



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0169-2020

Radicado N° 04 2018 00589 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por **PROTECCION S.A.** contra la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019, por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a **PROTECCIÓN S.A.** a trasladar el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración, a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

DIANA MARGARITA ANGEL BOTERO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD**

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN**, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 18 de marzo de 1960, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 5 de febrero de 1980 hasta el 30 de noviembre de 1996, que en septiembre de 1997 se trasladó al RAIS administrado por Colmena, que no le dieron información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado, que en junio de 1999, se trasladó de la AFP COLMENA a la AFP PORVENIR, que posteriormente se trasladó a la AFP HORIZONTE el 14 de agosto de 2001, que el 25 de agosto de 2003 se trasladó a la AFP Santander, que el 12 de mayo de 2004 se trasladó a la AFP BBVA Horizonte, que el 21 de noviembre de 2005 se trasladó a PORVENIR y finalmente el 9 de junio de 2008 se trasladó a la AFP ING Pensiones. Dice que el 16 de agosto de 2017 solicitó a Colpensiones la nulidad del traslado al RAIS.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de imposibilidad de declaratoria de nulidad de traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción y compensación (fls. 73 a 80).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la

edad y traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 133 a 140).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso la de inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, saneamiento por ratificación de la nulidad alegada, prescripción, validez de la afiliación al RAIS y no pertenecer la demandante al grupo de personas que pueden regresar al RPM (fls. 95 a 103).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 3 de diciembre de 2019, declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la afiliación de la señora DIANA MARGARITA ANGEL BOTERO. **SEGUNDO: CONDENAR** a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente, bonos pensionales etc. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES la afiliación de la actora. **CUARTO: CONDENAR** en costas a PROTECCION. Se fija como agencias en derecho la suma de 1 smlmv. **QUINTO: enviar al superior jerárquico en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES”**.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento de la obligación de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la nulidad del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada PROTECCIÓN pide que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto condena al pago de los gastos de administración. Fundamentó el recurso en que estos gastos son inherentes a la función que desarrolla el Fondo como administrador y que es producto de la gestión desarrollada, que se refleja en un incremento del valor ahorrado por la demandante durante su período de afiliación, que no le habría sido posible obtener si perteneciera a otro régimen¹.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PROTECCIÓN presentó alegatos. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que no se dan los presupuestos para declarar la nulidad del traslado de la demandante y que la jurisprudencia que

¹ Interpongo recurso de apelación en cuanto a la sentencia que acaba de emitir releve a protección del pago de los gastos de administración la razón de mi inconformidad radica en que se está condenado con base en sentencias y estas sentencias a las que se ha referido la decisión y aquello en lo presente también lo que hacen es llenar ciertos pasivos de la ley 100 del 93, pero sin modificarlas por estos gastos de administración son por disposición legal es el reconocimiento al esfuerzo que hace la administradora para incrementar el patrimonio de la persona y es una actividad que se desarrolla dentro de un objeto y una causa lícita tolerada creados por la ley 100 de 1993 prueba de la buena gestión de administración está en que la señora encontrará un capital incrementado en términos de la ley y que eso le representaría un beneficio que no hubiera tenido en otro régimen pensional sé cómo no se ha dicho que protección haya violado la ley ni se ha sancionado exactamente con base en la ley, estimo que debe ganarse los gastos de administración que son el punto que motiva mi reclamo en esta apelación. Muchas gracias”

servió de base a la juez de primera instancia no es aplicable en cuanto fue proferida con posterioridad al acto jurídico del traslado.

El apoderado de la AFP PORVENIR presentó alegatos. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, pide en sus alegatos que se confirme la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, pues se acreditaron los requisitos definidos en la jurisprudencia para la procedencia de la nulidad solicitada.

