho a cargo de
PORVENIR S.A, OLD MUTUAL S.A y PROTECCIÓN S.A.



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 MARIA VICTORIA SALZBURG CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la sentencia dictada el 5 de marzo de 2020 por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Shasha Renata Saleh Mora, con T.P. 192.270 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido por la apoderada principal de la entidad.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARIA VICTORIA SALZBURG presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor sustitución de la pensión de vejez causada por su cónyuge, DIETRICH SALZBURG ARON, con quien contrajo matrimonio el 18 de julio de 1995 y convivió de manera ininterrumpida hasta el momento de su muerte el 17 de agosto de 2014. Pide el reconocimiento de la pensión a

partir del 17 de agosto de 2014, junto con los intereses moratorios que se generen (ver demanda en folios 3 a 11 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no fue posible validar el requisito de convivencia para adquirir la sustitución pensional, esto es, haber convivido dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, dado el domicilio actual de la demandante (Haiger, Alemania). Propuso como excepciones previas: *inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la innominada o genérica* (folios 61 a 65).

Terminó la primera instancia con sentencia del 5 de marzo de 2020, a través de la cual la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar pensión de sobrevivientes en favor de MARIA VICTORIA SALZBURG en calidad de cónyuge supérstite, en proporción del 100% de la prestación que DIETRICH SALZBURG ARON devengaba. Para tomar su decisión, la Juez de primera concluyó que la demandante acreditó la condición de beneficiaria de la pensión que dejó causada DIETRICH SALZBURG ARON, por haber convivido dentro de los cinco años anteriores a su fallecimiento. Negó el pago de intereses moratorios, pues considera que la mora en definir el derecho pensional obedeció a la escasez probatoria dentro de la investigación administrativa que adelantó la entidad para estudiar la procedencia del reconocimiento pensional.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a sustituir el 100% de la pensión de vejez que en vida devengaba al Señor DIETRICH SALZBURG ARON a la señora MARÍA VICTORIA SALZBURG a partir del 17 de agosto 2014, junto con los incrementos legales anuales y las mesadas adicionales de junio y diciembre, conforme lo expuesto en la parte*

motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar a la señora MARÍA VICTORIA SALZBURG la suma de \$56.716.992 que corresponde a las mesadas pensionales causadas entre el 17 agosto 2014 y el 29 febrero 2020, junto con los reajustes legales anuales y las mesadas adicionales, suma que deberán ser indexadas desde cuándo cada mesada se hizo exigible hasta cuando su pago se efectúe conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del cobro de intereses moratorios y no probadas las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción, formuladas por COLPENSIONES conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia” (CD 7, minuto 16:59).

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del CPT y SS, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La Sala estudiará únicamente los aspectos de la sentencia que fueron desfavorables a COLPENSIONES, pues el apoderado de la demandante desistió en la audiencia de fallo del recurso que interpuso, y aceptó la decisión de primera instancia en los términos en que fue dictada (CD 7, minutos 17:00 y 19:13).

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes al proceso:
i) que DIETRICH SALZBURG ARON, falleció el 17 de agosto de 2014 (según se observa en acta de defunción emitida por la República de Alemania – ver folio 34 del expediente) momento para el cual gozaba de pensión legal de vejez

reconocida mediante la Resolución No. 10957 del 26 de junio de 1997 (ver resolución a folio 12 del plenario y en el expediente administrativo contenido en el CD 3); y, **ii)** que DIETRICH SALZBURG ARON contrajo matrimonio con MARIA VICTORIA SALZBURG el 18 de julio de 1995 y que la sociedad no se había disuelto para la fecha en que murió el causante (ver registro civil de matrimonio a folio 37).

Así las cosas, para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, a la cónyuge o a la compañera permanente superviviente del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco años antes del óbito, sin que importe para el efecto la nacionalidad del beneficiario, según lo ha dicho la corte constitucional “[*]os extranjeros gozan del mismo derecho a la seguridad social que los nacionales y por tanto, pueden acceder a la pensión de sobrevivientes al cumplir con todas las exigencias*” (sentencia T-456 de 2016, m.p. ALEJANDRO LINARES CANTILLO)

Bajo los anteriores referentes jurisprudenciales y una vez revisada la evidencia que se aportó al expediente la Sala confirmará la decisión de primera instancia que reconoció el derecho a favor de MARIA VICTORIA SALZBURG¹, pues demostró las condiciones de acceso a la prestación, específicamente la convivencia con el causante por al menos 5 años antes de la muerte.

Se llega a la conclusión al observar: i) el registro civil de matrimonio que obra en folio 37, ii) el testimonio rendido en audiencia por JORGE ARTURO SALZBURG GARROS (sobrino del causante - CD 4, minuto 3:34), y, (iii) las declaraciones rendidas mediante despacho comisorio ante el Consulado General de Colombia en Frankfurt am Main, República General de Alemania, por MÓNICA PAOLA ARCINIEGAS SALZBURG (ver folios 132 a 134), LUZ

¹ La demandante renunció a la nacionalidad colombiana para adquirir la nacional alemana (ver folios 40 y 42).

DARY SÁNCHEZ LOAIZA (ver folios 123 a 126) e INGRID CATHERINA BELZNER SALAZAR (ver folios 127 a 131). Los dos primeros testigos sobrinos del causante, dicen haber conocido a la pareja desde los años 90's, y las dos últimas amigas cercanas a la pareja, dicen que los conocieron cuando se radicaron en Alemania aproximadamente desde el año 2000 e indican que MARIA VICTORIA SALZBUR y DIETRICH SALZBURG ARON vivieron durante 10 años en la ciudad de Bogotá en unión libre antes de contraer matrimonio en el año 1995, y que luego se radicaron en la ciudad de Haiger Alemania, donde vivían bajo el mismo techo hasta la muerte del esposo, prestándose apoyo y ayuda mutua en la enfermedad hasta el final de los días del causante.

Por lo anterior, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto reconoció el derecho pensional a partir del 17 de agosto de 2014 dado que sobre las mesadas causadas desde la fecha referida no operó prescripción, pues el término de tres años se interrumpió con la reclamación elevada el 3 de agosto de 2015 (folios 17 y 18) y la demanda se presentó el 17 de julio de 2017 (folio 57).

No obstante, se revocará el valor específico tasado primera instancia para las mesadas adeudadas, pues se trata de una prestación periódica cuyo valor final se va incrementando con el paso del tiempo. El saldo final a pagar por mesadas atrasadas, solo se puede obtener cuando la entidad hace la inclusión en nómina.

SIN COSTAS en la CONSULTA.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada salvo el numeral **SEGUNDO** en cuando dispuso un valor concreto por concepto de retroactivo pensional.
2. **SIN COSTAS** en la consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTA PATRICIA SALAZAR BARÓN
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por la demandante, y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 11 de marzo de 2020 por la Juez Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Alida del Pilar Mateus, con T.P. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

Téngase a la doctora Johana Alexandra Duarte, con T.P. 280.323 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la AFP PORVENIR S.A, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTA PATRICIA SALAZAR BARON presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 16 de enero de 1996. Afirma que no le proporcionaron información completa, clara, veraz, comprensible y adecuada sobre las diferencias entre un régimen y otro, tampoco le informaron sobre las implicaciones o consecuencias del traslado frente a los derechos pensionales, o el capital que debía acumular; ni cómo se liquidaría la pensión con base en la expectativa del afiliado y sus beneficiarios. (ver demanda en folios 3 a 17 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no existe prueba de causales de nulidad en la afiliación de la demandante. Afirma que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, escogió de forma libre su afiliación en el RAIS, y no puede retornar al RPM pues se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse entre regímenes pensionales (literal e, artículo 13 de la Ley 100 de 1993) y no cuenta con 15 años de cotizaciones al Sistema para el 1° de abril de 1994 (como lo exige la SU-062 de 2010 y la C 1024 de 2004), y advirtió que las características del RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, y que a la demandante no le aplican las sentencias de la Corte Suprema, toda vez que no es beneficiaria del régimen de transición. Propuso como excepciones: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 76 a 92 del plenario).

También contestó OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el traslado de la demandante se encuentra exento de vicios

del consentimiento, y la suscripción se realizó mediante acto libre y voluntario. Afirma que la actora ya venía de otra AFP, lo cual demuestra que tenía conocimiento sobre la forma cómo funciona el RAIS, las ventajas, características y componentes de ese régimen pensional. Asevera que OLD MUTUAL cumplió con todos los parámetros exigidos por la Ley 100 de 1993, brindando una información cierta, suficiente y oportuna. Propuso como excepciones: *prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica* (ver contestación en folios 118 a 125).

Igualmente contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. mediante apoderado. Se opuso también a la prosperidad de las pretensiones incoadas, con fundamento en que a la demandante le fue brindada la información pertinente y una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada al Decreto 663 de 1993, lo cual generó una decisión libre y voluntaria de elegir el régimen acorde a sus intereses, y por ello suscribió el formulario cumpliendo todos los requisitos de ley y la Superintendencia Financiera. Indica que la demandante contó con varias oportunidades para revertir la decisión y no lo hizo, lo que muestra su deseo de permanecer en el RAIS. Propuso como excepciones: *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 folios 200, 226 a 248). (ver contestación en folios 184 a 205).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de marzo de 2020, mediante la cual la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la anulación del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante MARTHA PATRICIA SALAZAR VARÓN a las demandadas OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS S.A., PORVENIR S.A ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR en costas Y agencias en derecho a la demandante*

en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente compulsar. TERCERO: COMPULSAR copias para que se investigue penalmente por falso testimonio a YOLANDA ESCOBAR MENDEZ toda vez que manifiesta bajo gravedad de juramento que no tenía demanda o que nunca había presentado demanda en contra de las aquí demandadas cuando documentalmente se acredita lo contrario. CUARTO: como quiera que el resultado de la presente sentencia fue adverso los intereses de la demandante se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada” (Cd 4 Minuto 58:15)

Para tomar su decisión, la Juez no encontró probados vicios en el consentimiento pues la actora al momento del traslado era capaz y celebró un acto jurídico con objeto y causa lícitos, concluyó que el formulario de traslado inicial junto con la suscripción de otros traslados a fondos privados demuestra su consentimiento libre, espontáneo y libre de presiones. Advirtió que en los hechos 3º y 9º de la demanda indica la actora que el fondo la “*indujo a tomar la decisión*” y que el “*instituto quebraría por insostenibilidad*”, sin embargo, no probó estas afirmaciones. Resaltó que el testimonio de YOLANDA ESCOBAR no tenía credibilidad pues desde el principio le mintió al Juzgado al indicar que no había demandado a los fondos privados. Estimó que los fondos cumplieron con la normatividad vigente al momento en que se trasladó la demandante al RAIS (Decreto 692 de 1994, Ley 100 de 1993 y Decreto 720 de 1994).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante reitera los argumentos de la demanda, y agrega que no hubo asesoría a la demandante para la decisión pues, aunque es periodista, no tenía claras las consecuencias de su traslado ni la incidencia de carácter pensional que ello tendría. Señala que son los fondos privados quienes deben demostrar que la información brindada al trabajador fue suficiente. Asevera hubo un incumplimiento de los deberes de información lo que carrea un vicio en el consentimiento. Solicita que se revoque la sentencia, se ordene la nulidad del traslado y se le permita

a la demandante gozar de una pensión digna por todos sus años de trabajo (Cd 5 Minuto 47:51)¹.

¹ “presentare recurso de apelación. teniendo en cuenta la sentencia proferida por este honorable juzgado, presentó ante el Tribunal, el recurso apelación. Primero, teniendo en cuenta que este caso versa sobre si se violó o no se violó el consentimiento de parte la parte actora al trasladarse de fondo, como lo explicó la señora juez, la señora tuvo una asesoría, pero esa asesoría no era fundamental sino simplemente era para trasladarse, en las conclusiones erradas que termina realizando el juzgado en mi criterio, por lo tanto presentó la apelación, es por los cuestionamientos realizados con respecto a los hechos que se plantearon en la demanda. Primero el hecho tercero que plantea la señora juez que dice, en enero de 1996 la demandante recibió una visita de representante o asesor comercial dependiente el fondo privado de pensiones INVERTIR quién le indujo a tomar la decisión de trasladarse al fondo. Como lo estableció el juzgado la señora MARTHA PATRICIA para ese momento era una persona joven, que si bien era estudiada, que si bien sabe leer, realizó su traslado no teniendo claro unas consecuencias que traería la decisión de pensionarse, seguidamente y tuvo un cambio de régimen cómo se estableció, pero sin embargo, ese cambio de régimen no puede darse como una reafirmación al consentimiento presentado, por lo tanto hacer el traslado en el mismo régimen no puede darse como si ya la persona aceptará su consentimiento. Pues en ese orden de ideas, el haberse cambiado en el mismo régimen no quiere decir que esté afirmando eso sino que tiene una mejor opción en ese momento. Con respecto al hecho noveno, el tercero digamos, llega la persona le dice que haga su traslado y la otra persona no tiene un problema de hacerlo, no se puede concluir que existiera una asesoría como lo debe establecer la ley por parte del afiliado. Y con respecto al hecho noveno en el marco de la vinculación del demandante al fondo de pensiones PORVENIR el representante asesor comercial se limitó a mencionar que vincularse al fondo de una mejor opción, pues podía pensionarse una inferior al instituto de seguros sociales que en el instituto seguro social hoy COLPENSIONES, y en ese instituto y que ese instituto que lo haría por cuestiones insostenibles. En ese orden de ideas, se está diciendo que sí claro, asistió un asesor, fue un asesor a donde trabaja la señora MARTHA PATRICIA, pero que ocurrió en los últimos 10 años, teniendo en cuenta la diferencia pensional, recibió por parte de los fondos un documento un documento, un extracto que le demostrará a ella como estaba su estado pensionado, por qué no podemos partir de que hubo una verdadera asesoría especializada, más cuando los fondos privados deben cumplir con unas características excepcionales porque son fondos de pensiones en su calidad de fiduciarias y por lo tanto entidades profesionales altamente especializadas. La doctrina considera que el profesional debe tomar la iniciativa de suministrar la información que ello debe pedir a su cliente y precisiones del caso, indagar acerca de sus necesidades, así como indicarle los aspectos negativos contraproducentes de los bienes o servicios que ofrece o las prestaciones que le encomienda, así como las limitaciones técnicas tales como bienes o servicios, riesgos que conllevan, de manera que el cliente debe ser advertido de absolutamente todo, pero lo establecido por mi como abogado, en el hecho tercero y noveno no carecen de verdad, es la verdad, se presentó un funcionario al fondo sí, no dijo nada sí, no asesoro sí, son hechos que muestran la verdad de la situación y por lo tanto la omisión por parte de los fondos, esa omisión presentada por los fondos fue porque no tuvo una asesoría especializada, y no sólo el hecho de ser periodista, no sólo el hecho ser periodista quiere decir que tenga el conocimiento especializado sobre el régimen de pensión al cual debe aceptar teniendo en cuenta que su pensión va a ser en próximos 40 años, la ley limita que fueran los últimos 10 y entre esos 10 que tuvo, la asesoraron, tuvo reuniones, le llegaron extractos, o sólo estamos partiendo del conocimiento por un formulario firmado; queda mucho en cuestión sobre la verdadera asesoría presentada y los deberes legales que tuvo que ver incurrido los fondos durante ese momento. Por otro lado, yo como

abogado de la señora MARTHA PATRICIA y como abogado de la señora YOLANDA, tengo que decir lo siguiente, y con respecto a la compulsión de copias, con respecto a ese tema quiero establecer: Primero la señora MARTHA PATRICIA y la señora YOLANDA son cabeza de hogar, son señoras de casa, tiene sus hijos, tiene sus esposos, no son personas que vengan a los estrados todos los días a mentir, o que lleguen con la tónica de establecer mentiras o hacer cometer delitos, fraudes procesales, falsedades de Testigos, sino por lo contrario, son personas que ven en este momento como la gran mayoría del país la necesidad de trasladarse a COLPENSIONES, porque ven que no tenían el presupuesto, que tomaron una mala decisión porque no tuvieron una asesoría. Con respecto a los hechos planteados en la demanda, son hechos contados por el cliente de las situaciones cómo ocurrieron, yo no preparé mis clientes para venir a mentir, yo no preparé los testigos en la décima para decir que mientan acá, yo prepara los testigos para que digan la verdad y lo que les consta, y lo que no les consta que no lo digan. La señora YOLANDA si bien, viene acá al estrado, le ponen dos procesos de conocimiento y que quiero aclarárselos, el primero se presentó pero se nos olvidó presentar la reclamación administrativa, por lo tanto se retiró, sin la reclamación administrativa como también lo establece este juzgado, pues si cumple con el requisito, por eso fue que se retiró inicialmente y se volvió a presentar uno nuevo. Ahí no se está cometiendo ningún delito, y por otro lado, cuando teniendo en cuenta la actitud de su señora juez con el interrogatorio de parte de la Señora MARTA, le dijo y bien recuerdo, que si tenía Alzheimer o no, poniendo a la señora la MARTA en una situación de nerviosismo que no sabía que responder, totalmente atacada, con todo el respeto, por parte de la señora juez. Igualmente ocurrió con la señora YOLANDA, el tono que utilizó el juez para hacerle las preguntas la puso a dudar, y la pregunta fue si tenía demandado a PORVENIR y ella respondió que no porque ella tiene mandado es a PROTECCIÓN, pero nunca y lo acepto ahí mismo, lo único que respondió que no era que no era el mismo fondo, pues porque ya está con otro, pero la demanda lo acepto y dijo sí, yo tengo demandado a COLPENSIONES y al otro fondo de ella. No es una señora que venga mentira los estrados y que venga utilizando a su amiga para que mienta para poderme trasladar. Por lo tanto pongo en consideración, señora juez, si la compulsión de copias es necesaria teniendo cuenta las implicaciones penales que está trae y las aclaraciones que yo le estoy dando en este momento, vino simplemente a dar fe de que ningún fondo ningún asesor en los últimos 10 años se presentó, los cito, les envié información sobre sus estados tensionales, nunca se les presento esa asesoría que debía cumplir los fondos. Pero no nos salgamos de la el litigio y la presentación de esta apelación, porque si bien no hay una nulidad según lo establece la señora Juez, una violación en el consentimiento, esta parte sigue creyendo que sí, porque las obligaciones que cumple el fondo no las realizó porque no cumplió a cabalidad sus deberes de informar a las decisiones a sus clientes, y esto no es un caso aislado, porque si hubiera sido un caso aislado o por lo menos si hubiera actuado totalmente el fondo de forma prudente tendría los soportes y hubiera portado la asesoría, hubiera portado los correos enviados, en los últimos 10 años esta señora no recibió absolutamente nada, y no por que sepa leer o sea periodismo tiene que tener claro la complejidad del sistema pensional en Colombia, no lo tenía porque tener claro, una vez los fondos le hacen llegar a esta señora contestando el derecho de petición teniendo en cuenta que su pensión va a ser totalmente inferior y no como lo dice el abogado del fondo que bueno, pues tiene una plata entonces pues que se arregle con eso, No; aquí no existió la asesoría, aquí hay un incumplimiento por parte de los fondos por los cuales esta sentencia primera instancia debe ser revocada, el material probatorio aportado no puede ser el simple formulario, no se puede llegar a concluir que firmando el formulario de vinculación con el fondo infiera que hubo una asesoría por parte de los fondos, la asesoría no se presentó como se establece en la demanda como se establecen los puntos y con lo que el interrogatorio de parte que dice la señora MARTA, por lo tanto, señores del Tribunal, solicitó inicialmente se revoca en su totalidad la sentencia, se ordene la nulidad del traslado y se le permita la Señora MARTA poder gozar de una pensión digna 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 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 la fecha que inició la vigencia del 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*

todos sus años de trabajo y todo el tiempo ha portado y acumulado, y como consecuencia que COLPENSIONES la reciba y que los puntos devuelvan los dineros aportados en su totalidad. Y reiteró la solicitud de una juez revocar en reposición la compulsa de copias porque son totalmente, a mi consideración y en mi criterio totalmente innecesarios sobre dos mujeres, son la mujer cabeza hogar que viene a dar testimonio de su amiga y que no viene con el ánimo de dar falsedades, simplemente la situación de venir a un juzgado y que se ha cuestionado de una forma rápida y alterada preguntándole, la puso a dudar y pudo haber dicho algo que carece de verdad pero también es cierto, no tiene demandado el mismo fondo y tiene demandado en su propio proceso. Por lo tanto Solicito forma respetuosa señora Juez, no se realice la compulsa de copias y se conceda el recurso apelación presentado gracias.