El apoderado de COLPENSIONES no presentó alegaciones en segunda instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público, permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por ello, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado pensional de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 13 de marzo de 1960 (fl. 12); **ii)** que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 5 de febrero de 1980 hasta el 30 de noviembre de 1996 (fl. 29); **iii)** que en septiembre de 1997 se trasladó al RAIS administrado por COLMENA hoy PROTECCIÓN (fl. 14); **iv)** que el 14 de agosto de 2001 se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 15); **v)** que el 25 de agosto de 2003 se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN (fl. 16); **vi)** que el 12 de mayo de 2004 se trasladó a la AFP BBVA HORIZONTE hoy PORVENIR (fl. 15); **vii)** que el 24 de noviembre de 2005 se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 18); **viii)** que el 9 de junio de 2008 se trasladó a la AFP ING Pensiones hoy PROTECCIÓN (fl. 19); **ix)** que el 16 de agosto de 2017 solicitó a COLPENSIONES que declare la nulidad de su traslado al RAIS (fls. 21 y 22).

- Fundamentos Normativos Sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes

coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para

asimilar las consecuencia de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora DIANA MARGARITA ANGEL BOTERO se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN en septiembre de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 2 min. 05:49) y por el representante legal de la demandada PROTECCIÓN (CD. 2 min. 23:00), pues por una parte el Representante de la entidad solo manifestó que no existía documento alguno que acredite el tipo de información que recibió la demandante en tanto no era deber documentar la información suministrada, y por otra parte, la

demandante afirmó que en una reunión general realizada en la Gobernación por un asesor del fondo de pensiones les dijeron que el ISS se iba acabar y que los fondos tenían condiciones favorables en materia pensional, pues podía pensionarse a cualquier edad y sin necesidad de tanto trámite.

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLMENA hoy PROTECCIÓN en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación. Por ello la Sala confirmará la decisión de primera instancia, precisando que en el caso bajo estudio no operó una nulidad sino la ineficacia del traslado y para dar claridad a la decisión se modificará en lo pertinente la sentencia apelada.

Como la Sala declarará la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, esto conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCIÓN a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como la juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP PORVENIR deberá asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en este Fondo y en este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de la demandante DIANA MARGARITA ANGEL BOTERO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que **PORVENIR PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** deberá asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0156-2020

Radicado N° 04-2019-00001-01

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 23 de marzo de 2020, por el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la nulidad de la afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.**, declaró que esta válidamente afiliada a **COLPENSIONES**, condenó a la AFP a trasladar los saldos de la CAIP, sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración y condenó en costas a la AFP demandada (fl. 175, 12:17 cd fl. 174).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 2 a 10).**

MARÍA DEL PILAR MORENO SANABRIA, solicitó declarar la nulidad de su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, en consecuencia, condenar a la AFP a trasladar los

saldos de su CAIP, rendimientos y bonos pensionales a **COLPENSIONES** y a esta última reactivar su afiliación sin solución de continuidad, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 22 de septiembre de 1960, que se afilió desde el 22 de agosto de 1984 al RPM administrado por el extinto ISS acumulando 425,14 semanas cotizadas; que el 27 de noviembre de 1995, se trasladó el RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP brindara información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que ha cotizado a ambos regímenes 1568 semanas. Señaló que el 20 de agosto de 2018 solicitó a la AFP su traslado al RPM, así mismo, que el 24 de septiembre de 2018 solicitó a **COLPENSIONES** su traslado.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó como ciertos Aceptó los hechos relativos al traslado del RPM al RAIS y la edad de la demandante y que ésta solicitó afiliación a la Entidad. Indicó que no procede el traslado de la demandante al RPM por la restricción por edad, sin cumplir los requisitos de la sentencia SU 130 de 2013 para su traslado en cualquier tiempo, sin que proceda declarar la nulidad de la afiliación a la AFP porque no es beneficiario del régimen de transición ni se afectaron derechos adquiridos o expectativas ciertas. Interpuso las excepciones de validez de la filiación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa par pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica (fl. 56 a 63).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante, su traslado al RAIS y que éste presentó solicitud de traslado al RPM. Indicó que brindó asesoría comparativa entre los dos regímenes pensionales, tras lo cual el

demandante de forma libre y voluntaria decidió afiliarse a la AFP, dejando constancia escrita de dicha decisión informada, procurando el Fondo campañas informativas periódicas a sus afiliados, sin que acredite causal de nulidad alguna y sin que acredite mala fe de la AFP ni pueda alegar a su favor el desconocimiento de la Ley. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica (fl. 110 a 117).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 175, 12:17 cd fl. 174).