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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 30 años de edad y había cotizado 412,29 semanas ², y que para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 1 mes y 8 días)³. 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 de

²Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en Cd que contiene expediente administrativo.

³ Ibídem.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{4 5}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información 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*

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 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, 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “*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) que 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 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*” (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 debe revocar la sentencia de primera instancia para declarar -en las mismas palabras de la Corte- la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, y dictar las condenas que corresponden con el criterio que en esta materia ha trazado la Corte Suprema de Justicia, según el cual debe ordenar el traslado a

COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y los gastos de administración que cobraron las AFP's (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 16 de enero de 1996 al FONDO DE PENSIONES INVERTIR hoy PORVENIR S.A, luego se trasladó el 18 de marzo de 1997 a HORIZONTE, posteriormente el 7 de mayo de 1998 a PORVENIR S.A y el 3 de noviembre de 2004 a SKANDIA hoy OLD MUTUAL-, AFP a la que se encuentra actualmente afiliada ver historia laboral, SIAFP y formularios de afiliación a folios 126 a 139, 207, 225 y 226).

Adicionalmente, y conociendo en Consulta en favor de COLPENSIONES, se declarará que bien puede esta entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

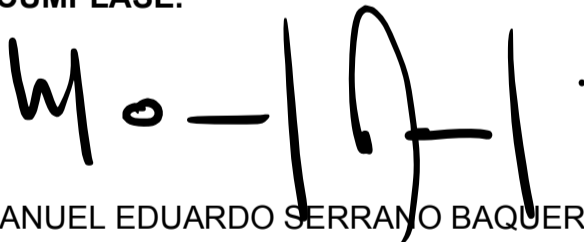
SIN COSTAS en la apelación.

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 MARTA PATRICIA SALAZAR BARON del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por ello que ha permanecido afiliada válidamente al Régimen de Prima Media, durante toda su vida laboral.
3. **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y al FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, así como toda la información contenida en la historia laboral de MARTA PATRICIA SALAZAR BARON.
5. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
6. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, OLD MUTUAL S.A y PORVENIR S.A.
7. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARIA MAGDALENA RAMÍREZ RODRÍGUEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por COLPENSIONES, y estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, sobre la sentencia dictada el 30 de junio de 2020 por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARIA MAGDALENA RAMÍREZ RODRÍGUEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 3 de agosto de 1998, con fundamento en que los asesores del fondo privado la indujeron de manera equívoca a afiliarse en dicho régimen, sin suministrarle información idónea que le permitiera toma una decisión objetiva ni indicarle los riesgos del traslado. Como consecuencia de lo anterior pide que se tenga a la demandante como

afiliada al RPM sin solución de continuidad y se traslade a COLPENSIONES el valor de los saldos, aportes pensionales y gastos de administración (ver demanda en folios 2 a 17 del plenario).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante tomó la decisión de trasladarse al RAIS en ejercicio del derecho a la libre escogencia de régimen, y con la suscripción del formulario de afiliación reconoce que recibió la información necesaria sobre las características y diferencias de ambos regímenes pensionales, y advirtió que la actora tuvo oportunidades legales para retractarse de su afiliación al RAIS o retornar al RPM, pero por el contrario ratificó su permanencia con su vinculación en dicho régimen durante más de 21 años. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación a cargo de mi representada, cobro de lo no debido, prescripción, prescripción de la acción que pretende atacar la nulidad de la afiliación, buena fe y compensación* (folios 49 a 73).

También contestó la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el traslado se encuentra ajustado a derecho, pues se realizó de forma libre y voluntaria. Aduce que el vicio en el consentimiento que se alega debe ser debidamente probado, y advierte que la demandante no se encuentra en los escenarios estudiados en las decisiones que ha dictado la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, pues no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima, por lo que la posible falta de información en la que pudo incurrir el fondo privado no tendría la capacidad para configurar un engaño que logre invalidar el traslado. Propuso como excepciones: *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica* (folios 94 a 109 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de junio de 2020, mediante la cual el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la nulidad del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas conforme a lo expuesto en la parte considerativa. SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del traslado de régimen efectuado por la demandante MARÍA MAGDALENA RAMÍREZ RODRÍGUEZ, realizada el 3 de agosto de 1998 a través de PORVENIR S.A. TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y gastos de administración. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y tener como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora MARÍA MAGDALENA RAMÍREZ RODRÍGUEZ e incluir en la historia laboral las cotizaciones que esta efectúa ante el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad sin solución de continuidad. QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. Sin costas respecto de COLPENSIONES. SEXTO: en caso de no ser apelada la presente decisión y en lo desfavorable a COLPENSIONES remítase al Superior en el grado jurisdiccional de consulta. SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada PORVENIR S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra”* (CD 3, minuto 54:30).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, y concluyó que no se acreditó que PORVENIR haya informado a la demandante sobre todas las características del RAIS, todas las diferencias entre ambos regímenes pensionales y todas las consecuencias del traslado.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y se le absuelva de todas las pretensiones incoadas. Aduce que no existiría mayor diferencia entre la mesada pensional que recibiría la demandante en el RAIS y la que recibiría en el RPM, por lo que su intención de retorno al RPM de obtener una mejor mesada pensional no será satisfecha, y por el contrario, sí se verá afectada COLPENSIONES, dado la actora no ha sido tenida en cuenta en el cálculo y reserva pensional de la entidad, y pese a que es un tercero que no tuvo injerencia en el acto jurídico celebrado entre la demandante y el fondo privado quien pudo causar el daño. Además, considera que en el interrogatorio de parte la demandante dio información que no corresponde con la realidad, lo que afecta su declaración en relación con la asesoría brindada en el momento del traslado (CD 4, minuto 56:17)¹.

¹ *“Gracias señoría, estando dentro del término legal me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho en atención a lo siguiente ... señores magistrados tengan en cuenta que ... (el Juez interrumpe para indicarle a la apoderada que se le apagó el micrófono). Perdón, retomo, le reitero a los Honorables Magistrados que teniendo en cuenta que dentro de la sentencia dictada por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá se determinó que la demandante, pues que no existiría mayor diferencia en la mesada pensional que recibiría la demandante en el Régimen de Prima Media o en el Régimen de Ahorro Individual, razón por la cual pues en atención a que la intención de la demandante es recibir una mejor mesada pensional, o sea, la intención de trasladarse al Régimen de Prima Media es el recibir una mejor mesada pensional en razón a que pues eso no va a darse toda vez que pues va a recibir como mesada pensional un salario mínimo legal mensual vigente en cualquiera de los dos regímenes pues le solicito a los Honorables Magistrados no... pues revocar la sentencia que acaba de proferir el despacho en atención a que la intención de la demandante se va a ver cumplida en uno u otro régimen, pero con el traslado de la demandante al Régimen de Prima Media sí se va a ver afectada mi representada en razón a que pues al estar por más de 22 años por fuera del Régimen de Prima Media pues la demandante no ha sido tenida en cuenta para ningún cálculo pensional, ningún calculo actuarial, ninguna reserva pensional por parte de mi representada y como bien se ha dicho desde la contestación de la demanda, en los alegatos de conclusión pues mi representada es un tercero en el acto jurídico celebrado entre la AFP y la demandante, por lo que no tendría por qué verse afectada por la decisión judicial de declarar que la AFP faltó al deber legal de información, así mismo, le solicito al Tribunal igualmente que tenga en cuenta que si la demandante pues dio información de que no concordaba con la realidad frente a algunas situaciones pues también lo pudo haber hecho frente a si se le dio o no la información suficiente en el Régimen de Ahorro Individual, por lo que le solicito al Honorable Tribunal pues estudie de manera juiciosa el interrogatorio de parte brindado por la demandante, así mismo, pues como se dijo al principio de este recurso al estar la demandante en uno u otro régimen recibiría la misma mesada pensional y en razón a esto pues si se puede, si se establece ello, pues no tendría para qué regresar al Régimen de Prima Media porque la demandante pues no se vería beneficiada en nada y esta decisión sí afectaría a un tercero en este negocio jurídico que sería mi representada, razón por la cual le solicito al Honorable Tribunal pues revoque la sentencia que acaba de proferir el despacho y en su lugar absuelva a mi representada de la pretensión encaminada a tener como afiliada al Régimen de Prima Media con Solidaridad a la demandante, muchas gracias”.*

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 vigencia 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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 37 años de edad y había cotizado 198,43 semanas², y que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 10 meses y 2 días)³.

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{4 5}, según el cual, se debe

² Ver historia laboral aportada por COLPENSIONES a folio 112 del expediente.

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*

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's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de

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".

transición: *“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) que 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 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”* (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 la AFP PORVENIR no demostró haberle brindado toda la información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se confirmará en cuanto ordenó el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). 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”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo o ante el escenario en que no se genere sustancialmente un perjuicio en el valor de la mesada pensional.

Finalmente, y conociendo en CONSULTA a favor de COLPENSIONES, se declarará que bien puede esta entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación

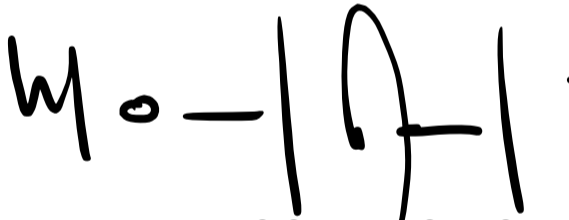
pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

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 causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARCELA EMILIA LUQUE DUARTE VS CAJA
DE COMPENSACION FAMILIAR CAFAM CONTRA CAJA DE
COMPENSACION FAMILIAR CAFAM.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de Agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver la apelación presentada por la demandante, contra la sentencia dictada por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARCELA EMILIA LUQUE DUARTE presentó demanda contra la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de octubre de 1999 y el 3 de febrero de 2019 que fue terminado por el empleador sin justa causa, y se condene al empleador a pagar la indemnización contenida en el artículo 64 del CST, perjuicios morales, sanción moratoria, los que se demuestre ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que se vinculó mediante contrato de trabajo a término indefinido para cumplir funciones de enfermera jefe y recibía salario de \$3.592.200 mensuales en la fecha de terminación. Aduce que

durante la relación de trabajo le hicieron firmar contratos de término fijo, fue despedida sin justa causa y sin previo aviso del empleador, y la liquidación de prestaciones está errada pues se omitió el pago de la indemnización por despido sin justa causa (folios 3 a 15).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la sociedad demandada mediante apoderada, quien negó algunos hechos y se opuso a las pretensiones con fundamento en que la actora se vinculó inicialmente mediante contrato de término indefinido que cambió a término fijo previa una transacción firmada el 28 de febrero de 2002 y el pago de prestaciones sociales y de una bonificación en dinero. Desde esa fecha el contrato de término fijo se fue prorrogando, y como el último contrato vencía hasta el 6 de abril de 2019 se pagó de indemnización 188 días de salario en el momento del despido junto con los salarios y las prestaciones causadas. Propuso como excepciones *inexistencia de las obligaciones reclamadas - cobro de lo no debido-, falta de título y causa, enriquecimiento sin causa, pago, compensación prescripción, mala fe de la demandante, buena fe del empleador* (folios 53 a 85).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de marzo de 2020, mediante la cual absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas. Para el efecto declaró la existencia de 4 contratos de trabajo entre los cuales hubo solución de continuidad, y declaró la validez de la transacción mediante la cual se cambió la modalidad a término fijo. Afirmó que la acción para demandar la nulidad de la transacción se encuentra prescrita. La sentencia de primera instancia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante y pago, formuladas por la demandada conforme a las consideraciones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR que entre la demandante MARCELA EMILIA LUQUE DUARTE y la demandada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM existieron cuatro contratos de trabajo a saber, un contrato a término indefinido entre el primero de octubre de*

1999 y el 28 de febrero de 2002, un contrato a término fijo entre el 11 de marzo de 2002 y el 10 de marzo de 2005, un contrato a término fijo entre el 21 de marzo de 2005 y el 20 de marzo de 2007 y un último contrato a término fijo entre el 23 de marzo de 2007 y el 3 de febrero de 2019, este último que se terminó sin justa causa. TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante. CUARTO: CONDENAR en costas a la demandante a favor de la demandada tásese por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente. QUINTO: en caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable a la demandante remítase al Superior en el grado jurisdiccional de consulta.” (CD _ HORA 2 MIN. 24:14)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante reitera la invalidez de la transacción suscrita en el año 2002, mediante la cual se cambió la modalidad contractual de término indefinido a término fijo. Afirma que la acción no está prescrita pues el término debe correr desde el despido, y que en el momento de suscripción del acuerdo la demandada no le informó sobre los perjuicios que le podía acarrear el cambio de modalidad cuando terminara el contrato ni le dio esa información cuando la ponía a firmar las prórrogas sucesivas del contrato, lo que en su criterio genera la nulidad del acuerdo (CD HORA 2 MIN. 26:01)¹.

¹ Gracias su señoría, me permito sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos. Para denegar las pretensiones de la demandante, de mi cliente, el despacho señaló que... el documento denominado acta de transacción celebrado supuestamente entre mi cliente y Cafam tiene pre validez y que por dicha circunstancia obró la prescripción dado que ese contrato se suscribió hace ya más de 17 años, tal aseveración resulta infundada como a continuación me permito exponer. En primer lugar reitero, en el derecho laboral prima la realidad sobre las formas, principio a que el despacho en primera instancia no hizo mención alguna, por el contrario citó una jurisprudencia, una sentencia de la Corte Constitucional suscrita por Fabio Morón Díaz en la que y citó textualmente el despacho que los contratos a término fijo cumplen los requisitos de la estabilidad laboral dado que mientras subsistan las condiciones que lo causan o que le dieron origen el trabajador tiene derecho a que el mismo se prorrogue y aquí el mismo no se prorrogó, pero es que aquí no hubo un contrato a término fijo sino se reitera un contrato a término indefinido que, por alguna circunstancia Cafam decidió tal vez para hacer lo que hizo hoy en día exigirle a mi cliente que suscribiera ese contrato diciéndole que ese documento no le perjudicaba en nada puesto que tendría su trabajo de manera normal como efectivamente ocurrió. Los documentos que llaman prórrogas o las cartas que le enviaban a mi cliente y que ella acusaba recibido en ninguna parte expresan que ella haya sido informada del significado del contenido de las mismas, para muchos abogados es difícil distinguir entre conciliación-transacción, mi cliente es enfermera y lo suscribió hace 20 años porque reitero le dijeron, como en efecto ocurrió durante 20 años, que su trabajo se mantendría incólume, aunado a lo anterior, es claro que en ningún momento a ella se le permitió asesorarse para suscribir ese

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que MARCELA EMILIA LUQUE DUARTE trabajó como enfermera en la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM, recibió como último salario mensual \$3.592.200, y el contrato de trabajo terminó por despido sin justa causa. Estos hechos se corroboran además con los documentos de folios 16 a 21 y 124 a 129.

En consonancia con la apelación, el Tribunal debe resolver sobre la validez del acuerdo que suscribieron las partes el 28 de febrero de 2002, documento en el cual cambiaron la modalidad del contrato, de término indefinido a término fijo.

Para resolver lo que corresponde se debe recordar que si bien los artículos 13, 14 y 15 del CST limitan la autonomía de la voluntad privada en asuntos del trabajo, de ello no se puede entender la invalidez de los pactos que celebre el

contrato y no tendría sentido que ella lo hubiese demandado reitero porque ese acuerdo de modo alguno la perjudicó en ese momento, ella siguió trabajando para la empresa, razón por la cual ¿por qué lo habría de demandar?, es decir, una enfermera ... hace un rural en una EPS que presta servicios de salud, celebra el contrato, le dicen "firme aquí que usted va a seguir trabajando y le vamos a dar una plata a cambio de eso" pero no le dicen que eso la va a perjudicar, y trabaja y sigue trabajando y sigue trabajando y sigue trabajando, ¿por qué razón habría de demandar mientras está trabajando a su empleador?, no, no tendría razón para hacerlo, la razón surge, la causa, el interés para demandar surge con ocasión del despido injustificado ¿por qué? porque es ahí que le tasan la indemnización por terminación sin justa causa, antes no había ocurrido, no la habían despedido, ella seguía trabajando, ¿Por qué razón iba a demandar antes de ser despedida si estaba trabajando?, de ahí que resulte a nuestro juicio y con todo respeto errado la aseveración del despacho de que ese contrato hizo tránsito a cosa juzgada porque reitero, ella siguió trabajando para la misma persona, en el mismo sitio, recibiendo los mismos honorarios y haciendo las mismas funciones independientemente del nombre que la entidad les diera, coordinador PEB, enfermera jefe, ella era enfermera. Así las cosas, reitero, suplico que en su momento el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral cumpla lo que dice la Constitución, en caso de controversias entre una norma de rango legal y una de rango constitucional prima la Constitución y la realidad prima sobre las formas, el contrato fue uno solo independientemente de lo que Cafam le haya solicitado a su subordinada que firmara y que ella sólo advirtió el perjuicio que se le causó cuando la despidieron porque antes no lo advirtió, no podía advertirlo, no estaba llamado a advertirlo porque reitero, estaba trabajando y en consecuencia, pretender que esta relación es igual que una transacción comercial pues resulta curiosa porque en el contrato, en una compraventa, en un arrendamiento pues las partes son iguales, hay coordinación, pero en un contrato de trabajo hay subordinación, le toca, sino se queda sin trabajo, cuando usted va por el peaje si no le gusta el precio de malas porque tiene que pasar por ahí o devuélvase, no está sujeto a negociación y sin embargo, el despacho dice oh sí, si lo estaba, ¿lo estaba?, y, ¿por qué no demandó hace 17 años si estaba trabajando en la misma empresa?, ¿por qué lo iba a hacer?, ¿cuál era el interés para demandar si es que no la habían despedido luego no se había ocasionado el interés para demandar?, en la sociedad conyugal si no se ha solicitado la disolución de la misma cada cónyuge remueve sus bienes como quiere, luego los cónyuges pueden solicitar que el otro no pueda vender un bien que le pertenece porque pertenece a la sociedad conyugal si la misma no ha sido disuelta, ¿por qué la va ... le falta interés? Y en este caso el contrato seguía incólume desde el 99 hasta el 2019. Razón por la cual yo espero respetuosamente que en el Tribunal lo vean como nosotros lo vemos. Muchas gracias."

trabajador con su empleador para regular las condiciones de trabajo o para terminar las relaciones que viene ejecutando, cuando esos pactos (llámense transacciones o conciliaciones) cumplan con los requisitos que el artículo 1502 del Código Civil estipula para la validez de los *actos jurídicos*, a saber: capacidad, consentimiento libre de vicio, y objeto y causa lícitos (esto último en materia laboral implica que el acuerdo no desconozca derechos ciertos e indiscutibles del trabajador, ni afecte sus derechos legales mínimos).-

Si el acuerdo cumple los requisitos anteriores tiene plena eficacia y se debe ejecutar según lo acordado.

Con base en lo dicho y revisado el expediente el Tribunal confirmará la decisión apelada pues, (i) no se demostraron vicios en el consentimiento que prestó la demandante al suscribir el cambio de modalidad contractual, ni (ii) se demostró que dicho acuerdo tenga objeto ilícito.

(i) Sobre lo primero, ninguna evidencia se allegó por la parte demandante, quien tenía la carga de la prueba, sobre vicios en el consentimiento que prestó al suscribir el documento de transacción para cambiar la modalidad contractual previo el pago de una suma de dinero.

Ninguna prueba hace referencia a la existencia de error, o de fuerza, o de dolo, ni se puede considerar como *error de hecho* el desconocimiento o la ignorancia de las normas legales o de sus consecuencias en el futuro en la medida en que las leyes se presumen conocidas desde que son promulgadas (presunción de derecho que no admite prueba en contrario) y según el código civil colombiano "*el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento*".

Por esta misma razón no se puede considerar *dolo* en el empleador, o engaño, el hecho de no haber informado al trabajador sobre el contenido de las normas legales que regulaban la modalidad contractual en el momento de celebración del acto jurídico.

(ii) Sobre lo segundo, tampoco encuentra la Sala *objeto ilícito* en la transacción que celebró la demandante, pues para la fecha en que se suscribió no había adquirido derecho alguno. Para ese momento no había ocurrido el despido y solo existían *espectativas*, que no es derecho y por ello no convierten en ilícito el objeto del pacto.

Lo que se advierte del acuerdo al que las partes llamaron *transacción*, es en realidad una *estipulación* de las partes, perfectamente válida a tenor de lo dispuesto en el artículo 13 CST², pues tuvo sustento en el artículo 46 del código, sobre cuya vigencia se ha pronunciado la Corte Constitucional entre otras en la sentencia C-588 de 1995 que declaró su constitucionalidad.

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.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

² A tenor del artículo 13 del CST “*Las disposiciones de este Código contienen el mínimo de derechos y garantías consagradas en favor de los trabajadores. No produce efecto alguno cualquiera estipulación que afecte o desconozca este mínimo*”, y el artículo 46 del CST permite el pacto de término fijo en la duración del contrato de trabajo.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE RUBIDIA MOSQUERA MOSQUERA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 3 de junio de 2020, por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, RUBIDIA MOSQUERA MOSQUERA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca pensión de vejez bajo las reglas del Acuerdo 049 de 1990 de conformidad con la línea jurisprudencial trazada por la Corte Constitucional en las sentencias SU-769 de 2014 y SU-057 de 2018 que permite acumular tiempos públicos y privados para causar el derecho. Pide que se ordene el pago de la prestación a partir del 23 de diciembre de 2011 junto con los intereses moratorios que se generen (ver demanda en folios 3 a 8 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante no cumple los requisitos dispuestos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, ni cuenta con

las semanas exigidas en la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho y de la obligación, prescripción, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 32 a 39).

Terminó la primera instancia con sentencia del 3 de junio de 2020, a través de la cual el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a COLPENSIONES. Para tomar su decisión el Juez concluyó que si bien la demandante es beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, no es posible conceder la pensión de vejez según las reglas establecidas en el Acuerdo 049 de 1990, acumulando tiempos de servicio público y privado cotizados por la demandante, según criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y advirtió que con las semanas cotizadas exclusivamente al ISS no se completan los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 ni los requisitos definidos en la ley 71 de 1988, pues sólo demostró 1010,86 semanas entre tiempos de servicio público y tiempos cotizados a COLPENSIONES. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación conforme a las consideraciones expuestas. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante RUBIDIA MOSQUERA MOSQUERA. TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante a favor de la demandada tócese por Secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$200.000. CUARTO: en caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable a la demandante remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta”* (CD 3, minuto 34:26).

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de la demandante pide que se estudie el derecho pensional con el criterio establecido en la sentencia de la Corte Constitucional

SU-057 de 2018 (CD 3, minuto 35:17)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Una vez revisado el expediente el Tribunal revocará la decisión apelada, pues las pruebas allegadas al proceso demuestran el derecho pensional de RUBIDIA MOSQUERA MOSQUERA, bajo el régimen que reclama en la demanda: el Acuerdo 049 de 1990.

Para llegar a esta conclusión, se advierte que conservó el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 hasta el 31 de diciembre 2014², pues tenía más de 35 años de edad para el 1° de abril de 1994 (fecha de entrada en vigencia del régimen de pensiones que creó la Ley 100)³, y más de 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (tenía 999.17 semanas para el 25 de julio de 2005).

En el cómputo de semanas la Sala tuvo en cuenta: (i) **763,71** semanas reportadas para el 25 de julio de 2005 en la historia laboral aportada por la demandada en folios 44 a 50; (ii) **223,32** semanas laboradas por la demandante en el Municipio de Santiago de Cali entre el 18 de abril de 1991 y el 31 de julio de 2005 (ver formulario CLEPB No 1 a folio 13 del expediente)⁴; y, (iii) **12,14** semanas que no se encuentran reportadas en la historia laboral

¹ “Gracias su Señoría, en la presente oportunidad procesal me permito interponer el recurso de apelación con fundamento en los hechos fácticos y fundamentos jurídicos establecidos en la demanda, por lo tanto, considero que se debe analizar en segunda instancia el derecho que le asiste a mi prohijada con todos estos fundamentos fácticos y teniendo en cuenta la SU-057 del 2018, muchas gracias”.

² Parágrafo transitorio 4° del Acto Legislativo 01 de 2005: “El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014”.

³ La demandante tenía 37 años, pues según se observa en el registro civil de nacimiento nació el 22 de diciembre de 1956 (ver folio 12).

⁴ Si bien la demandante laboró para dicho Municipio hasta el 31 de diciembre de 1995, no se tuvieron en cuenta para el cómputo los tiempos laborados entre el 1° de agosto y el 31 de diciembre 1995, pues estos fueron cotizados al ISS, hoy COLPENSIONES, y se encuentran reportados en la historia laboral referida.

actualizada de COLPENSIONES bajo la observación “*Nombres no concuerdan con Registraduría*”, o que se encuentran reportadas de forma incompleta, entre marzo y diciembre de 2004, a cargo del empleador GIMANSIO MODERNO DEL VALLE (ver folios 47 y 48) para esto último se sigue el criterio expresado reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, según el cual la mora del empleador en el pago de los aportes o errores administrativos en la imputación de los pagos, no se le pueden oponer al afiliado para excluir sus derechos pensionales⁵; y para los tiempos de servicio público se tiene en cuenta el criterio de la Corte Constitucional (sentencias SU769 de 2014 y SU 057 de 2018), y recientemente jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 1947 dictada el 1° de julio del año en curso, dentro del radicado No. 70918)⁶ que hace modificar el criterio que se hubiera expresado con anterioridad por el Tribunal basado en la anterior jurisprudencia del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Como el Acuerdo 049 de 1990 asigna pensión a las mujeres que cumplen 55 años de edad si han efectuado quinientas (500) semanas de cotización al Sistema durante los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de dicha edad, o 1.000 semanas en cualquier tiempo, la demandante tiene derecho a la pensión que reclama. La copia del registro civil de nacimiento que obra en folio 12 prueba que RUBIDIA MOSQUERA MOSQUERA cumplió 55 años el 22 de diciembre de 2011, y la historia laboral aportada por COLPENSIONES

⁵ Sentencia del 5 de junio de 2012 rad 41958 Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras.

⁶ Para este efecto estimó dicha Corporación que: “(...) el régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 implicó una protección especial para quienes se encuentran cobijados por éste, en el sentido de que la normativa anterior aplicable tendría los mencionados efectos ultraactivos solamente en los aspectos de edad, tiempo y monto, pues el resto de condiciones pensionales se encuentran regidas por las disposiciones de la Ley 100 de 1993 (...) entonces la forma de computar las semanas para estas prestaciones se rige por el literal f) del artículo 13, el párrafo 1° del artículo 33 y el párrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que disponen expresamente la posibilidad de sumar tiempos privados y tiempos públicos, así éstos no hayan sido objeto de aportes a cajas, fondos o entidades de previsión social”, y advirtió que “el propósito de unicidad normativa y sistemática de la ley en comento fue ponerle fin a la injusticia de no conceder pensiones a personas que cumplieran el mismo tiempo de trabajo, pero cuyo valor y eficacia frente a la generación de la protección del riesgo difería frente al segmento en el que se prestaba” (SL 1947 dictada el 1° de julio del 2020, M.P. IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ).

demuestra 773,29 semanas cotizadas para el 22 de diciembre de 2011 + 12,14 reportadas en 0 o reportadas en forma incompleta (ver folios 44 a 50), y con el formulario CLEPB No 1 con el que se certifican los tiempos laborados por la demandante en el Municipio de Santiago de Cali (223,32 de tiempos de servicios entre el 18 de abril de 1991 y el 31 de julio de 1995 – ver folio 13), se obtienen **1008,75** semanas imputables a pensión, para el 22 de diciembre de 2011.

Si bien el derecho se causó el 22 de diciembre de 2011 cuando la demandante cumplió ambos requisitos (edad y tiempo), el pago solo procedía desde la desafiliación del Sistema.

Sobre esto último se debe recordar que el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios no siempre habilitan el pago de la primera mesada pensional, nuestro ordenamiento jurídico exige para este efecto el retiro del sistema, pues solo cuando ello ocurre se podrá entender que el afiliado renunció al derecho que le otorgan las normas legales a incrementar el valor de su pensión con cotizaciones adicionales a las mínimas legales (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990). Esta voluntad de retiro se puede manifestar de forma expresa cuando se realizan los trámites administrativos de retiro, o tácita cuando el afiliado que ha cumplido los requisitos legales para acceder a la pensión deja de efectuar aportes o eleva la reclamación de su pensión, pues en ambas situaciones está renunciado *tácitamente* al derecho que le otorgan las normas a continuar cotizando para incrementar el valor de sus mesadas. Bajo esta premisa, y dado que la primera solicitud con requisitos cumplidos fue elevada 23 de junio de 2015 (ver Resolución GNR 397068 del 9 de diciembre de 2015)⁷, la prestación era exigible desde ese momento.

No obstante lo dicho, por prescripción, solo se puede ordenar el pago de las mesadas pensionales causadas a partir del 21 de enero de 2016.

⁷ La última cotización de la actora al Sistema es posterior al 23 de junio de 2015, pues efectuó cotizaciones entre el 1° de abril y el 31 de julio de 2017 (ver folio 45).

El término trienal se interrumpió con la reclamación elevada el 19 de octubre de 2017 y la demanda se presentó el 2 de septiembre de 2019 (ver folios 19 y 29 del expediente), pero sobre las mesadas causadas entre el 23 de junio de 2015 y el 20 de enero de 2016 se presentó una primera reclamación el 21 de enero de 2016 que se resolvió el día 8 de abril del mismo año (notificación de la Resolución GNR 74823 del 10 de marzo de 2016- CD 2) y la demanda se interpuso pasados los 3 años desde esta última fecha.

El valor de mesada en el año 2016 asciende a \$949.273 según las operaciones aritméticas que se anexan a continuación, en las cuales se tomó IBL lo devengado en los últimos 10 años teniendo en cuenta para el efecto los salarios certificados en el formulario CLEPB No 3B aportado en folios 15 y 16 del expediente, y el detalle de los pagos efectuados a COLPENSIONES, visible en la historia laboral en folios 46 a 48, base salarial a la que se aplicó una tasa de reemplazo del 75% según la tabla establecida en el parágrafo 2 del Decreto 758 de 1990.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1992	Enero	7	\$ 30.520	13,90	126,15	9,0747	\$ 276.961	\$ 1.938.725
1992	Febrero	30	\$ 130.800	13,90	126,15	9,0747	\$ 1.186.975	\$ 35.609.239
1992	Marzo	30	\$ 130.800	13,90	126,15	9,0747	\$ 1.186.975	\$ 35.609.239
1992	Abril	30	\$ 130.800	13,90	126,15	9,0747	\$ 1.186.975	\$ 35.609.239
1992	Mayo	30	\$ 130.800	13,90	126,15	9,0747	\$ 1.186.975	\$ 35.609.239
1992	Junio	30	\$ 130.800	13,90	126,15	9,0747	\$ 1.186.975	\$ 35.609.239
1992	Julio	30	\$ 130.800	13,90	126,15	9,0747	\$ 1.186.975	\$ 35.609.239
1992	Agosto	30	\$ 130.800	13,90	126,15	9,0747	\$ 1.186.975	\$ 35.609.239
1992	Septiembre	30	\$ 130.800	13,90	126,15	9,0747	\$ 1.186.975	\$ 35.609.239
1992	Octubre	30	\$ 130.800	13,90	126,15	9,0747	\$ 1.186.975	\$ 35.609.239
1992	Noviembre	30	\$ 130.800	13,90	126,15	9,0747	\$ 1.186.975	\$ 35.609.239
1992	Diciembre	30	\$ 130.800	13,90	126,15	9,0747	\$ 1.186.975	\$ 35.609.239
1993	Enero	30	\$ 166.800	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.209.637	\$ 36.289.124
1993	Febrero	30	\$ 166.800	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.209.637	\$ 36.289.124
1993	Marzo	30	\$ 166.800	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.209.637	\$ 36.289.124
1993	Abril	30	\$ 166.800	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.209.637	\$ 36.289.124
1993	Mayo	30	\$ 166.800	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.209.637	\$ 36.289.124
1993	Junio	30	\$ 166.800	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.209.637	\$ 36.289.124
1993	Julio	30	\$ 219.300	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.590.369	\$ 47.711.060
1993	Agosto	30	\$ 219.300	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.590.369	\$ 47.711.060
1993	Septiembre	30	\$ 219.300	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.590.369	\$ 47.711.060
1993	Octubre	30	\$ 219.300	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.590.369	\$ 47.711.060

1993	Noviembre	30	\$ 219.300	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.590.369	\$ 47.711.060
1993	Diciembre	30	\$ 219.300	17,40	126,15	7,2520	\$ 1.590.369	\$ 47.711.060
1994	Enero	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1994	Febrero	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1994	Marzo	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1994	Abril	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1994	Mayo	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1994	Junio	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1994	Julio	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1994	Agosto	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1994	Septiembre	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1994	Octubre	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1994	Noviembre	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1994	Diciembre	30	\$ 274.100	21,33	126,15	5,9148	\$ 1.621.248	\$ 48.637.452
1995	Enero	30	\$ 323.500	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.771	\$ 46.823.122
1995	Febrero	30	\$ 323.500	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.771	\$ 46.823.122
1995	Marzo	30	\$ 323.500	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.771	\$ 46.823.122
1995	Abril	30	\$ 323.500	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.771	\$ 46.823.122
1995	Mayo	30	\$ 323.500	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.771	\$ 46.823.122
1995	Junio	30	\$ 323.500	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.771	\$ 46.823.122
1995	Julio	30	\$ 323.500	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.771	\$ 46.823.122
1995	Agosto	30	\$ 323.520	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.867	\$ 46.826.016
1995	Septiembre	30	\$ 323.520	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.867	\$ 46.826.016
1995	Octubre	30	\$ 323.520	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.867	\$ 46.826.016
1995	Noviembre	30	\$ 323.520	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.867	\$ 46.826.016
1995	Diciembre	30	\$ 323.520	26,15	126,15	4,8246	\$ 1.560.867	\$ 46.826.016
1996	Enero	30	\$ 161.748	31,24	126,15	4,0385	\$ 653.211	\$ 19.596.340
1996	Febrero	30	\$ 466.667	31,24	126,15	4,0385	\$ 1.884.612	\$ 56.538.351
1996	Marzo	30	\$ 350.000	31,24	126,15	4,0385	\$ 1.413.458	\$ 42.403.733
1996	Abril	30	\$ 350.000	31,24	126,15	4,0385	\$ 1.413.458	\$ 42.403.733
1996	Mayo	12	\$ 140.000	31,24	126,15	4,0385	\$ 565.383	\$ 6.784.597
1997	Febrero	30	\$ 280.000	38,00	126,15	3,3200	\$ 929.608	\$ 27.888.229
1997	Marzo	30	\$ 350.000	38,00	126,15	3,3200	\$ 1.162.010	\$ 34.860.287
1997	Abril	30	\$ 350.000	38,00	126,15	3,3200	\$ 1.162.010	\$ 34.860.287
1997	Mayo	30	\$ 350.000	38,00	126,15	3,3200	\$ 1.162.010	\$ 34.860.287
1997	Junio	30	\$ 350.000	38,00	126,15	3,3200	\$ 1.162.010	\$ 34.860.287
1997	Julio	30	\$ 350.000	38,00	126,15	3,3200	\$ 1.162.010	\$ 34.860.287
1997	Agosto	30	\$ 375.000	38,00	126,15	3,3200	\$ 1.245.010	\$ 37.350.307
1997	Septiembre	30	\$ 400.000	38,00	126,15	3,3200	\$ 1.328.011	\$ 39.840.327
1997	Octubre	30	\$ 400.000	38,00	126,15	3,3200	\$ 1.328.011	\$ 39.840.327
1997	Noviembre	30	\$ 400.000	38,00	126,15	3,3200	\$ 1.328.011	\$ 39.840.327
1997	Diciembre	30	\$ 400.000	38,00	126,15	3,3200	\$ 1.328.011	\$ 39.840.327
1998	Enero	30	\$ 429.333	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.211.205	\$ 36.336.158
1998	Febrero	30	\$ 480.000	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.354.144	\$ 40.624.308
1998	Marzo	30	\$ 480.000	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.354.144	\$ 40.624.308
1998	Abril	30	\$ 480.000	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.354.144	\$ 40.624.308
1998	Mayo	30	\$ 480.000	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.354.144	\$ 40.624.308
1998	Junio	30	\$ 480.000	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.354.144	\$ 40.624.308
1998	Julio	30	\$ 480.000	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.354.144	\$ 40.624.308
1998	Agosto	30	\$ 480.000	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.354.144	\$ 40.624.308
1998	Septiembre	30	\$ 480.000	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.354.144	\$ 40.624.308
1998	Octubre	30	\$ 480.000	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.354.144	\$ 40.624.308
1998	Noviembre	30	\$ 480.000	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.354.144	\$ 40.624.308
1998	Diciembre	30	\$ 480.000	44,72	126,15	2,8211	\$ 1.354.144	\$ 40.624.308
1999	Enero	30	\$ 508.800	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.229.953	\$ 36.898.577
1999	Febrero	30	\$ 537.600	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.299.573	\$ 38.987.175
1999	Marzo	30	\$ 537.600	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.299.573	\$ 38.987.175
1999	Abril	30	\$ 537.600	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.299.573	\$ 38.987.175