El 23 de marzo de 2020, el Juzgado Cuarto (04) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN que hiciera la señora MARÍA DEL PILAR MORENO SANABRIA, que en su caso administra Porvenir S.A., para tenerla como válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a aceptar el traslado de la actora.

CUARTO: CONDENAR en costas a Porvenir S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

QUINTO: ENVÍESE al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si es o no procedente declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS y ordenar su traslado al RPM.

Para resolver indicó que se solicitó la nulidad de la afiliación a la AFP, siendo que la H. CSJ ha sostenido que la responsabilidad de la AFP es profesional y abarca desde antes de la afiliación hasta antes de la pensión, quien debe asegurarse de exponer de forma clara y

completa al futuro afiliado lego todas las características de ambos régimen pensionales y las consecuencias de su traslado según su situación particular, obligación cuyo cumplimiento diligente es carga de la prueba de la AFP y no del afiliado. En el presente asunto, se allegaron copia de los formularios de afiliación, certificación de Asofondos y su historia laboral, pruebas que no acreditan la información que presuntamente se entregó de forma previa a la demandante antes de su afiliación, por tanto, declaró la nulidad y que esta válidamente afiliada al RPM, sin que importe si tenía o no alguna expectativa pensional, por ende, la AFP debe devolver todos los valores que recibió, con frutos, intereses ,conforme el 1746 CC, junto con gastos de administración conforme la H. CSJ, una vez realizado el anterior trámite COLPENSIONES deberá aceptar sin dilación la afiliación de la demandante. Condenó en costas a la AFP.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar la condena de reactivar a la demandante en el RPM. Indicó que permitir el retorno al RPM afecta el principio constitucional de sostenibilidad financiera, porque no efectuó los aportes al RPM, existiendo una diferencia importante en la eventual pensión, por lo cual no es posible asumir dicha carga ¹ (13:18 cd fl. 174).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia y absolver de toda condena. Indicó que el formulario de afiliación no fue tachado de falso, por tanto, es auténtico, siendo suscrito de forma libre y voluntaria por la demandante que era plenamente capaz y podía expresa válidamente su autonomía de la voluntad. Así las cosas, no se configuró ningún tipo de nulidad, siendo que quizás eventualmente

¹ Gracias señora Juez. Me permito interponer recurso de apelación, en el sentido que la condena impuesta a Colpensiones de recibir a la señora demandante con los aportes y recursos que efectuó en Porvenir, atenta contra el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, porque como excusa en los alegatos de conclusión, si bien ella se admitió la nulidad del traslado, no efectuó los aportes necesarios para contribuir al RPM, solidario, en esa medida si bien se va a hacer cargo Colpensiones y se van a trasladar aportes, habría una diferencia importante entre la pensión que se llegará a reconocer y ese cumulo de aportes que tenía en su cuenta individual atentaría contra este principio constitucional, en esa medida, no sería posible que Colpensiones asumiera esta carga. Bajo estos aspectos dejo interpuesto el recurso de apelación. Muchas gracias.

podría haber existido una nulidad relativa, pero fue saneada por la ratificación de las partes, siendo que el deber de información fue exigible solo desde 2004, por tanto, la afiliación se realizó conforme la normatividad vigente y de buena fe. Por último, afirmó que no procede la condena a retornar gastos de administración ni costas² (16:16 cd fl. 174).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia, por cuanto no se acreditó vicio del consentimiento, no procede aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ni se demostró causal de ineficacia conforme el artículo 899 CCO, siendo que si se acreditó la voluntad de permanencia en el RAIS con el formulario de afiliación y los años de permanencia, no se pueden imponer cargas no vigentes a la fecha de traslado, de forma subsidiaria, solicitó aplicar el artículo 113 de la Ley 100 de 1993, para determinar los valores que deben ser devueltos por la AFP y el artículo 1746 CC ordena la devolución de los gastos de administración solo cuando se acredita mala fe, lo cual no ocurrió, por