1999	Mayo	30	\$ 537.600	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.299.573	\$ 38.987.175
1999	Junio	30	\$ 537.600	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.299.573	\$ 38.987.175
1999	Julio	30	\$ 537.600	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.299.573	\$ 38.987.175
1999	Agosto	30	\$ 537.600	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.299.573	\$ 38.987.175
1999	Septiembre	30	\$ 537.600	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.299.573	\$ 38.987.175
1999	Octubre	30	\$ 537.600	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.299.573	\$ 38.987.175
1999	Noviembre	30	\$ 537.600	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.299.573	\$ 38.987.175
1999	Diciembre	30	\$ 537.600	52,18	126,15	2,4174	\$ 1.299.573	\$ 38.987.175
2000	Enero	30	\$ 537.600	57,00	126,15	2,2131	\$ 1.189.739	\$ 35.692.177
2000	Febrero	11	\$ 197.120	57,00	126,15	2,2131	\$ 436.238	\$ 4.798.615
2001	Enero	30	\$ 435.000	61,99	126,15	2,0350	\$ 885.237	\$ 26.557.123
2001	Marzo	30	\$ 435.000	61,99	126,15	2,0350	\$ 885.237	\$ 26.557.123
2001	Abril	30	\$ 435.000	61,99	126,15	2,0350	\$ 885.237	\$ 26.557.123
2001	Mayo	30	\$ 435.000	61,99	126,15	2,0350	\$ 885.237	\$ 26.557.123
2001	Junio	30	\$ 435.000	61,99	126,15	2,0350	\$ 885.237	\$ 26.557.123
2001	Julio	30	\$ 435.000	61,99	126,15	2,0350	\$ 885.237	\$ 26.557.123
2001	Agosto	30	\$ 435.000	61,99	126,15	2,0350	\$ 885.237	\$ 26.557.123
2001	Septiembre	30	\$ 435.000	61,99	126,15	2,0350	\$ 885.237	\$ 26.557.123
2001	Octubre	30	\$ 435.000	61,99	126,15	2,0350	\$ 885.237	\$ 26.557.123
2001	Noviembre	30	\$ 435.000	61,99	126,15	2,0350	\$ 885.237	\$ 26.557.123
2001	Diciembre	30	\$ 435.000	61,99	126,15	2,0350	\$ 885.237	\$ 26.557.123
2004	Marzo	30	\$ 358.000	76,03	126,15	1,6592	\$ 594.003	\$ 17.820.079
2004	Abril	30	\$ 358.000	76,03	126,15	1,6592	\$ 594.003	\$ 17.820.079
2004	Mayo	30	\$ 358.000	76,03	126,15	1,6592	\$ 594.003	\$ 17.820.079
2004	Junio	30	\$ 358.000	76,03	126,15	1,6592	\$ 594.003	\$ 17.820.079
2004	Julio	30	\$ 358.000	76,03	126,15	1,6592	\$ 594.003	\$ 17.820.079
2004	Agosto	30	\$ 358.000	76,03	126,15	1,6592	\$ 594.003	\$ 17.820.079
2004	Septiembre	30	\$ 358.000	76,03	126,15	1,6592	\$ 594.003	\$ 17.820.079
2004	Octubre	30	\$ 358.000	76,03	126,15	1,6592	\$ 594.003	\$ 17.820.079
2004	Noviembre	30	\$ 358.000	76,03	126,15	1,6592	\$ 594.003	\$ 17.820.079
2004	Diciembre	30	\$ 358.000	76,03	126,15	1,6592	\$ 594.003	\$ 17.820.079
2005	Enero	30	\$ 381.500	80,21	126,15	1,5728	\$ 600.009	\$ 18.000.264
2005	Febrero	30	\$ 381.500	80,21	126,15	1,5728	\$ 600.009	\$ 18.000.264
2005	Marzo	30	\$ 381.500	80,21	126,15	1,5728	\$ 600.009	\$ 18.000.264
2005	Abril	30	\$ 381.500	80,21	126,15	1,5728	\$ 600.009	\$ 18.000.264
2005	Mayo	30	\$ 381.500	80,21	126,15	1,5728	\$ 600.009	\$ 18.000.264
2005	Junio	30	\$ 381.500	80,21	126,15	1,5728	\$ 600.009	\$ 18.000.264
2005	Julio	30	\$ 381.500	80,21	126,15	1,5728	\$ 600.009	\$ 18.000.264
2005	Agosto	30	\$ 381.500	80,21	126,15	1,5728	\$ 600.009	\$ 18.000.264
2005	Septiembre	30	\$ 381.500	80,21	126,15	1,5728	\$ 600.009	\$ 18.000.264
2005	Octubre	30	\$ 381.500	80,21	126,15	1,5728	\$ 600.009	\$ 18.000.264
2005	Noviembre	30	\$ 381.500	80,21	126,15	1,5728	\$ 600.009	\$ 18.000.264

	IBL ÚLTIMOS 10 AÑOS
TOTAL DIAS TRABAJADOS	3.600
TOTAL SALARIO DEVENGADO	\$4.267.594.734
IBL	\$1.185.443
MONTO	75%

VALOR PENSIONAL (AÑO 2015)	MESADA	\$889.082
---------------------------------------	---------------	------------------

Para los años subsiguientes y aplicando los respectivos incrementos anuales, se obtienen los siguientes valores:

AÑO	MESADA	INCREMENTO
2015	\$ 889.082	6,77%
2016	\$ 949.273	5,75%
2017	\$ 1.003.856	4,09%
2018	\$ 1.044.914	3,18%
2019	\$ 1.078.142	3,80%
2020	\$ 1.119.111	

La prestación debe pagarse en 13 mesadas anuales, por mandato del inciso 8 y párrafo 6 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que se causó después del 31 de julio de 2011 (se causó el 22 de diciembre de 2011).

No procede el pago de intereses moratorios, pues la mora en el pago de las mesadas se originó en el cambio jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y no en el desacato del pagador a un criterio preestablecido.

En subsidio del interés moratorio, se ordenará la indexación de las mesadas por ser esta la forma en que se traen a valor presente las sumas de dinero que se debieron pagar en el pasado. Para el efecto se debe aplicar la fórmula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por la demandante mes a mes, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha en que cobre ejecutoria la sentencia), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago de cada mesada.

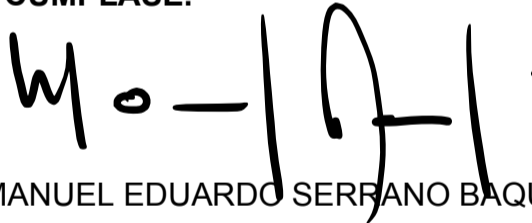
Por las resultas del proceso las COSTAS en primera instancia corren a cargo de la entidad demandada. Sin COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia. En su lugar se **CONDENA** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a RUBIDIA MOSQUERA MOSQUERA pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 21 de enero de 2016, en cuantía inicial de \$949.273, sobre 13 mesadas al año, pensión que se debe ajustar con los incrementos anuales subsiguientes. Las mesadas adeudadas se deben pagar indexadas en la forma prevista en la parte motiva de esta sentencia.
2. **DECLARAR** parcialmente probada la excepción de prescripción sobre mesadas pensionales causadas antes del 21 de enero de 2016.
3. **COSTAS** en primera instancia a cargo de la entidad demandada.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE OMAR ROMERO AMADO, JOSE ANTONIO LAMUS BAUTISTA, AVILIO TORRES RINCON, JOSE MARIA SORIA, RICARDO VELASCO PEÑALOZA, BELSA SIERRA POLANCO, STELLA GUEVARA CARRILLO Y ALVARO GALVIS ESTUPIÑAN CONTRA EMPRESA COLOMBIANA DE PETROLEOS - ECOPETROL.

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar, en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de los demandantes, la sentencia dictada el 05 de febrero de 2020 por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OMAR ROMERO AMADO, JOSE ANTONIO LAMUS BAUTISTA, AVILIO TORRES RINCON, JOSE MARIA SORIA, RICARDO VELASCO PEÑALOZA, BELSA SIERRA POLANCO y STELLA GUEVARA CARRILLO presentaron demanda contra ECOPETROL, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de contratos de trabajo que finalizaron por el reconocimiento de pensiones de jubilación. OMAR ROMERO AMADO, AVILIO TORRES RINCON, JOSE MARÍA SORIA y RICARDO VELASCO PEÑALOZA piden que se les reconozca y pague la incidencia salarial del 100%, bajo la figura

del estímulo del ahorro durante la vigencia de la relación laboral. JOSE ANTONIO LAMUS pide que le tengan en cuenta los viáticos, y la alimentación sufragada como incidencias salariales para reliquidación de prestaciones sociales y reajuste de la pensión, afirma que por haber servido 28 años en la empresa es beneficiario del parágrafo 3° de la Convención Colectiva y su pensión debe ser aumentada en un 2.5 % y en su totalidad en un 20%. Los demandantes ESTELLA GUEVARA CARRILLO¹ y RICARDO VELASCO PEÑALOZA pide que se tenga en cuenta la tiquetera de alimentación como incidencia salarial para la reliquidación de las prestaciones sociales y el reajuste de la pensión. El demandante OMAR ROMERO AMADO además de solicitar el *estímulo de ahorro* junto con la demandante BELSA SIERRA POLANCO piden que se les tenga en cuenta el pago de comisariato en dinero y como incidencia salarial para el reajuste de las prestaciones sociales y la pensión de jubilación.

Como fundamento de lo pedido, afirman los demandantes que laboraron para la empresa ECOPETROL por más de 20 años mediante contratos de trabajo a término indefinido, y terminaron su vínculo laboral por reconocimiento de las pensiones de jubilación.

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la accionada mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, negó otros y se opuso a las pretensiones. Frente al *estímulo al ahorro* afirma que el beneficio se otorgó como un aporte voluntario a pensión y que no tiene naturaleza salarial. Frente al comisariato afirma que el suministro de carne era optativo y se podía recibir en dinero o en especie y aclaro que, si se recibía en dinero no tenía incidencia salarial, según se acordó. Frente a los viáticos afirma que eran accidentales y no correspondían al cumplimiento de las actividades normales y ordinarias de los demandantes. Frente a la tiquetera de alimentación y la alimentación, dice que no se causó ni tenía

¹ La demandante Estella Guevara Carrillo afirma que Ecopetrol no le ha pagado el valor correspondiente a la pérdida de capacidad laboral ocasionada por las enfermedades adquiridas en la empresa. Sin embargo, esta pretensión fue objeto de excepción previa- *falta de competencia*- y prosperó por falta de reclamación administrativa. Se excluyó del debate. (fl 507).

naturaleza salarial en los términos del artículo 316 del CST por el sitio donde laboraran los demandantes. Frente al incremento de la mesada pensional de JOSÉ ANTONIO LAMUS indica que la pensión se liquidó teniendo en cuenta el 2.5% adicional en los términos del artículo 109 de la Convención Colectiva. Propuso como excepciones de fondo *prescripción, inexistencia de vicios del consentimiento en lo pactado por la demandante y Ecopetrol, buena fe en las actuaciones de Ecopetrol, Inexistencia de la obligación reclamada* (cuaderno principal folios 345 a 359).

El proceso correspondió por reparto al Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Cúcuta. Sin embargo, obedeciendo lo ordenado por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cúcuta, se declaró probada falta de competencia territorial y se ordenó remitir el expediente a la ciudad de Bogotá. (Cd 2 y Cd 3 y fls 383, 384, 420, 421).

Terminó la primera instancia, con sentencia dictada por el Juez Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se absolvió a ECOPETROL de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Para tomar su decisión, el Juez consideró que los pagos a los trabajadores por los conceptos denominados *estímulo al ahorro*, no tienen naturaleza salarial; frente a la *tiquetera de alimentación* y el pago por alimentación como incidencia salarial, destacó que en los términos del artículo 316 del CST los demandantes no acreditaron que hubiesen prestado servicios en un lugar de explotación y exploración petrolera, hecho que el despacho no podía presumir, ni probaron las funciones específicas de JOSE ANTONIO LAMUS, ESTELLA GUEVARA CARRILLO y RICARDO VELASCO PEÑALOZA; frente al *comisariato* como pago en especie, la Convención Colectiva de Trabajo no lo establece como pago salarial pues era un beneficio otorgado por la empresa para mejorar la condición de vida de los trabajadores; frente a los *viáticos* indicó que no tenían el carácter de permanentes; y frente al incremento de la mesada pensional del 2.5% solicitada por JOSÉ A. LAMUS revisó la liquidación y la encontró acorde a lo establecido en la Convención

Colectiva. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a ECOPETROL S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas por los señores OMAR ROMERO AMADO, JOSE ANTONIO LAMUS BAUTIST, AVILIO TORRES RINCON, JOSE MARIA SORIA, RICARDO VELASCO PEÑALOZA, BELSA SIERRA POLANCO, ESTELLA GUEVARA CARRILLO Y ALVARO GALVIS ESTUPIÑAN.SEGUNDO: Declarar probada la excepción de inexistencia de la obligación reclamada, relevándose el despacho del estudio de las demás propuestas. TERCERO: COSTAS de ésta instancia a cargo de la parte accionante. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de \$300.000 para cada uno de los demandantes. CUARTO: Como quiera que no comparece la parte demandante ni su apoderado y al ser desfavorable la sentencia, deberá surtir el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el superior. (CD 7 Minuto 25: 56).*

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a los demandantes y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Revisado el expediente en CONSULTA, por falta de apelación de los demandantes, ningún reparo encuentra el Tribunal sobre la decisión de primera instancia que será confirmada.

1. Frente a la inclusión de las sumas recibidas como *“estímulo al ahorro”* en la liquidación de prestaciones sociales y pensión de jubilación, el artículo 128 del C.S.T. modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, excluye de naturaleza salarial a las sumas que ocasionalmente y por mera liberalidad reciba el trabajador del empleador, a las sumas que recibe en dinero o en especie no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, y a las sumas que reciba por

prestaciones sociales o como *“beneficios o auxilios habituales u ocasionales (...)* cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie(...)”.

Sobre la inclusión de pagos sobre los cuales se haya acordado un pacto de exclusión salarial -como el estímulo al ahorro- la Corte Constitucional en la sentencia C-710 de 1996 declaró la constitucionalidad de la norma siempre y cuando se entienda que *“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. El artículo se limita a establecer que no constituyen salario las sumas que ocasionalmente, y por mera liberalidad recibe el trabajador, y a señalar algunos ejemplos de esos conceptos. Definición que no desconoce norma alguna de la Constitución, ni impide que se pueda reclamar ante el juez competente, el reconocimiento salarial de una suma o prestación excluida como tal, cuando, por sus características, ella tiene por objeto retribuir el servicio prestado. En caso de que los regímenes salariales desconozcan la norma, y, por ende, se cree una desigualdad, lo lógico es demandar esos regímenes y, no el artículo que se acaba de analizar, pues él se limita enunciativamente a determinar que sumas no son salario. 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”*.

Según esta jurisprudencia -de obligatoria aplicación para todos los jueces- las partes no pueden desconocer válidamente la naturaleza SALARIAL de un pago que retribuye directamente el servicio, constituye un ingreso personal en el patrimonio del trabajador, y es habitual, y por ende no puede excluirlo como **factor salarial** de la base de liquidación de derechos laborales, cuya cuantía se tase con referencia al *salario*. Sobre la materia se ha pronunciado también, desde antaño, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia².

No obstante, el artículo 15 del CST -sobre cuya validez también se ha pronunciado reiteradamente la Corte Constitucional-, permite a las partes precaver litigios eventuales o para solucionar las diferencias existentes mediante *pactos* o *transacciones* cuando no se renuncie a derechos ciertos e indiscutibles que se hubieran causado en favor del trabajador. Este límite al ejercicio de la autonomía privada, lo reitera el artículo 53 de la Constitución Política.

Por ello en pactos de exclusión salarial como el que analiza, para armonizar el contenido del artículo 128 del CST (bajo las restricciones que dispuso la sentencia C-710 de 1996) con el contenido del artículo 15 del CST, se debe otorgar validez al pacto de exclusión salarial que verse sobre pagos que no tengan de forma cierta e indiscutible naturaleza salarial, pues la duda *razonable* sobre esta situación (es decir sobre su carácter retributivo, sobre

² “ Luego, si como lo halló demostrado el propio juzgador, el pago realizado al accionante tenía todas las características del salario y correspondía realmente al concepto de comisiones, independientemente de la denominación que se le diera, no podía excluirse como parte del salario retributivo del servicio, porque, tal cual lo señala el recurrente, esa naturaleza salarial proviene del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo, y no se le puede desconocer por lo dispuesto en el 128, puesto que él no permite restar el carácter salarial de cualquier pago al que se refieran los acuerdos celebrados por los contratantes, sino que procede solo frente a algunos auxilios o beneficios. Pero en modo alguno puede aceptarse que esa última normatividad incluya todos los conceptos o rubros, como las comisiones, que por su origen, quedan por fuera de la posibilidad que ofrece el mencionado artículo 128, de negar la incidencia salarial de determinados pagos en la liquidación de prestaciones sociales o de otras acreencias laborales. De allí que no podía, sin transgredirse la ley, darle validez al pacto o escrito por medio del cual se desfiguraba la naturaleza salarial de las comisiones, porque el artículo 43 del Código Sustantivo del Trabajo prevé la ineficacia de las estipulaciones o condiciones que sean contrarias a la ley” (CSJ, Cas. Laboral., Sent. sep. 27/2004. Rad 22.069, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón).

su habitualidad, o sobre si el pago constituye un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador) permite la transacción mediante un *pacto*.

En este orden de ideas, se debe verificar de las pruebas aportadas al expediente si los emolumentos recibidos por los demandantes y excluidos de la base de liquidación de sus prestaciones sociales como *estímulo al ahorro*, tienen sin duda alguna las características que la ley asigna al Salario. De ello se derivaría la ineficacia del pacto de exclusión salarial.

Pues bien, una vez revisada la evidencia aportada el Tribunal encuentra que las sumas pagadas por ECOPEPETROL a los demandantes por "*estímulo al ahorro*" no tenían de forma cierta -es decir sin duda- naturaleza salarial, y por ello resulta válido y vinculante para las partes el pacto mediante el cual excluyeron su valor de la liquidación de prestaciones sociales. Se demostró que los pagos efectuados por "*estímulo al ahorro*" no retribuían en forma *directa* el servicio pues bajo esta denominación se buscaba compensar los ingresos globales que recibían trabajadores en otras empresas de la industria por salarios y por prestaciones y evitar con ello su salida de la demandada. El pago se materializó -además- en el ocaso de la relación laboral, y su origen no estaba propiamente definido por las actividades que los trabajadores ni en una reasignación o modificación de sus funciones, ni siquiera se entregaban directamente a los trabajadores para que pudieran disponer libremente de lo pagado -como ocurre con el salario- (cuaderno principal folios 95, 96, 100, 101, 139, 140 y cuaderno No. 3 fls 65, 111, 112, 143) pues se consignaban en una cuenta de ahorro pensional creada en una AFP y tenían por ello en los términos de los artículos 48 y 49 de la Ley 1328 de 2009 y 28 de la Ley 100 de 1993, un destino específicamente definido en las normas que regulan el Sistema General de Seguridad Social.

Así las cosas, si bien a partir del año 2008 hubo incremento en los ingresos globales que recibían los demandantes, por el pago del "*estímulo al ahorro*", tal incremento no tenía naturaleza salarial cierta, circunstancia de la cual

deviene la validez del pacto mediante el cual se acordó su exclusión de la liquidación de prestaciones sociales.

2. Sobre el *Comisariato en dinero* que regula el artículo 57 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre ECOPETROL y la UNION SINDICAL OBRERA – USO vigente en el año 2009, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho, en casos de condiciones fácticas similares al que se estudia, que tampoco retribuía directamente el servicio: *“(…) como se ha precisado en procesos en los que se debate el mismo tema, el suministro de carne que expende ECOPETROL para los trabajadores que la adquieren en sus comisariatos, no es salario en especie; (…) En conclusión, reexaminada íntegramente la estructura gramatical de la estipulación convencional en comento, así como la intención lógica y razonablemente deducible de sus componentes, para la Sala dicha cláusula que alude a la venta de carne y su incidencia salarial, lleva a colegir que el único entendimiento posible es que, en rigor, el pago hecho en ejercicio de la factibilidad de comprar la carne expendida en los comisariatos de la empresa, no constituye salario, puesto que, se itera, ese beneficio no correspondía a una contraprestación directa del servicio”*.³

3. En relación con los VIÁTICOS solicitados por JOSE LAMUS BAUTISTA, quien se limitó a indicar que durante la relación laboral le fueron pagados, el artículo 130 del CST dispone carácter salarial a *“Los viáticos permanentes”* y solo en la parte destinada a proporcionar al trabajador *manutención y alojamiento*, excluyendo el carácter salaraxial de los viáticos accidentales.

Con este precepto normativo la parte demandante debió demostrar que recibía viáticos en forma permanente, y que las cantidades que se entregaron bajo dicho rubro estaban destinadas a la alimentación o al alojamiento. Como la evidencia arrojada al expediente en esta materia no logra demostrar los supuestos referidos, resultó también acertada la decisión

³ SL2441-2018 Radicación n°54257 *“baste para ello remitirnos a la sentencia SL20037-2017, 29 nov.2017, rad. 48833”*.

del juez que negó la inclusión de viáticos. Sobre permanencia, solo se demostró el pago de viáticos por 33 días, y de ellos, 11 de comisión operativa para sufragar transporte (pasajes terrestres, pasajes aéreos), que no tienen naturaleza salarial, según se dijo.

4. Sobre el valor de la ALIMENTACIÓN y la TIQUETERA DE ALIMENTACIÓN solicitados en las demandas de RICARDO VELASCO y ESTELLA GUEVARA CARRILLO y su incidencia salarial solicitada por JOSE ANTONIO LAMUS BAUTISTA, con el mismo argumento planteado para la incidencia salarial del estímulo al ahorro se confirmará la sentencia apelada pues no se demostraron los supuestos normativos que contempla el artículo 316 del CST, ni las condiciones legales para que se pudiera entender que retribuían directamente el servicio ni que fueran habituales. Esto último se evidencia de los comprobantes de nómina de ESTELLA GUEVARA CARRILLO (Cuaderno Principal fls 207 a 240); de los documentos de folios 141 a 166 del cuaderno principal y 367 del cuaderno tres frente a RICARDO VELASCO; y de los documentos de folios 70 a 76 frente a JOSE ANTONIO LAMUS BAUTISTA. Sobre la necesidad de pruebas específicas que acrediten la prestación de servicios en un lugar de explotación o exploración de petróleo, la Sentencia SL5141-2018 dijo “(...) En ese orden, debe entenderse que la obligación descrita en el artículo 316 *ibidem* se predica de trabajadores que presten servicios en lugares de exploración y explotación petrolera, fuera del perímetro urbano, razón por la cual quien pretenda a su favor los efectos de la norma, debe acreditar que laboró en un lugar de tales condiciones (...)”⁴ y as pruebas de folios 2, 5 y 8 demuestran que JOSÉ

⁴ SL 5141-2018 M.P Clara Cecilia Dueñas- “si bien los artículos 170 del Código General del Proceso, 54 y 83 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social habilitan al juez a decretar pruebas de oficio a fin de esclarecer aspectos oscuros del pleito, lo cierto es que tal potestad no debe ejercerse indiscriminadamente al punto de relevar a las partes de las cargas procesales que le corresponden. «no puede ejercerse arbitraria ni ilimitadamente, al punto de vaciar de contenido el deber de las partes de aportar los elementos de prueba enderezados a acreditar los supuestos de hecho de las normas que invocan; sino que, por el contrario, su despliegue debe tener un sentido interactivo o complementario, y respetar los supuestos fácticos fijados por los sujetos procesales, que son los que marcan los límites dentro los cuales el juez debe desarrollar su actividad de búsqueda de la verdad real, necesaria para la adopción de decisiones materialmente justas». Precisamente, quien pretende un reajuste salarial y pensional con base en el auxilio de alimentación tiene la carga de demostrar al menos el hecho de su pago, su valor y periodicidad; empero como la parte interesada no hizo lo propio y tampoco es posible establecerlo a partir de las pruebas

ANTONIO LAMUS prestó servicios como Coordinador Regional Norte en el municipio de Tibu, Norte de Santander, ESTELLA GUEVARA CARRILLO como Coordinadora de servicios de Magdalena en el municipio de Barrancabermeja, y RICARDO VELASCO como Coordinador de Mantenimiento Correctivo en el municipio de Barrancabermeja, sin que exista evidencia de que dichos servicios se hubieran prestado por fuera del *perímetro urbano*.

5. Finalmente, frente a la PENSIÓN DE JUBILACIÓN que JOSE LAMUS BAUTISTA afirma no le fue liquidada en debida forma, el parágrafo 3º del artículo 109 de Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre ECOPETROL y la UNION SINDICAL OBRERA – USO, dispone un aumento en un 2.5% en el valor de la primera mesada pensional por cada año completo de servicios prestados con posterioridad a los primeros 20 necesarios para obtener la pensión, (Cuaderno No. 4 fl 133). Como el demandante laboró en total 28 años, 6 meses y 13 días, tenía derecho a un aumento referido sobre el valor de la mesada inicial, aumento que reconoció la demandada cabalmente, pues a la mesada pensional de base tasada en \$1.972.828 se adicionó un 2.5% (es decir \$49.320), por cada uno de los ocho (8) años adicionales, lo que arrojó \$2.367.393 (cuaderno No. 3º folios 68 y 69)

Sin COSTAS en la CONSULTA.

DECISION

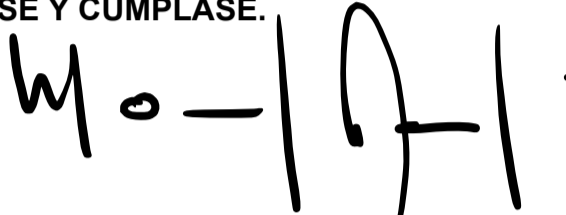
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

oportuna y legalmente allegadas al juicio. Ello implica que deberá absolverse a la demandada ante el déficit probatorio y la imposibilidad de concretar una condena o de emitir una determinable, a partir de parámetros claros para su cuantificación.”

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE NELSON MANCERA HERNÁNDEZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, sobre la sentencia dictada el 10 de marzo de 2020 por el Juez Treinta y cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NELSON MANCERA HERNÁNDEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido en enero de 1996, con fundamento en que los asesores del fondo privado no dieron información correcta sobre las características del RAIS y las modalidades de pensión en dicho régimen, para tomar una decisión libre y voluntaria. De forma subsidiaria pide que se declare la ineficacia o invalidez del traslado, con fundamento en que no se podían

adelantar traslados del RPM al RAIS antes del 1° de abril de 1997 (es decir, 3 años antes de la entrada en vigencia de la Ley 100), por disposición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare válidamente afiliado en el RPM y se traslade a COLPENSIONES el valor de los saldos, aportes pensionales y rendimientos (ver demanda en folios 3 a 13 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en la validez de la afiliación, pues no se acreditó la configuración de vicios en el consentimiento que prestó el demandante para el momento del traslado, y se efectuaron cotizaciones de manera libre, espontánea y voluntaria en el RAIS. Afirma que el actor tenía la obligación de informarse sobre las consecuencias del traslado, información que es de acceso público, por lo que de presentarse un error de derecho este no tiene la capacidad de viciar el consentimiento. Propuso como excepciones: *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 38 a 45 del plenario).

También contestó COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el actor tomó su decisión de traslado de manera libre y espontánea, después de que los asesores del fondo le brindaron información suficiente, completa y objetiva sobre las características del RAIS, su comparación con el RPM y los requisitos para acceder la pensión de vejez, bajo la advertencia de que la edad de acceso a la prestación y el monto de la mesada pensional dependen directa y exclusivamente del afiliado y no del fondo privado. Además, considera que no se le está vulnerando el derecho pensional del demandante, pues este puede obtener una pensión de vejez en el RAIS. Propuso como excepciones: *inexistencia de la obligación, falta de legitimidad en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios en el*

consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación del traslado y la innominada o genérica” (ver contestación en folios 56 a 75).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de marzo de 2020, mediante la cual el Juez Treinta y cinco (35) 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). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado al señor NELSON MANCERA HERNÁNDEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y como consecuencia de ello, se ORDENA a COLFONDOS entidad a la que se encuentra actualmente afiliado a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por el demandante junto con sus rendimientos debiendo en todo caso asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración conforme lo advertido en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAMOS a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a NELSON MANCERA HERNÁNDEZ al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir todos los aportes que este hubiese efectuado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS. TERCERO: CONDENAMOS en costas a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS señalando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 que se incluirá en la liquidación de costas. Sin costas para COLPENSIONES. CUARTO: en caso de no ser apelada esta decisión remitiremos el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se estudie en el Grado Jurisdiccional de Consulta” (CD 2, minuto 47:39).*

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, y concluyó que no se acreditó que COLFONDOS le haya brindado asesoría alguna al demandante, omisión que tiene consecuencia que la mesada

pensional del actor en el RAIS resulte inferior frente a la que le correspondería en el RPM.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia, con fundamento en que la entidad actuó de buena fe y se ajustó a las normas vigentes sobre la materia (Ley 100 de 1993 y Decreto 692 de 1994). Lo anterior, en atención a que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de retornar al Régimen de Prima Media establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y no se acreditó ningún perjuicio en relación con la mesada que el actor recibiría en cada uno de los regímenes pensionales. Además, advierte que el actor incumplió sus deberes como afiliado al Sistema General de Pensiones contenidos en el Decreto 2241 del 2010 (Régimen de Protección del Consumidor Financiero), y que la decisión de ineficacia tomada en primera instancia tendría consecuencias en la descapitalización del Sistema (CD 2, minuto 49:48)¹.

¹ “Señor Juez, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia emitida el día de hoy a efecto de que los Honorables Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá tengan en cuenta lo siguiente. Recurso de apelación encaminado a que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia en el sentido de indicar que mi representada COLPENSIONES ha actuado de buena fe siempre en conducta o en vigencia más bien acatando la normatividad vigente, mediante la cual el demandante se encuentra incurso en una prohibición legal de que trata el artículo 13 de la ley 100 de 1993, así mismo como el Decreto 692 de 1994, esto a fin de evitar la descapitalización del sistema pensional porque como lo dije en mis alegatos de conclusión el demandante nunca fue solidario con el sistema de Régimen de Prima Media y pretende en este momento que se reconozca una pensión con mejores condiciones como lo señala él. En virtud de esto es menester señalar que como lo dijo el señor juez en el fallo de primera instancia en el folio 24 se debía acreditar el perjuicio, pues bien, mediante el mismo folio 24 se evidencia una proyección o cálculo de la mesada pensional que podría tener el demandante en cada uno de los regímenes pensionales, esto en el sentido de indicar que como bien lo manifestó tenía una tasa proyectada o más bien una mesada proyectada de \$859.366 en el Régimen de Ahorro Individual, esto con fecha de cálculo del 20 de marzo del 2019, lo cierto es que hace una eventual proyección en el Régimen de Prima Media donde con 1.419 semanas le dio una tasa de reemplazo del 69%, tendría una mesada otorgada de \$828.116. Pues lo cierto es que no se acredita el perjuicio, pues se evidencia con esta proyección igualmente y como se certifica en la historia laboral que se allegó en folio 29 a fecha 23 de octubre del 2018 sigue contando con 119.71 semanas cotizadas en el Régimen de Prima Media. Si se hiciera el traslado al Régimen de Prima Media se tendría en cuenta que no se acreditó ningún perjuicio en virtud de la carga de la prueba o más bien en virtud de una desmejora en su mesada pensional, lo cierto es que en estos argumentos queda totalmente desvirtuada la mesada o la afectación a esa mesada pensional. Aunado a lo anterior, es menester señalar que no existe, mi representada como ya lo mencioné ha actuado de buena fe en virtud de esta prohibición legal,

Por su parte, la AFP COLFONDOS pide en el recurso que se revoque la condena que se le impuso en la sentencia de primera instancia a asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión y la devolución de los gastos de administración. Afirma que los gastos de administración se encuentran establecidos en el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 y dichos recursos permitieron generar rendimientos sobre los aportes del afiliado, y advirtió que de entenderse que se deben devolver los gastos de administración no se podrían devolver los rendimientos financieros (CD 2, minuto 54:13)².

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

sin embargo, no se encuentra causado un perjuicio al demandante por tanto no se ve la necesidad de que el demandante retorne al Régimen de Prima Media a efecto de que sea reconocida una pensión de vejez posteriormente a este traslado, así mismo, debe tenerse en cuenta (hace un pausa), cada uno de los deberes de que trata el Decreto 2241 del 2010 en respecto al Régimen de Protección del Consumidor Financiero en determinar las obligaciones en cabeza de los afiliados pertenecientes al Sistema General de Pensiones, si bien es cierto cada uno de los deberes pues no se encuentran cumplidos por el demandante por tanto no es causal, no es señal de pretender en este momento una nulidad del traslado, una ineficacia como lo menciona adicionalmente en su artículo 271 la ley 100 de 1993, en estos momentos dejo sustentado mi recurso de apelación a efecto de que sea revocado el fallo de primera instancia, gracias”.

2 “Su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia y ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral en lo relacionado a la condena impuesta en el numeral primero en contra de COLFONDOS S.A. en relación a que debe asumir con su propio patrimonio la disminución en el pago de la mesada pensional y los gastos de administración, como quiera que los mismos se encuentran sustentados en el artículo 104 de la Ley 100 del 93, el cual regula el cobro de las comisiones en razón a que en el RAIS se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deben reconocerse a sus afiliados. Por lo anterior esta defensa no comparte la decisión del despacho, por cuanto el permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad le ha permitido al demandante tener rendimientos respecto de los dineros que ha cotizado en su cuenta de ahorro individual por lo que así las cosas en razón a la ineficacia del traslado deprecada por el despacho también sería pertinente que se hubiese ordenado hacer la devolución a COLFONDOS de todos los dineros que tuvo como rentabilidad como quiera que de tener esas cotizaciones en el Régimen de Prima Media no se hubiese beneficiado de tener dichos rendimientos como quiera que esa no es la funcionalidad del Régimen de Prima Media, de esa manera dejo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias”.

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 vigencia 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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 35 años de edad y había cotizado 119,71 semanas³, y que para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 10 meses y 28 días)⁴.

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que

³ Según la historia laboral aportada por el demandante en folios 29 a 32 del expediente.

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”.*

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: *“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) que 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 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” (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 la AFP COLFONDOS no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y se confirmará en cuanto ordenó el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo o ante el escenario en que no se genere sustancialmente un perjuicio en el valor de la mesada pensional. También ha indicado esta Corporación que esta declaración (la ineficacia) obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Igualmente se confirmará la decisión que dispuso a cargo del Fondo y *“en todo caso asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión”*, pues la conclusión a la que se arriba con fundamento en la jurisprudencia de la sala Laboral de la Corte Suprema de

Justicia, radica en el Fondo la responsabilidad por un daño que se causó a COLPENSIONES y por ello debe reparar. Para el caso presente COLPENSIONES deberá asumir la prestación en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto por las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

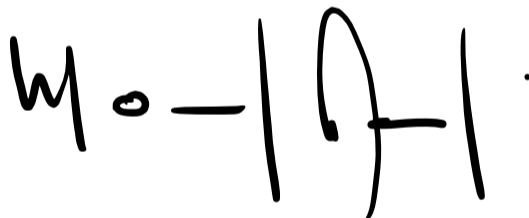
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de COLFONDOS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta 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 SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho a cargo de COLFONDOS S.A.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, followed by a period.