² Su señoría, estando en la oportunidad pertinente me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida, en primera medida, el presente caso opera el fenómeno de la ineficacia por falta de información previa. Contrario a lo que manifestó el Despacho, indicó que el suscrito formulario lo fue de forma libre y voluntaria, sin ningún tipo de apremio, documento que nunca fue tachado conforme el artículo 243 y 244 CGP, por tal razón se presume auténtico. Consecutivamente, Porvenir, conforme el principio de autonomía de voluntad, ligado con la capacidad, permite fundamentar la voluntad de la parte y el consentimiento libre la firma el formulario. La señora María del Pilar Moreno cuando se suscribió con dicho formulario, en ningún momento se evidenció que tuviera algún tipo de discapacidad, por el contrario, contaba con toda su capacidad, por tal razón, consideramos que fue totalmente voluntario. Seguido a ello es pertinente resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico existen 3 tipos de ineficacia, la de pleno derecho que no opera porque la afiliación no fue contra las normas de orden público, la absoluta tampoco opera porque se cumplieron los requisitos de causa y objeto lícito, siendo la demandante capaz conforme el principio que acabo de explicar, tal vez, eventualmente podría operar la nulidad relativa por un vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo, pero en este caso se tendría que analizar muy bien la nulidad relativa, por parte del honorable Tribunal, porque es susceptible de ser saneada por la ratificación de las partes. Así las cosas, queremos también resaltar el tema del deber de información, el cual fue exigible desde el año 2004, la demandante seguramente cuando sintió una desventaja no generó ningún tipo de manifestación, seguido a ello, queremos ahondar en el principio de buena fe, que esta ligado que sin desconocer el deber de información, los parámetros de información solicitados se crearon posterior a la fecha de afiliación a la demandante, por tanto, se demuestra la buena fe de mi representada, quien cumplió con lo que en su momento exigía la Ley y no se puede predicar mala fe de fondo. Para finalizar, el deber de información se estableció en el año 2004 con el concepto de la Superintendencia financiera 2015123910 del 29 de diciembre de 2004, que quedó dentro del estatuto financiero indicando que las AFP tenían que informar las condiciones y requisitos propios del RAIS y del RPM y por tal razón se acreditó el deber de información. Con el cobro de costas, queremos que el alto tribunal valide debido que no es posible que haya condena a estas porque no hacen parte de un dinero que fue utilizado para administrar unos recursos y genero unos rendimientos, sin dejar atrás que también se efectuaron unos gastos de administración y no se apela en este caso ese tipo de costas que se están planteando por parte de este Despacho. En estos términos presento el recurso de apelación. Muchas gracias.

ende, no procede la devolución de gastos de administración y primas de seguro, porque no pertenecen al afiliado y no financian su pensión, además que se desfinanciaría el sistema permitiendo el retorno al RPM. Agotado el término de traslado, la **DEMANDANTE** y la demandada **COLPENSIONES** se abstuvieron de presentar alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad mediante su vinculación a **PORVENIR**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i*) la demandante **MARÍA DEL PILAR MORENO SANABRIA** nació el 22 de septiembre de 1960 (fl. 11); *ii*) la demandante estuvo afiliada al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del

22 de agosto de 1984 al 31 de diciembre de 1994, acumulando 425 semanas conforme su historia laboral (fl. 64); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 27 de noviembre de 1995 (fl. 119), el cual se hizo efectivo el 1° de diciembre de 1995 (fl. 120), entidad donde permanece afiliado y donde acumuló 1568 semanas a abril de 2018 (fl. 18).

- Fundamentos Normativos Sobre Traslado de Régimen Pensional

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta

por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la Administradora de Fondos de Pensiones demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la nulidad de la afiliación de la demandante a **PORVENIR S.A.**, declaró que esta válidamente afiliada a **COLPENSIONES**, condenó a la AFP a

trasladar los saldos de la CAIP, sus rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración y condenó en costas a la AFP demandada.

La apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar las condenas en su contra. Afirmó que ordenar el retorno de la demandante al RPM afecta el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, ya que no efectuó aportes y la diferencia pensional es importante.

Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y condenas. Indicó que el formulario de afiliación es auténtico, se firmó de forma libre y voluntaria por la demandante, quien es capaz, por tanto, no existió nulidad y la eventual nulidad relativa que quizás existió se saneo por ratificación de las partes, afiliación que se realizó conforme la normatividad vigente y de buena fe, ya que el deber de información apareció en 2004. En todo caso señaló que no procede la condena a devolver gastos de administración y costas.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que en los alegatos de conclusión, el apoderado principal de la AFP demandada presentó argumentos que no fueron en su momento incluidos en la sustentación del recurso de apelación, por tanto, esta Corporación se abstendrá de pronunciarse sobre los mismos habida cuenta que es lo dicho en el recurso de apelación lo que fija la competencia del Juez colegiado conforme el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

La jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por

medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR** efectuada el 27 de noviembre de 1995 (fl. 11), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita solo con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No obstante que la demandante realiza aportes a la AFP demandada desde 1995 y suscribió el formulario de afiliación a

PORVENIR S.A., tal formulario no acredita la cantidad y calidad de presunta información que suministro de forma previa el Fondo, por ende, la AFP no cumplió con su carga de la carga de probar que brindó una adecuada, completa y comprensible asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala modificará la decisión en primera instancia y declarará la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se autorizará a **COLPENSIONES** para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de

causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que se declara la ineficacia y no la nulidad del traslado del RPM al RAIS de la demandante mediante su afiliación a la demandada **PORVENIR S.A.** Los demás apartes del precitado numeral se mantienen incólumes.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: ADICIONAR el numeral sexto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0041-2020

Radicado N° 05 2018 00641 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandante, sobre la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2019, por el Juzgado Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARTHA INES SERRANO MONSALVE presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada, a reliquidar su pensión de vejez teniendo en cuenta los aportes realizados durante las últimas 100 semanas, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que mediante Resolución N° 112799 del 28 de mayo de 2013 la demandada le reconoció una pensión de vejez, de acuerdo a lo previsto en el Decreto 758 de 1990, que para efectos de la liquidación Colpensiones no tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales devengados durante las últimas 100 semanas y de esta forma su mesada pensional sería superior a la reconocida.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración de derecho al pago de IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración de derecho al pago de intereses moratorios, carencia de causa para demandar, prescripción y compensación (fls. 75 a 93).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 13 de noviembre de 2019 negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación. **SEGUNDO:** ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones instauradas por la señora MARTHA INES SERRANO MONSALVE. **TERCERO:** CONDENAR en costas a MARTHA INES SERRANO MONSALVE, inclúyase como agencias en derecho y en la liquidación de costas la suma de 2 SMLMV. **CUARTO:** En caso de que este fallo no fuere apelado CONSULTESE con el superior”

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es procedente la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta el promedio de las últimas 100 semanas de cotización. Para resolverlo indicó que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 conservó la aplicación de normas anteriores únicamente frente a la edad, número de semanas y monto de la prestación, sin incluir lo atinente al IBL.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, pues la demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama.

Por su parte el apoderado de la parte demandante se abstuvo de presentar alegatos de conclusión.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones de la demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver la consulta concedida a la demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si es procedente liquidar la pensión de la demandante teniendo en cuenta el promedio de las últimas 100 semanas de cotización, tal como lo disponía el Acuerdo 049 de 1990.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución GNR 112799 del 28 de mayo de 2013 Colpensiones reconoció una pensión de vejez a la demandante en cuantía inicial de \$2.654.703 con fundamento en lo previsto en el Acuerdo 049 de 1990 (fls. 16 a 21); **ii)** que mediante Resolución GNR 226372 del 1° de agosto de 2016, Colpensiones negó la reliquidación solicitada por la demandante (fls. 22 a 27).