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 DORIS AMANDA MESA BECERRA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR SA**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por ambas demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 23 de julio de 2020 por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Johanna Alexandra Duarte Herrera, identificada con T.P. 184.941 como apoderada judicial de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA., en los términos y para los fines del poder conferido, conforme la escritura pública No. 1717 del 16 de octubre de 2019.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DORIS AMANDA MESA BECERRA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad y/o ineficacia de su

traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 17 de julio de 2002, con fundamento en que la vinculación no estuvo precedida de suficiente ilustración por lo que no pudo expresar su consentimiento de forma libre y voluntaria. Como consecuencia de lo anterior pide que se acepte la afiliación de la demandante en COLPENSIONES sin solución de continuidad y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (ver demanda en folios 2 a 17 del expediente digital, y subsanación en folios 50 a 61).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante escogió su afiliación en el RAIS de forma libre y no se demostró que para el momento del traslado se le hubiese hecho incurrir en error (por faltar con el deber de información), o se hubiesen presentado vicios en el consentimiento, u observaciones de inconformidad con su vinculación en dicho régimen. Aduce que las características del RAIS se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993 y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Además, afirma que la actora no puede retornar al RPM pues se encuentra inmersa en la prohibición de trasladarse entre regímenes pensionales (literal e, artículo 13 de la Ley 100 de 1993) y no era beneficiaria del régimen de transición por edad o tiempos de servicios (15 años de cotizaciones al Sistema para el 1° de abril de 1994), por lo que no se puede aplicar en su caso lo establecido en la sentencia SU-062 de 2010. Propuso como excepciones: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causa de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 71 a 87 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, mediante

apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante seleccionó el RAIS de manera libre y voluntaria después de que los asesores de PORVENIR le brindaron información sobre las implicaciones del traslado de régimen, y sobre las características, diferencias, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, y advirtió que no se presentaron vicios en el consentimiento ni ocultamiento de información en el acto de traslado. Aduce que no se puede declarar una nulidad invocando requisitos que no existían en la época del traslado, que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición ni tenía una expectativa legítima, y que tuvo numerosas oportunidades para revertir su decisión lo que denota su intención de pertenecer al RAIS. Propuso como excepciones: *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 folios 119 a 136).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de julio de 2020, mediante la cual el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación o traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la vinculación de la señora DORIS AMANDA MESA BECERRA al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de ello, ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a la que se encuentra afiliada actualmente a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES – todos los aportes efectuados por la demandante, junto con sus rendimientos. SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A, a pagar con su propio patrimonio, la disminución del capital de financiación de la pensión o por los gastos de administración, como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliar a la demandante DORIS AMANDA MESA BECERRA al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la SOCIEDAD*

ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADOTRA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$500.000, suma que se incluirá en la respectiva liquidación de costas. SIN COSTAS para COLPENSIONES. QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta” (video audiencia virtual, minuto 59:44).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, advirtiendo que dicha Corporación en la sentencia SL 5462 de 2019 precisó que las AFP'S tienen el deber de brindar toda la información clara, idónea y suficiente sobre el traslado de régimen pensional, y concluyó que la AFP no demostró que hubiese documentado de forma clara y expresa los efectos y las consecuencias del traslado de régimen pensional de la demandante, e indicó que para el efecto no es suficiente el consentimiento del que da cuenta la suscripción del formulario de afiliación. Además, estimó que no es procedente condicionar los derechos fundamentales de los afiliados al principio de sostenibilidad financiera del Sistema Pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

Sobre la sentencia de primera instancia presentaron recurso PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

En el recurso de PORVENIR S.A. pide que se revoque en su integridad la sentencia dictada en primera instancia y se absuelva a la demandada de todas las pretensiones incoadas, y de forma subsidiaria, que se revoque la devolución de los gastos de administración y las costas del proceso. Manifiesta que el litigio se fijó en torno a la nulidad del traslado, y no la ineficacia, situación que es relevante dado que el juez no podía estudiar un efecto diferente, los

vicios de nulidad no fueron probados y ello tendría efectos en el análisis de la prescripción de la acción. Además, aduce que la demandante suscribió de manera voluntaria el formulario de afiliación después de recibir asesoría de los promotores de PORVENIR, y ratificó su voluntad de vinculación con la permanencia y las cotizaciones que efectuó en el RAIS. Considera que no se puede aplicar de forma automática la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia pues se trata de una persona que no es beneficiaria del régimen de transición que no tenían una expectativa legítima, y bien podrá acceder al derecho pensional en el RAIS cuando cumpla los requisitos establecidos en la Ley. Respecto de los gastos de administración, señala que según la regla de restituciones mutuas que busca retrotraer las cosas a su estado anterior, no es posible para la AFP devolver dichos dineros, pues desde el momento del traslado de régimen (año 2002) hasta la fecha, dichos valores se han destinado a la cobertura de los riesgos de invalidez y muerte y generar rendimientos. Finalmente, considera que no es procedente la condena en costas en los términos establecidos en el artículo 356 del CGP (video audiencia virtual, hora 1, minuto 1:53)¹.

¹ *“Su señoría muchas gracias, encontrándome dentro de la oportunidad procesal para el efecto, me permito presentar recurso de apelación contra el fallo que se ha expuesto en la presente diligencia, en tal medida, con el propósito de que se revoque todas y cada una de las condenas que han sido incoadas en contra de mi representada. Así mismo, su señoría y pues con la solicitud de que una vez interpuesto se ha conseguido por usted y, pues, posteriormente admitido por la sala Laboral del Tribunal Superior de Cundinamarca, en tal medida, me permitiré manifestar mi inconformidad y el objeto de mi recurso será dividido en 3 partes que corresponde a la materia del mismo y qué es la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional al régimen de prima media de la señora DORIS AMANDA MESA BECERRA. En segunda medida lo que corresponde a la devolución de los saldos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la señora demandante y tercero lo que corresponde a la condena en costas, que ha sido proferida en contra de mi representada. Sea lo primero manifestar que, de acuerdo a lo sostenido por el despacho al momento de hacer la fijación del litigio, se habló fue de la nulidad del traslado de régimen pensional y no de la ineficacia, que para este apoderado son 2 elementos con características diferentes, habida cuenta de que primero lo que se depreca o lo que se mantiene en este presente trámite procesal, es que la nulidad y la nulidad tal cual como se puede extraer del proferido que se ha dado y de los sustentos de la demanda, pues es una nulidad relativa, en la medida en que se afecta es el consentimiento de la demandante, de acuerdo a la información que ella dice que le dieron. Ahora bien, la ineficacia corresponde es a la suscripción de un acto que no cumplió ningún efecto, pues la primera diferenciación sería, no más para hacer enunciativa, sería el tiempo de prescripción que tendría para alegarse cada una de las acciones con qué pretende atacar por uno o por otro medio. Ahora bien, sí sobre lo que se sentó en los alegatos y sobre lo que quedó sustentada la fijación del litigio fue la nulidad, pues me permito manifestar que no hay ningún tipo de circunstancia probada dentro del trámite procesal que permita concluir siquiera de manera sumaria, que hubo un atentado contra dicho acto, habida cuenta de que primero, tanto el consentimiento, tanto el objeto como la causa son lícitos, por las razones que*

expuse en mis alegatos de conclusión de acuerdo a que están establecidos en la ley 100 y en los decretos que la desarrollaron. De igual manera, en lo que corresponde al consentimiento, me permito manifestar de manera clara, que si lo que se pretende es una nulidad y las reglas del código civil lo que dicen es que debe mostrar los medios de convicción que permitan dar cuenta de esa nulidad. Ahora bien, al no haber sido fijada dentro de los hechos del litigio que ésta era una ineficacia de traslado de régimen pensional, pues mal haría el despacho de darle una consecuencia diferente. Ahora bien, así mismo, es de tener en cuenta, que al no encontrarse probado ningún elemento que permita dar claridad o que permita sostener que la consecuencia jurídica solicitada es la nulidad, y al no encontrarse probada, pues la solución o la manifestación que debió haberse hecho era que no procedía dicha nulidad, por no encontrarse los elementos de prueba suficientes. Así mismo es de indicar, que para este apoderado no es razón suficiente para el sustento de la sentencia las posibilidades de generar una expectativa pensional en uno u otro régimen, toda vez que ni la demandante tenía claro conocimiento del cual iba a ser su monto en una u otra de los regímenes pensionales, habida cuenta que para la fecha en que nos encontramos aún quedan 5 años para la generación de esa pensión, no se tienen en cuenta situaciones que pueden llegar a afectar esa consolidación pensional, primero la edad que tiene en este momento, segundo cambios normativos que se puedan llegar a generar a futuro y tercero cuál va a ser la densidad de cotizaciones que ella tenga a partir de ahora. Asimismo, es de indicar, que para la fecha en que se realizó el traslado de régimen pensional, no había o no sé tenía la finalidad de parte de mí representada a decirle a los afiliados que iban a tener una pensión mejor, per se, podrían llegar a tenerla, eso era lo que se les decía, que podrían llegar a tenerla en la medida en que esta pensión iba a comprender el ahorro que ellos pudieran generar de acuerdo a sus recursos, por lo cual no había una garantía de la pensión y podría sostener que de acuerdo a una posibilidad sobre la que ni siquiera se encuentra aprobada se declara la nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, pues sí considera este apoderado que no hay sustento suficiente para llegar a esa conclusión, habida cuenta de que el despacho dice y manifiesta que no hay una prueba general sobre el particular. Ahora bien, si lo que se intentará es manifestar que en el caso particular nos encontramos ante una ineficacia, pues tampoco se encuentra esa situación específica que permita dar cuenta de que se atentó contra el derecho de selección que tenía la demandante, toda vez que no se encuentra acreditado dentro del plenario presión alguna para que ella hiciera selección y otra de régimen pensional. Tan es así que ella en su interrogatorio de parte manifiesta, aún con evasivas, que sí, que firmó de manera voluntaria dicha solicitud de traslado de régimen pensional. Sea lo segundo, su señoría, manifestar que lo que corresponde a los gastos de administración, me permito indicar su señoría, que de acuerdo a lo establecido en el código civil, las reglas de las restituciones mutuas no prevé que si lo que se pretende es la nulidad del traslado, pues que al retrotraer los efectos hacia el pasado, pues deberían recibirse las cosas en el estado que están, en tal medida, pues tanto los gastos de administración como lo que corresponde a las primas previsionales de seguros que cubren los riesgos de invalidez y muerte, pues ya han sido consumidos en la medida en que la señora demandante al encontrarse vinculada desde julio del año 2002, en estos 18 años, su cuenta de ahorro individual ha generado unos rendimientos financieros, que es lo que remunera esos gastos de administración. en tal medida se encuentra probado que los gastos de administración cumplieron su finalidad, habida cuenta de que se generaron eso rendimientos financieros que hoy le permiten a ella tener una expectativa pensional. De igual manera es de indicar que si a mí representada se le obligase a devolver esas primas de seguros, pues sería como manifestar que esos riesgos de invalidez y muerte nunca estuvieron cubiertos, situación que no es cierta, toda vez que durante todo este tiempo ella tuvo cubiertos los tres riesgos principales. De igual manera, su señoría, es de manifestar que sobre este particular ya se ha manifestado la Superintendencia Financiera de Colombia en concepto del 17 de enero del año 2020, en la cual manifiesta que la consecuencia de la nulidad o de la ineficacia cualquiera de las dos que se decrete, es que al devolver el estado de las cosas, pues no deberían pagarte estos gastos, toda vez que cumplieron esa finalidad. En tal medida y por lo expuesto al principio del recurso en cuanto no hay elementos de juicio suficientes para llegar a la conclusión a la que llega al despacho y al no ser procedente la devolución de los saldos que se encuentra dentro de la cuenta de ahorro individual de la demandante y pues tampoco habría lugar a la condena en costas de acuerdo a lo establecido en el artículo 365 del Código General del Proceso. En ese sentido tengo sustentado mí recurso de apelación

En el recurso de COLPENSIONES, pide también que se revoque en su totalidad la sentencia dictada en primera instancia. Afirma que la actora no puede eximir su responsabilidad y escudarse en su desconocimiento de la ley, pues como consumidora financiera tenía la obligación de informarse sobre las condiciones del Sistema General de Pensiones, como lo dispone el Decreto 2241 de 2010 (Régimen de Protección del Consumidor Financiero). Considera que las decisiones judiciales que se están tomando en esta materia afectan el principio de sostenibilidad financiera del Sistema, máxime si se tiene en cuenta que la actora no fue solidaria con el RPM. Además, manifiesta que no se demostró que se la causara algún perjuicio en la mesada pensional que recibiría en el RAIS, pues si bien indicó la realización de un cálculo, no allegó prueba sobre el perjuicio que alega (video audiencia virtual, hora 1, minuto 10:53)².

para que sea concedido por usted señor y admitido y estudiado por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral. Muchas gracias”.

² *“Gracias señor juez, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia emitida el día de hoy, a efecto de que los Honorables Magistrados de Sala Laboral Distrito Judicial de Bogotá, se sirva revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia y en su lugar se absuelva a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Lo anterior teniendo en cuenta que el demandante, mejor aún, es el juez de primera instancia, fundamenta parte de su decisión en el Código Civil, artículo 1604, pero esto al declarar la ineficacia del traslado. Pero desconoce otras norma terminó estatuto que establecen correlativamente obligaciones en relación con la demandante, así pues en lo que atañe al vínculo que genera el contrato de afiliación como lo menciona el artículo 1495 del Código Civil, es claro que la afiliación en cualquiera de los dos regímenes comprende un acuerdo de voluntades, un acuerdo que lo convierte en un contrato que reúne particularidades como lo son características de tipo contractual, tiene un carácter formal, obligatorio y solemne, es bilateral por tanto deben tenerse obligaciones recíprocas y cómo lo mencioné en los alegatos de conclusión, la demandante no dio cabal cumplimiento al Decreto 2241 del 2010, por lo que principalmente debe tenerse en cuenta que es del año 2002 a la fecha guardó silencio, y dicho silencio se entenderá como una toma de decisión consciente con los efectos legales, costa, restricciones y demás consecuencias que ello conlleve lo que significa o que llega a pensar en este momento, que tenía una conformidad con el fondo que administraba su proyecto, más bien, su posible mesada pensional. Debe tenerse en cuenta respecto a la descapitalización del sistema que se al no tener un cálculo de cuál sería la proyección con la cual se pensionaría la mesada pensional con la cual se tendría derecho a la demandante al aceptar el retorno al régimen de prima media, se estaría afectando el derecho que ya han consolidado las personas que han sido solidarios sistema, que han cotizado durante toda su vida y a recibir este tipo de demandas la entidad vería afectado eso, sería afectado ese derecho que ya tienen las personas que sí han sido, como ya lo mencione, solidarias. Debe tenerse en cuenta, que respecto de la de la prueba o del perjuicio ocasionado a la demandante, simplemente menciona, enuncia en los hechos de la demanda un posible calculo, el cuál sería la proyección de mesada en tanto en uno u otro régimen, pero debe tenerse en cuenta que no ha allegado alguna como lo menciona el artículo 167 del código general del proceso, respecto de la carga de la prueba, que señala que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas*

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 vigencia 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*

que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. La demandante mencionó en su interrogatorio que ese le ocasiona un perjuicio, pero no se logró establecer, durante el curso del proceso, cuál era la mesada y el cálculo que se podría hacer efecto de que se aprobara si el retorno al régimen de prima media. Por demás características se enunciaran en el escrito de recurso de apelación, el cual se sustenta en el término que en efecto el Tribunal nos concede a las partes apelantes. Por lo anterior dejo sustentado a mí recurso de apelación y me tomaré el término para poder sustentar de manera amplia lo aquí expuesto. Muchas gracias”.

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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que la demandante se afilió al Fondo de Pensiones tenía 34 años de edad y había cotizado 573 semanas³, y para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 3 meses y 14 días)⁴.

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 de

³ Ver historia laboral válida para bono pensional a folio 162 del expediente.

⁴ *Ibidem*.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵ ⁶, según el cual, se debe 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's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información 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*

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”*.

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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 la AFP PORVENIR no demostró haberle brindado información suficiente 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, y se confirmará en cuanto ordenó el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). 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”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo o ante el escenario en que no se genere sustancialmente un perjuicio en el valor de la mesada pensional. También ha indicado esta Corporación que esta declaración (la ineficacia) obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Igualmente se confirmará la decisión que dispuso a cargo del Fondo asumir con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión, pues en la conclusión a la que se arriba, con fundamento en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se radica en el Fondo la responsabilidad por los daños causados a COLPENSIONES, y por ello lo debe reparar. Para el caso presente COLPENSIONES deberá asumir la prestación en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, por las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones. Bien podrá, en consecuencia, obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que le causó PORVENIR, AFP que permitió el traslado de régimen sin cumplir con los requisitos *jurisprudenciales* dispuestos para ese efecto.

Finalmente, se confirmará también la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a PORVENIR 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 la demanda y pierde el proceso lo que ocurrió con el fondo demandado.

Por el resultado del recurso las COSTAS de segunda instancia corren a cargo de PORVENIR S.A.