- **Reliquidación del IBL.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, advierte el Tribunal que las normas que se aplican en materia pensional a un caso concreto son las que rigen al momento en que se causa el derecho, es decir, las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al sistema. No obstante, cuando esas condiciones o requisitos se modifican por la entrada en vigencia de una nueva reglamentación, ésta puede crear un régimen de transición normativa cuya finalidad es mantener, para algunas personas, la aplicación de todas o algunas de las reglas que fueron derogadas.

Esto ocurrió al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 cuyo artículo 36 dispuso un régimen de transición normativa que le fue aplicado a la demandante por tener más de 35 años de edad en el momento en que el nuevo sistema de pensiones entró en vigencia (folio 16, Resolución GNR 112799 de 2013). En dicho régimen se mantuvieron algunas y no todas las condiciones que regulaban las normas anteriores en materia pensional, pues si bien dispuso que la edad, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto o porcentaje para acceder a la pensión de jubilación de sus beneficiarios es la “*establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados*”, (para la situación de la demandante el consagrado en el Acuerdo 049 de 1990); también advirtió

claramente, que para definir el ingreso base de liquidación de la pensión, se aplicarían “*las disposiciones contenidas en la presente Ley*” es decir en la Ley 100 de 1993.

Así las cosas, el ingreso base de liquidación de pensiones en el régimen de transición lo regula el artículo 21 de la Ley 100 de 1993 artículo 21, y éste se integra con el promedio de los “*salarios o rentas sobre los cuales ha cotizado el afiliado durante los diez (10) años anteriores al reconocimiento de la pensión (...) actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE (...)*”.

Esta forma de aplicar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 a los afiliados al Sistema fue definida clara y reiteradamente por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia desde tiempo pretérito. Como referencia se cita la sentencia del 6 de julio de 2000 radicación 13336 del Magistrado Ponente Fernando Vásquez Botero. En ésta, y todas las decisiones dictadas con posterioridad, esta Corporación estableció que las pensiones reconocidas en transición de la Ley 100 de 1993 deben regularse en cuanto a la edad, el tiempo de servicios y porcentaje de liquidación con las normas anteriores, pero en todo lo relacionado con ingreso base de liquidación de las mesadas, se rigen por la nueva norma.

Así las cosas y por ser improcedente la reliquidación de la pensión teniendo en cuenta como IBL las últimas 100 semanas de cotización se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0152-2020

Radicado N° 07 2017 00685 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019, por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y condenó a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA STELLA BASTO LOZANO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en

consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 30 de octubre de 1959, que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 6 de febrero de 1980 y cotizó a dicha entidad hasta el 30 de abril de 2000, que el 2 marzo de 2000 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS. Aduce que al momento de efectuar el traslado el Fondo no la asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado. Dice que solicitó a las demandadas la invalidez de su traslado y que éstas resolvieron de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y afiliación inicial de la demandante el RPM, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad y saneamiento de la nulidad alegada (fls. 76 a 86).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, y traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. No propuso excepciones (fls.135 a 152).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 9 de octubre de 2019, declaró la ineficacia de afiliación de la demandante al RAIS y condenó a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiera recibido por concepto de aportes a pensión de la demandante.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“**PRIMERO:** DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora MARIA STELLA BASTO LOZANO con COLFONDOS desde el 2 de marzo de 2000 7388818, dentro del proceso radicado 20170068500. **SEGUNDO:** ORDENAR a COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora MARIA STELLA BASTO LOZANO, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación definida administrado por COLPENSIONES. **TERCERO:** ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación definida a la señora MARIA STELLA BASTO LOZANO, desde su afiliación primigenia al Régimen de Prima Media con Prestación definida. **CUARTO:** DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas. **QUINTO:** CONDENAR en costas al fondo demandado y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMLMV al momento del pago. **SEXTO:** ORDENESE la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES, como entidad garantizada por la Nación y a fin que se revise la legalidad de lo decidido.

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en el presente asunto, la AFP demandada debía acreditar el cumplimiento del deber de información en el momento en que se efectuó el traslado de la demandante pero no se aportaron pruebas en ese sentido y por ello el traslado de régimen es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la Régimen de Ahorro Individual, en cuanto su decisión de traslado fue libre e informada, dice además que para la fecha del traslado no existían obligaciones adicionales a la manifestación de voluntad para un traslado y que no se puede presumir la mala fe del fondo demandado por no tener prueba

documental que acredite el cumplimiento del deber de información¹.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones confirmar la sentencia de primera instancia, en cuanto se dan los presupuestos definidos por la

¹ “Me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia acabada de proferir, con base en los siguientes fundamentos, si bien no se encuentra afectado a los aquí demandantes el acto libre y voluntario por el cual se realiza el traslado al RAIS, el 01 de marzo del 2000, el 01 de septiembre 2001, y el mes de septiembre de 2001, se tiene que de acuerdo al literal b del art 13 de la ley 100/93 , lo único que se daba para que se diera para el traslado de régimen se daba solamente con la manifestación por escrito de su voluntad de elección de régimen, a lo cual se le dio cumplimiento por medio de la suscripción del formularios de afiliación realizados por los demandantes, documento este que era el único requerido por la normatividad vigente al momento del traslado esto es, ley100/93, decreto 656/94, tal cual los fallos dictados por este despacho y de acuerdo al art 83 de la constitución los contratos se ejecutan de buena fe, por tanto no se puede presumir la mala fe de las administradoras de pensiones por el simple hecho de no tener una prueba documental que conste de la información suministrada a los potenciales afiliados, este deber que debe cumplir las administradoras surgió a partir de la ley 1748/2014 la cual al no tener un carácter retroactivo no se le puede dar aplicación a situaciones que ocurrieron con anterioridad a su expedición, igualmente téngase en cuenta de acuerdo a los dispuesto en el art 1502 del código civil, existen unos presupuestos que se cumplieron en las 3 afiliaciones o traslado de régimen pensionales que son el objeto y causa lícita, ya que las personas son plenamente capaces lo cual no se encuentra en discusión que de manera voluntaria los demandados escogieron libremente la afiliación al RAIS, igualmente téngase en cuenta señores magistrados de que no hubo tal vinculación dañina lo cual manifiesta el juzgado de 1era instancia, pues lo que busca el sistema es generar de pensiones es cubrir a los afiliados en las contingencias de invalidez y muerte, riesgos que estuvieron cubiertos a los demandantes, dentro o durante el transcurso de su afiliación al RAIS , igualmente han obtenido unos rendimientos que de ser así no se hubieran sido obtenidos en el régimen de prima media que administra mi representada. Igualmente téngase en cuenta que aquí se busca con la inconformidad de los procesos es la mesada pensional que obtendrían en el RAIS, la corte a manifestado por medio de la sentencia C-86DEL2002 “ para la corte es claro que el tema de seguridad social en pensiones no tiene por finalidad preservar el equilibrio cuota , si no la debida contingencia que están expuesto los afiliados, ya que este régimen es diferentes a los regímenes de fondos privados donde se trata de un régimen legal que se asiente a régimen contributivo en el que los empleadores y el estado participan junto a los trabajadores con los aportes que resultan determinantes de la cuantía de la pensión de allí que los afiliados de la seguridad social no obtente un valor subjetivo a la cuantía determinable a las pensiones futuras esto es respecto de las pensiones que no se han causado, así mismo conforme lo anterior que la manifestación de los demandantes de que el traslado de régimen pensional fue promovido la afirmación obtenida por los asesores de Colpensiones dicha afirmación no es falsa , si se tiene en cuenta que mediante decreto 2013/2012 se suprimió el ISS, pero también es de público conocimiento del nacimiento de Colpensiones con el régimen de prima media, por lo cual de acuerdo a la ley civil la falta de conocimiento no exime de responsabilidad por lo que no es posible afirmar el desconocimiento del cambio de régimen por parte de los aquí demandantes, donde afirman que el motivo de cambio de régimen fue que el ISS se iba a acabar, ya que también fue de público conocimiento y la misma ley lo contempla la existencia de los dos regímenes pensionales, es por tanto señores magistrados que este tipo de decisiones afectan la sostenibilidad financiera del sistema pues no de manera caprichosa el mismo legislador en el art 13 ley 100/93 existe periodo de carencia en el cual los afiliados no puedan trasladarse evitándose la descapitalización del régimen pensional por el tiempo que se lleva afiliado, y que no se tuvieron en cuenta para las posibles mesadas pensionales puedan trasladarse de régimen a puertas de adquirir un derecho pensional o ya cumplen con la edad. Así mismo y las consta se absuelva a la demanda ya que no influyo en el traslado ya que no era obligatorio una doble asesoría, ya que no se puede afirmar por lo anterior una nulidad en el traslado de las afiliaciones de acuerdo a las normas existentes”.

jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado.

Por su parte la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la Dra. DIANA MARIA VARGAS JEREZ, identificada con C.C. 1.090.449.043 y portadora de la T.P. 289559 del C.S.J., a quien se tiene como apoderada sustituta de dicha entidad. La referida apoderada presentó alegaciones. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia y para el efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

El apoderado de la AFP COLFONDOS no presentó alegaciones de segunda instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 30 de octubre de 1959 (fl. 21); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 6 de febrero de 1980 hasta el 30 de abril de 2000 y realizó cotizaciones a dicha entidad durante 758.43

semanas (fl. 43); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS el 2 de marzo de 2000 (fl. 154); **iv)** que el 19 de abril de 2017 radicó ante COLFONDOS solicitud de invalidación del traslado de régimen, la cual fue resuelta de manera desfavorable (fls. 57 a 64); **v)** que el 18 de abril de 2017 solicitó a COLPENSIONES activar su afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fl. 55 y 56).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que

el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA STELLA BASTO LOZANO se trasladó a la AFP COLFONDOS el 2 de marzo de 2000 (fl. 154), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 3 min. 5:27) y el representante legal del fondo demandado (CD. 3 min. 17:05). La demandante solo manifestó haber suscrito un formulario de afiliación que llevó un asesor de COLFONDOS, quien les dijo que el ISS se iba acabar, que la mesada pensional sería más alta en dicho fondo y podía pensionarse sin tener en cuenta la edad. Por su parte el

representante legal del fondo solo hizo referencia a que no se documentó la información que se brindó a la demandante al momento del traslado y que lo único que obra al respecto es el formulario suscrito por la demandante.

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para COLFONDOS S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante

sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Dado que el juez de primera instancia no definió la devolución de los gastos de administración, para mejor proveer la Sala adicionará el numeral segundo de la sentencia y definirá la condena como corresponde.

Ahora bien, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, definir el término que tiene la AFP demandada para dar cumplimiento a la obligación a su cargo, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos. **ORDENAR** a COLPENSIONES actualizar la historia laboral de la demandante, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0157-2020

Radicado N° 09-2019-00060-01

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020, por el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante por su afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, condenó a la AFP a trasladar los aportes y sus rendimientos, sin descontar gastos de administración, ordenó a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación al RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas (fl. 189, 14:57 cd fl. 188).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 56 a 69).**

JORGE ENRIQUE CELY CORTES solicitó declarar la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN**

S.A., de forma subsidiaria su nulidad; en consecuencia, condenar a la AFP a trasladar los saldos de su CAIP y sus rendimientos a **COLPENSIONES** y a esta última a reactivar su afiliación sin solución de continuidad, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 23 de octubre de 1955, que se afilió desde el 15 de septiembre de 1980 al RPM administrado por el extinto ISS acumulando 850 semanas cotizadas; que el 06 de diciembre de 1996, se trasladó el RPM al RAIS mediante afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, sin que dicha AFP brindara información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que el eventual monto de su pensión en el RAIS es de 1 smlmv, siendo en el RPM superior