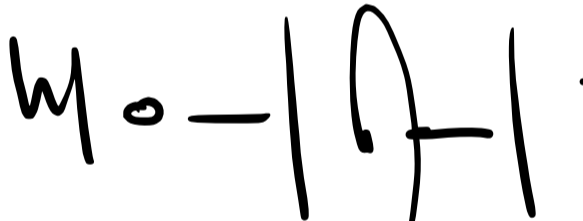
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Así se firma por los magistrados que integran la Sala Sexta 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 SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho a cargo de PORVENIR S.A.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'M. E. S. B.', with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALVARO RUIZ GONZALEZ
CONTRA INVERSIONES AVICENTRO S.A.S.**

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver la apelación presentada por la demandada, contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de marzo de 2020.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ALVARO RUIZ GONZALEZ presentó demanda contra la INVERSIONES AVICENTRO SAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo ejecutado entre el 7 de junio de 2005 y el 6 de junio de 2017 que fue terminado sin justa causa y estando el trabajador con el fuero de estabilidad reforzada que otorga la Ley 361 de 1997. Pide que se ordene el reintegro a funciones de igual o superior jerarquía a las que cumplía como conductor, acorde a sus capacidades físicas e intelectuales, y el pago de los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido hasta el reintegro, los aumentos salariales legales, los aportes a la Sistema de Seguridad Social, la suma de \$6.220.800 por indemnización con base en lo previsto en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, intereses moratorios,

indexación, los conceptos que aparezcan probados ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que ingresó a laborar al servicio de la empresa demandada el 7 de junio de 2005 mediante contrato de trabajo a término fijo que se fue prorrogando por 12 años, en el cargo de conductor de vehículo pesado, y que realizaba labores de cargue y descargue de pollos. Dice que con el paso del tiempo comenzó a padecer dolores en la espalda, y en marzo del año 2014 le fue diagnosticada *antirolistesis* y *osteocondrosicos*; el 6 de enero de 2016 sufrió un accidente laboral y padeció luxación de cadera con 7 días de incapacidad, accidente que la empresa no lo reportó en la ARL SEGUROS LA EQUIDAD. Insiste en que, pese a que inició su proceso de calificación el 14 de septiembre de 2015 ante la EPS, su empleador no remitió los documentos que requeridos para tal fin. El 24 de mayo la EPS calificó sus enfermedades como de *origen común*, e inconforme con ello interpuso recurso de reposición y subsidio apelación que a la fecha no se han resuelto. El 7 de junio de 2016 la empresa lo despidió sin autorización del Ministerio de trabajo, sin justa causa, y sin tener en cuenta que padecía de varias enfermedades en su columna vertebral y que goza de estabilidad laboral reforzada. Interpuso acciones de tutela que ordenaron el reintegro transitorio que la empresa no cumplió *a cabalidad* pues no atendió las recomendaciones médicas laborales. El 6 de junio de 2017 la empresa lo despidió nuevamente descatando -dice- lo ordenado por el fallo de tutela (folios 121 a 142).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la sociedad demandada mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos y se opuso a las pretensiones. Afirma que reintegró al trabajador, luego de la orden de tutela, y terminó la segunda relación por mutuo acuerdo. Considera que el demandante no se encontraba en estado de debilidad manifiesta ni era sujeto de estabilidad reforzada y que padeció una enfermedad de origen común. Propuso como excepciones las de *pago, caducidad, compensación, mala fe del demandante, inexistencia de cargo alguno en la empresa con el*

fin de reubicar al actor, terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes, imposibilidad de reubicación solicitada, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de las obligaciones pretendidas, prescripción y las que puedan ser declaradas de oficio (folios 157 a 168).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó el día 11 de marzo de 2020, mediante la cual la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, ordenó el reintegro del demandante de manera definitiva junto con los salarios dejados de percibir desde la fecha del retiro, el pago de aportes a la seguridad social y de la indemnización contenida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997. Para tomar su decisión estima que la Corte Constitucional en la sentencia SU049 de 2017 estableció el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada aunque no se den las circunstancias que regula la Ley 361 de 1997 o no se haya calificado una pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, pues ese derecho se otorga a todas las personas que tengan una afectación en la salud que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de labores en condiciones regulares. Estimó improcedente que el empleador se ampare en la expiración del plazo pactado en el contrato de trabajo como causal objetiva para la desvinculación del trabajador, y por ello, aunque en el año 2016 no existiera calificación de pérdida de capacidad laboral del demandante, sus padecimientos de salud hacían necesario que la terminación por vencimiento del plazo, o por mutuo acuerdo fuera avalada por un inspector de trabajo o por un Juez de la República. No estudió la terminación del contrato en el año 2017.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: “DECLARAR que la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo del señor ÁLVARO RUIZ GONZÁLEZ con la empresa INVERSIONES AVICENTRO S.A. a partir del 7 de junio 2016 es ineficaz. SEGUNDO: CONDENAR a la encartada a reintegrar al demandante de manera definitiva a un cargo de igual o superior categoría al que venía desempeñando a la fecha de terminación del vínculo, cargo que debe estar

acorde con las condiciones de salud del trabajador. TERCERO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar los salarios dejados de percibir entre la fecha de la no renovación del contrato y la aquella en la que se verifique el reintegro, junto con las prestaciones sociales compatibles con este, los aportes al sistema integral de seguridad social y la indemnización de qué trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, la cual equivale a \$6'220.800. CUARTO: AUTORIZAR a la encartada a descontar las sumas pagadas al accionante en cumplimiento de la orden del juzgado 41 penal municipal con función de control de garantías de esta ciudad adoptada en acción de tutela. QUITO: DECLARAR no probadas las excepciones de prescripción, inexistencia de cargo alguno de la empresa con el fin de reubicar al actor, terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre las partes, imposibilidad de la reubicación, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de las obligaciones pretendidas. SEXTO: CONDENAR en costas a la encartada liquídense con la suma de \$1'500.000 a título de agencias en derecho” (Expediente digital Hora 1 Minuto 25:48)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandada afirma que la empresa dio cumplimiento a la sentencia de tutela y tuvo en cuenta las recomendaciones médicas de reubicación, pero el demandante fue renuente a aceptarlas y manifestó su voluntad de continuar con el cargo de conductor, por lo cual buscó un acuerdo para dar por terminado el contrato en el año 2017 por mutuo acuerdo y a cambio de una bonificación. Estima que no era necesaria la autorización del inspector del trabajo para la terminación del contrato, ni se puede obligar a la empresa a cumplir con lo imposible¹.

¹ “Respetuosamente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por este despacho, la cual me permito sustentar de la siguiente manera: Se ha puesto en conocimiento dentro de este proceso que el demandante Álvaro Ruiz González a pesar de que la empresa tuvo en cuenta el reconocimiento de las recomendaciones médicas de la EPS, se intentó en varias oportunidades reubicarlo en distintos cargos de la empresa y que el señor demandante nunca ha accedido, siempre se manifestó que quería seguir siendo o desempeñando el cargo de conductor. Ante esto se presenta una renuencia a la reubicación del cargo ofrecida por la empresa de parte del demandante, empeñándose a

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en la alzada: que entre INVERSIONES AVICENTRO SAS y el demandante se suscribió un contrato de trabajo a término fijo a partir del 7 de junio de 2005; que el demandante cumplía funciones de conductor; que el 6 de junio de 2016 la empresa le comunicó la decisión de no prorrogar el contrato, por lo cual propuso acción de tutela que terminó con una orden judicial de reintegro como mecanismo transitorio de amparo instancia que asignó al demandante la carga de iniciar el proceso laboral ordinario dentro de los cuatro meses siguientes para que allí se definiera la legalidad de la terminación del contrato de trabajo (folio 59); y que el demandante no cumplió con la carga impuesta por el juez de tutela, pues solo el 17 de enero de 2018, con ocasión de la segunda terminación de la relación de trabajo, propuso la demanda que dio inicio a este proceso.

Así las cosas, el Tribunal definirá ahora, la controversia que no se desató en su momento sobre la legalidad de la terminación del contrato de trabajo ocurrida el 6 de junio de 2016, fecha en la cual el empleador comunicó al trabajador el vencimiento del plazo fijo pactado.

continuar desempeñando su cargo de conductor y no atendiendo a los requerimientos que la empresa le hizo. Al señor se le ofreció para cumplir con todas estas etapas de rehabilitación integral, trabajar en otros cargos y así mantener su estabilidad laboral, la empresa está ante la imposibilidad física de reubicarlo en otro cargo que no sea de conductor, pues como ya se vio fue renuente y no aceptó los otros cargos y por esa razón acudió a otro mecanismo que fue la negociación con el fin de dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo a cambio de una bonificación. Ahora, la empresa le dio cumplimiento a la sentencia de tutela, reintegro al trabajador, y a pesar de que no se mostraron, digamos, otras manifestaciones, ni el trabajador comunicó a la empresa, digamos, que continuaba sus tratamientos, y no hay una comunicación de parte de él de que estaba continuando con el tratado ante la junta de calificación de la EPS o la ARL con el fin de que se le calificara su origen, la empresa siempre desconoció esta situación. Estas condenas resultan ser onerosas para la empresa, en virtud de que ella cumplió con mantener la estabilidad laboral del trabajador, y aquí no se dio lo establecido en la sentencia 1360 del 2018, que Establece que no hay necesidad de la autorización del inspector del trabajo, y que a la empresa no se Le puede obligar a una situación imposible, pues el trabajador contaba, digamos, con otras posibilidades para continuar con sus trámites médicos en las distintas entidades de salud en la cual estaba tramitando su calificación. Me reservo el derecho de ampliar este recurso en el Tribunal y solicito para que el Tribunal se distancie Revoque las condenas impuestas en esta sentencia Muchas gracias Su señoría.”.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando ella tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie una autorización de la oficina del Trabajo. La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago, a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones adicionales a las que hubiere lugar. Sin embargo, al estudiar el contenido de dicha norma, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo, carece de efecto jurídico y en consecuencia también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la Ley 361 no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para trabajar².

A su vez la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la jurisprudencia nacional en la interpretación de las normas legales vigentes a casos concretos, ha dispuesto que las “*personas limitadas*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que acrediten haber sufrido una reducción en su capacidad laboral superior al 15%³ o aquellas que acrediten encontrarse en un estado de debilidad manifiesta. Dicha jurisprudencia mantiene vigencia, a juicio mayoritario de la Sala, al margen de que la clasificación de los niveles de incapacidad según la intensidad se modifique o derogue por el legislador pues el vacío normativo

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

³ SL 10538 de 2016. M.P. Fernando Castillo Cadena “*Con las precisiones que anteceden, el Tribunal sí incurrió en los desaciertos fácticos y jurídicos que le endilga el censor, al exigirle a la demandada la autorización del Ministerio del Trabajo para poder despedir a la demandante, sin que existiera certeza de la limitación o discapacidad en el porcentaje que se exige para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues el «stress laboral» que padecía la actora y la solicitud de reubicación laboral que se le formuló al empleador, no son suficientes para considerarla como una trabajadora con limitación física, psíquica o sensorial en los grados a que se refiere la norma en cita, máxime que en el sub iudice, como lo destacó el mismo Juzgador de la apelación, la demandante no fue incapacitada, ni se le diagnosticó médicamente discapacidad alguna para el momento de su desvinculación*”.

bien se puede llenar con los criterios expresados en la materia por el órgano judicial de cierre en la justicia ordinaria. La corte ha fijado mediante clara jurisprudencia unos parámetros objetivos que le permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuales personas son objeto de la protección especial de la Ley y cuales no, pues -así lo han dicho tanto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia como la Corte Constitucional- que no toda afectación en la salud del trabajador, ni toda limitación de su capacidad laboral generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral, y ese es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

Otorgar estabilidad reforzada a servidores que sufren limitaciones mínimas en la capacidad laboral, o a personas cuyo contrato termina por causas diferentes a la reducción de su capacidad laboral, traería un efecto contrario al pretendido por la Ley y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues las cargas adicionales que deban afrontar los empleadores que vinculan a personas que tienen limitaciones en su capacidad laboral implicaría para esas personas, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los pocos empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

Bajo estos criterios, para otorgar la protección que asigna la Ley 361 de 1997, el juez debe tener *certeza* sobre una pérdida de capacidad laboral en el porcentaje referido, o de una situación de debilidad manifiesta en el trabajador para el momento del despido, y *certeza* de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en la incapacidad, requisito que se presume ocurrido cuando se demuestra el porcentaje de pérdida de capacidad o una situación de *debilidad manifiesta*. Dicha presunción puede ser desvirtuada por el empleador si aporta pruebas que demuestren la existencia de otra *causa eficiente* de la terminación del contrato de trabajo, entre ellas, que terminó por vencimiento del plazo pactado siempre y cuando la finalización del plazo implique la terminación de la materia objeto del contrato (sentencia

SL2586 de 15 de julio de 2020), o por la culminación de la obra o de la labor contratada.

Con estos criterios y una vez revisado el expediente, el Tribunal REVOCARÁ la decisión de primera instancia y absolverá a la demandada de las condenas impuestas, pues no se demostró que el demandante sea una persona en situación de debilidad manifiesta o que tuviera una limitación cierta y suficiente de su capacidad laboral, para la fecha del despido.

Sobre incapacidad para trabajar del demandante para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo o sobre una situación de debilidad manifiesta, no se adjuntaron pruebas útiles por la parte demandante, pues ningún testigo declaró sobre la materia ni se allegó dictamen pericial del cual se pudiera deducir una limitación efectiva en la capacidad para trabajar. Los documentos allegados al plenario si bien dan cuenta de la existencia de enfermedades y de dolores lumbares, no permiten deducir a *ciencia cierta*⁴ que de ellas se hubiera generado una pérdida de capacidad laboral o una limitación para trabajar en el demandante o el porcentaje en que ello pudo ocurrir. Por el contrario, lo que se advierte de los testimonios rendidos en el proceso, es que el demandante laboraba sin restricciones como conductor en la empresa demandada y que continuó con dicha labor después del reintegro que ordenó una sentencia de tutela.

Como no existe certeza judicial de una reducción en la capacidad laboral del demandante o de una situación de debilidad manifiesta, no operó la presunción de despido discriminatorio, y en consecuencia no se podía exigir a la demandada prueba de razones objetivas de terminación del contrato de trabajo. La *presunción* de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba de los hechos que la generan. En caso bajo estudio, si se pretende la presunción de discriminación en el despido, el

⁴ Con toda seguridad, sin duda alguna (RAE)

demandante debe aportar prueba de la cual se obtenga certeza en el juez de una limitación clara y suficiente en la capacidad del trabajador, por ser dicha *limitación*, y no cualquier enfermedad o dolencia, el hecho *causal* o generador del hecho presumido.

Sobre terminación del contrato la evidencia del expediente acredita que demandada anunció al demandante el vencimiento del plazo fijo pactado (folios 6 y 41), causa de extinción del contrato permitida en el artículo 46 del CST. El artículo 46 CST fue declarado exequible por la Corte Constitucional (sentencia C-588 de 1995). Definida la terminación válida del vínculo en el año 2016, porque no se demostró que el demandante fuera sujeto de la protección que establece la Ley 361 de 1997, las Sala se releva de estudiar la finalización ocurrida después del reintegro, en el año 2017, terminación que la demandada afirmó haber fundamento en *mutuo acuerdo*.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **ABSOLVER** a INVERSIONES AVICENTRO S.A.S. de todas las pretensiones reclamadas por ALVARO RUIZ GONZALEZ en este proceso.
3. **COSTAS** de primera instancia a cargo del demandante.
4. Sin condena en **COSTAS** de la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

ACLARO VOTO



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE HECTOR HERNANDO HEREDIA HERNANDEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D. C., Treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver la apelación interpuesta por el demandante, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 11 de marzo de 2020 por el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, con T.P. 303.924 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

Téngase a la doctora Jacqueline Rodríguez Rojas, con T.P. 305.950 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA DE FONDOS Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, conforme el poder que le fue conferido (correo electrónico).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, HECTOR HERNANDO HEREDIA HERNÁNDEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido en el mes de julio de 1999. Afirma que PORVENIR S.A. no le informó sobre las desventajas ni las implicaciones de trasladarse al RAIS, ni le advirtió que tenía un tiempo límite para retornar al RPM que le era favorable. Señala que tampoco se le proporcionó información completa, clara, veraz, comprensible y adecuada sobre las diferencias entre un régimen y otro, y por ende considera que se generó un vicio en el consentimiento y la nulidad de su afiliación. Como consecuencia de lo anterior, pide que se ordene a PORVENIR S.A el traslade de los aportes en pensión junto con los respectivos rendimientos, y que se ordene a COLPENSIONES aceptar la afiliación del demandante (ver demanda en folios 1 a 33 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no existieron vicios del consentimiento y que el actor fue negligente al dejar pasar los años para indagar sobre su afiliación. Propuso como excepciones: *prescripción, cobro de lo no debido, buena fe* y la *innominada o de oficio que se encuentre probada* (ver contestación en folios 96 a 102 del plenario).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas, con fundamento en que al demandante le fue brindada una asesoría oportuna y el traslado no se hizo en contra de alguna prohibición legal. Afirma que la afiliación no contiene ningún vicio del consentimiento y la información se suministró acorde a las disposiciones legales que regían en la época del traslado, lo que generó una decisión libre y voluntaria de elección del régimen según sus intereses. Aduce

que el demandante tuvo varias oportunidades para revertir su decisión y no lo hizo, ni ejerció el derecho al retracto. Propuso como excepciones: *Prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.* (ver contestación en folios 120 a 128).

Compareció también al proceso como *litisconsorte necesario* LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN y contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el traslado del demandante no tiene vicios del consentimiento y la suscripción del formulario se realizó de hizo libremente. Afirma que cumplió con todos los parámetros exigidos por la Ley 100 de 1993 brindando información cierta, suficiente y oportuna, y el demandante no puede basar su solicitud en expectativas o en la favorabilidad económica de la mesada pensional. Propuso como excepciones: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, trasado de la totalidad de los aportes a Porvenir, y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 167 a 176).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de marzo de 2020, mediante la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la anulación del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por el señor HÉCTOR HERNANDO HEREDIA HERNÁNDEZ, lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. TERCERO: COSTAS lo serán a cargo del demandante, en firme la presente providencia por Secretaría practíquese*

la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de cada una de las accionadas. CUARTO: si no fuere apelado oportunamente la presente sentencia CONSÚLTASE con el Superior.”
(CD 4 HORA: 1 MIN. 39:58)

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia no encontró probados vicios en el consentimiento (error, fuerza o dolo), y consideró que la motivación del demandante para trasladarse de régimen pensional fue la crisis económica y financiera por la que estaba atravesando el ISS, situación que era de conocimiento público. Estimó que los fondos cumplieron con la normatividad vigente al momento en que se trasladó el demandante al RAIS y que la falta de consentimiento informado no comporta un vicio en el consentimiento ni se puede erigir por vía jurisprudencial como una causa automática de traslado, pues ello vulnera el derecho a la igualdad de los afiliados que decidieron permanecer afiliados al RPM o retornar al mismo de forma oportuna.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante aduce que el Juez de primera instancia no tuvo en cuenta los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, y pide se revoque el fallo y se acceda a las pretensiones de la demanda. Solicita la aplicación del precedente que contienen las sentencias SL 4964 del 2018, SL 4689 del 2018, SL 3981 del 2018, SL 1421 del 2019 (CD 4 HORA: 1 MIN. 40: 37)¹

¹ *“Me permito interponer el recurso de apelación el cual sustento en los siguientes términos para que al momento de proferir sentencia que ponga fin a esta instancia se de aplicación al precedente jurisprudencial fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dentro de las sentencias que se citaron dentro del escrito de demanda las cuales son la 31314 del 2008, la 31981 del 2008, la 33083 del 2011, la 46292 del 2014, la SL 19447 de septiembre del 2017 reiteradas en la sentencia SL 17595 del 18 de octubre del 2017, estas fueron citadas en el escrito de demanda posterior a estas sentencias que se emitieron otros pronunciamientos por la Corte Suprema de Justicia las cuales son la SL 4964 del 2018, SL 4689 del 2018, SL 3981 del 2018, SL 1421 del 2019, SL 1452 del 2019, SL 361 del 2019, SL 1688 del 2019 y 1689 del 2018. Estas sentencias no se les dieron debida aplicación en el fallo de instancia, si bien el Juez cuando está dictando empieza su sentencia manifiesta que estas sentencias no se les debe dar aplicación automática no cita ninguna, pero dentro del caso que nos ocupa tampoco se pronunció por qué no le iba a dar aplicación o por qué el caso que nos ocupaba no se adecuaba a esta jurisprudencia, él simplemente se manifiesta que no hay fuerza y que no hay dolo, nunca hemos pedido ni fuerza ni dolo si no hay un error de hecho que vicia el consentimiento y ese error que vicia el consentimiento como lo ha dicho la Corte*

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

Suprema de Justicia se manifiesta y se ejecuta es cuando los fondos privados no dan la debida asesoría, no le dan información adecuada al posible afiliado, no le explican cuáles son las consecuencias de trasladarse a uno u otro régimen pensional, pero el Juez tampoco y por el contrario, omite la sentencia 33083 en el sentido de invertir la carga de la prueba, no invierte la carga de la prueba y por el contrario manifiesta que el que tenía el deber de acercarse a los fondos privados a preguntar cómo iba a ser su situación pensional era el demandante cuando él manifiesta de que a él le prometieron al momento del traslado que se iba a pensionar anticipadamente, que iba a tener una mayor pensión, pues si bien no tenían que hacerle una proyección pero si le debían haber explicado que para tener una mayor pensión debería haber hecho aportes voluntarios, que debía haber tenido cierto capital en su cuenta individual, él cuando se traslada al fondo privado tenía más de 827 semanas, el Juez manifiesta de que la situación del demandante era incierta porque tenía inestabilidad, si bien cuando se trasladó él no sabía que lo iban a retirar, él no sabía si iba a seguir trabajando, él no sabía que qué clase de pensión iba a tener, pues es ilógico porque uno no puede predecir el futuro, pero como lo han dicho las sentencias el fondo sí podría haberle hecho un estimado de lo que podría pasar ¿con qué?, con los salario que él tenía. Cita el señor Juez, una sentencia de la Corte Constitucional del 2014 donde se habla de la descapitalización del sistema, supongo que es la sentencia SU 062 en la que dice que no se puede trasladar a afiliados que estén dentro de la prohibición del artículo 13 porque se podría descapitalizar el sistema, pero está omitiendo su superior jerárquico en el que ha emitido sentencias en las que ha sido claras, tan claras que ha dicho que ya no se tiene que tener en cuenta si tiene una expectativa legítima, si tiene un derecho consolidado, si es o no beneficiario del régimen de transición, por el contrario, no se está aplicando la jurisprudencia y se está creando una nueva que yo no comprendo cómo el Juez de instancia dice que él debería, el demandante debería haber sabido qué le convenía más, acercarse posterior haberse ilustrado si precisamente estas sentencias cuando se habla de un afiliado lego no se habla de una persona que no sea ilustrada, que no tenga estudios sino por el contrario, cuando se manifiesta de que se es una persona lego es lego en el tema de pensiones, lego en el tema de que nos ocupa, si bien el demandante tiene una profesión él no estaba obligado en acercarse a un fondo a preguntar: “venga ¿cómo me puedo pensionar anticipadamente?”, él estaba convencido de lo que le prometieron en el año 1999, tan así es que hasta el año 2017 cuando él se queda sin empleo teniendo 61 años es cuando él se acerca al fondo privado y le dice: “venga, a mi en el año 1999 me dijeron yo me puedo pensionar anticipadamente”, si bien él tenía 61 años estaba ejerciendo algo que sí le habían dicho, o sea, le incurrieron, lo hicieron incurrir en error porque a él le prometieron que se podía pensionar anticipadamente, a él le dicen en el año 2017 que podría tener derecho a una pensión del salario mínimo, también le mintieron y él no tenía el deber de haberse acercado al fondo. no, por el contrario, las sentencias son claras, específicas, puntuales que el deber de asesoría y la carga de la prueba la tienen son los fondos privados, en este caso Señores Magistrados simplemente existe un formulario de afiliación que tiene una leyenda pre impresa en la que no manifiesta que se le haya entregado algún otro tipo de asesoría simplemente la información que él suministró porque ellos ni siquiera tenían la historia laboral que era una historia laboral amplia, tampoco le calcularon el bono pensional, no, simplemente firme un formulario como él lo dijo y el Juez de instancia le trasladó la carga de la prueba al demandante inaplicando las sentencias que cité a continuación, cité anteriormente, de esta forma Señores Magistrados solicito se proceda a revocar el fallo de primera instancia ya que está desfasado del precedente jurisprudencial y se proceda acceder a las pretensiones de la demanda, muchísimas gracias Señores Magistrados.”

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 vigencia 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 (...)*”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 42 años de edad y había cotizado 900 semanas ², y que para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 7 meses y 10 días)³.

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 de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴ ⁵, según el cual, se debe

²Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES fl 107 y Cd que contiene expediente administrativo, historia laboral Colpensiones y Formatos CLEBP – cotizaciones a la Caja Previsión Universidad Nacional (16/04/75 al 28/02/1977. fl 148.

³ Ibídem.

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 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*

declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020, STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información 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. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: "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

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".

información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y (iv) que 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 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*” (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 debe revocar la sentencia de primera instancia y se dictarán las condenas en los mismos de la Corte, ordenando el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y los gastos de administración que cobraron las AFP’s (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Adicionalmente, y conociendo en Consulta en favor de COLPENSIONES, se declarará que bien puede esta entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan 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.

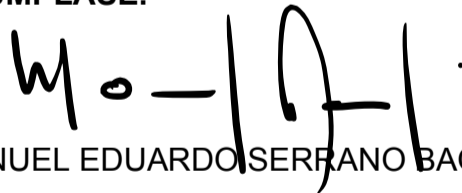
Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, no es posible entender como “*saneamiento*” la ratificación de la afiliación por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 30 de julio de 1999 a la AFP PROTECCIÓN, luego se trasladó el 28 de junio de 2001 a PORVENIR S.A -, AFP a la que se encuentra actualmente (folios 130 a 132, 177 y 178).

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 HECTOR HERNANDO HEREDIA HERNANDEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por ello, que ha permanecido afiliado válidamente al Régimen de Prima Media durante toda su vida laboral.
3. **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, y los gastos de administración de la cuenta del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-, y a entregarle toda la información contenida en su historia laboral.
5. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que 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.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE CLAUDIA ELENA PAREJA CÁRDENAS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) días de agosto de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 11 de marzo de 2020 por el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá.

Téngase a la doctora Johanna Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con T.P. 303.924, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido (ver folio 248 vto).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CLAUDIA ELENA PAREJA CÁRDENAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE

PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante ocurrido en agosto de 1994, con fundamento en que el fondo privado no brindó información sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional y permanencia en el RAIS, los distintos escenarios comparativos de pensión en ambos regímenes pensionales, ni sobre las desventajas de vincularse al RAIS ni las desventajas de permanecer afiliada en el RPM, esto último teniendo en cuenta que era beneficiaria del régimen de transición por edad. Como consecuencia de lo anterior pide que se active la afiliación de la actora en el RPM, se trasladen a COLPENSIONES los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y demás emolumentos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, y se reconozca a su favor la pensión de vejez bajo los parámetros establecido en el Acuerdo 049 de 1990 (ver demanda en folios 1 a 24 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS desde hace más de 20 años, y no se probaron vicios en el consentimiento que prestó para el momento del traslado por error, fuerza o dolo, y advirtió que la afiliada perdió el régimen de transición del que era beneficiaria con dicha decisión. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 125 a 154 del plenario).

También contestó la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el traslado de régimen de la demandante es válido dado que no está inmerso en vicios del consentimiento, no se celebró en contra de una prohibición legal, ni se realizó bajo engaños ni medio de coacción alguna, y resaltó que contrario

a lo aducido en la demanda, a la afiliada se le brindó información sobre la existencia de dos regímenes pensionales excluyentes entre sí, los cuales ofrecen cobertura por los riesgos de vejez, invalidez y muerte, y le dieron información sobre las características, funcionamiento y manejo de cuenta individual en el RAIS. Además, advirtió que la demandante con posterioridad al traslado ratificó su interés de permanecer afiliada en el RAIS y no cumple los presupuestos para retornar al RPM y pensionarse en dicho régimen. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 163 a 175 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de marzo de 2020, mediante la cual el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la *inexistencia* del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) para el año 1994. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la inexistencia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, que se aduce haber cumplido con LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A para el año 1994, lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A que traslade con destino a COLPENSIONES todos los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, por concepto de aportes con sus rendimientos, intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia, y se le ordena realizar todas las gestiones administrativas correspondientes para efectivizar el retorno de los recursos de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que reciban los recursos provenientes de la AFP PORVENIR S.A., sea que aquí*

se han ordenado, activando la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, pues nunca operó el traslado inicial ante la inexistencia de su afiliación, lo anterior en la forma indicada en la parte motiva de la presente sentencia. CUARTO: ORDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que una vez reciba los recursos provenientes de PORVENIR S.A., que aquí se han ordenado, proceda a estudiar la situación pensional de la demandante bajo las reglas de la ley 100 de 1993, particularmente el artículo 36, en concordancia con las previsiones de edad tiempo y monto del Acuerdo 049 de 1990 dada la condición de beneficiaria de la demandante del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y a reconocerle y pagarle la prestación en la cuantía que corresponda. En caso de no cumplir con estos presupuestos deberá LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES estudiar la situación personal de la demandante a la luz la ley 797 del 2003 y proceder al reconocimiento y pago de las mesadas pensionales que en derecho corresponda, sin lugar al reconocimiento de intereses moratorios, pues, evidentemente ello deviene el reconocimiento que eventualmente se proceda, pues deviene es precisamente de este pronunciamiento judicial, derivado de una inexistencia evidenciada en el curso del presente proceso. QUINTO: EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio el despacho declara no probada las propuestas respecto de las determinaciones adoptadas. SEXTO: en costas en la instancia. SÉPTIMO: si no fuera apelado oportunamente la presente sentencia por COLPENSIONES, consúltese con el Superior” (CD 2, hora 1, minuto 25:14).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia no encontró prueba de consentimiento con la suscripción del formulario de afiliación, y advirtió que esta situación no se convalida con los posteriores traslados y ni con las cotizaciones efectuadas en dicho régimen. Sobre el reconocimiento de la pensión reclamada, señaló que una vez cuente con los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, COLPENSIONES deberá estudiar el derecho pensional de la demandante, ya sea en los términos del régimen de

transición de cumplir los requisitos, o bajo los parámetros establecidos en la Ley 797 de 2003.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se le absuelva de las pretensiones incoadas. Afirma que la orden va en contravía del concepto constitucional de equidad y del principio de eficacia pensional, y considera que si bien es cierto que no se aportó al plenario el formulario de afiliación de traslado de régimen que operó en el año 1994, si lo es que efectuó traslados en los años 1997 y 2000 entre administradoras de fondos privados, como se observa en los formularios de afiliación suscritos por la actora, con lo cual ratificó su ánimo de permanencia de vinculación en el RAIS durante 22 años (CD 4, hora 1, minuto 28:44)¹.

También presentó recurso la apoderada de PORVENIR S.A. Pide que se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva al fondo de las pretensiones incoadas en su contra. Aduce que ninguna ley establece que la afiliación se deba probar a través del formulario de afiliación, y considera que ello sí se prueba con la consulta efectuada en el Sistema de información de

¹ “Gracias su señoría. Señoría me permito interponer recurso de apelación contra el fallo aquí proferido, dado que según lo que se ha manifestado a lo largo de la defensa de COLPENSIONES, el hecho de tener que recibir a una persona que no ha realizado ningún tipo de aporte a la entidad, al régimen de prima media, resulta contrario al concepto constitucional de equidad y al principio de eficiencia pensional. Si bien es cierto no obra en el plenario el formulario de afiliación del año 1994, sí lo es que la demandante no fue sino hasta el año 2016 que manifestó desacuerdo con su vinculación pensional. Es evidente, o ha sido evidente la voluntad de permanencia de la demandante a lo largo de los años, me refiero desde el año 1994 hasta el año 2016, en el régimen de ahorro individual. Así mismo, al estar válidamente suscritos los formularios que datan del primero de abril de 1997 Primero de junio 2000, esto indica qué se trata de actos de ratificación de la voluntad por parte de la demandante, de tal manera su señoría que pues no hay lugar a que se desestimen los argumentos generales de defensa de mi representada, dado que la demandante efectivamente ha tenido voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual, y no es sino hasta el año 2016, como ya lo dije, que al ver el monto de la pensión que habría recibido en el régimen de ahorro individual, desiste de ese ánimo de permanencia con el que ella había estado por lo menos por casi 22 años. Entonces, su señoría no siendo otra solicitó respetuosamente a la Sala Laboral del Honorable Tribunal superior de Bogotá, que se sirva absolver a mi representada de las condenas que se realizaron en su contra en el presente fallo. Gracias”.

ASOFONDOS - SIAFP y con los hechos expuestos en la demanda, y advirtió que en la fijación del litigio nunca se señaló que se determinaría la existencia de la afiliación, por lo que el juez solo se podía declarar frente a la nulidad reclamada (CD 2, hora 1, minuto 32:06)².

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 vigencia 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*

² “Su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente, me permito presentar apelación sustentándolo así. Y es que la valoración de las pruebas según la sana crítica, ni la tarifa legal ninguna ley establece que la afiliación debe probarse con el formulario de afiliación y en el SIAF si registra dicha afiliación. Adicionalmente téngase en cuenta que los indicios son un medio probatorio y en los hechos y se menciona qué una afiliación en el 95 y por esta misma razón la demandante pretende que se declara la nulidad de esta filiación. Luego hay una contradicción entre los hechos y lo manifestado en el interrogatorio, además, lo que vale es el registro de desertificación de Asofondos para considerar la efectividad y por ende la validez de la afiliación. Por estas razones si existió la afiliación. Y otro punto que hay que tener en cuenta, es que en la fijación del litigio nunca se señaló determinar la existencia de la afiliación y el juez sólo puede decretar o declarar de oficio la nulidad de dicha afiliación y no la inexistencia. Por estas razones le solicitó al Honorable Tribunal se revoque la sentencia de instancia y se absuelva mi representada. Gracias”.

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 (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte que para la fecha en que la demandante se afilió al Fondo de Pensiones tenía 35 años de edad y había cotizado 304,86 semanas³, y que para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 5 años, 9 meses y 2 días)⁴.

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 de

³ Según historia laboral válida para bono pensional allegada por PORVENIR a folio 192.

⁴ *Ibidem*.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción⁵, según el cual, se debe 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's han tenido siempre la obligación de brindar información 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*

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”*.

voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, 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, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “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) que 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 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” (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 inexistencia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR no demostró haberle brindado información en el momento en que se demostró ocurrido el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Tampoco se demostró que en el año 1994 se hubiera diligenciado el formulario de afiliación previsto para ese efecto por la Superintendencia Bancaria, como lo exigen el literal b, artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Con dicha omisión la afiliación de la actora en el RAIS no se consolidó, y por ello en principio

conserva el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, si se tiene en cuenta que para el 1° de abril de 1994 (entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993) tenía 35 años de edad (ver registro civil de nacimiento a folio 30 del plenario).

También se confirmará en cuanto ordenó el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

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”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo o con posteriores traslados entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 1° de enero de 1995 a PORVENIR, luego se trasladó el 5 de febrero de 1997 a HORIZONTE (hoy PORVENIR), y posteriormente retornó a PORVENIR S.A. el 3 de abril de 2000 – ver sistema de información de ASOFONDOS - SIAFP a folio 179 de plenario, y los formularios a través de los cuales se realizaron traslados entre administradoras del RAIS a folios 47, 48 y 177 del plenario). También ha indicado esta Corporación que esta declaración (la ineficacia) obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Adicionalmente, conociendo en apelación y consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión para que esta entidad obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades *extra y ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), el *a-quo* podía estudiar la controversia bajo el fenómeno de la *inexistencia*, pues además de que dicha categoría se encuentra agrupada en la institución de la ineficacia⁷, los hechos debatidos y controvertidos en el proceso (el traslado de régimen y la omisión en los deberes de la administradora para adelantar el proceso de afiliación) sustentan dicha declaración.

No se estudiará el reconocimiento del derecho pensional que se reclama en la demanda y en los alegatos que presentó por escrito la parte actora en esta instancia (ver folios 237 a 240), en atención a lo establecido en el artículo 66A del CPT y SS, pues sobre la materia no se presentó recurso de apelación y no se puede afectar el interés de COLPENSIONES a favor de quien se está conociendo esta decisión en consulta.

Además, se debe precisar, según lo dicho, que la pensión queda a cargo de COLPENSIONES una vez reciba valor de los aportes efectuados, y que el Fondo de Pensiones tiene responsabilidad por el daño que causó a COLPENSIONES y ese daño se debe reparar. Para el caso presente, el daño está representado en que COLPENSIONES tendrá que asumir la prestación de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, por omisiones en las que incurrió el Fondo de pensiones; bien puede entonces COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

COSTAS en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

⁷ La ineficacia agrupa los fenómenos de inexistencia, nulidad absoluta, nulidad relativa, la ineficacia de pleno derecho y la inoponibilidad (ver sentencia C-345 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo).

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

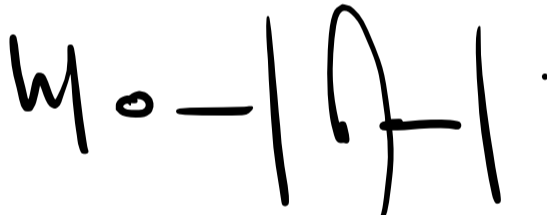
1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia de conformidad con lo expuesto en la parte motiva, para **DECLARAR** que COLPENSIONES bien puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el fondo de pensiones.

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.

2. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado

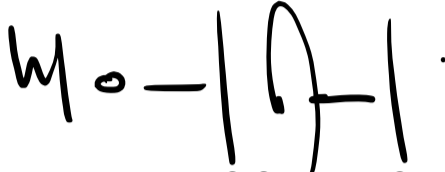


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho a cargo de PORVENIR S.A.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, followed by a period.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado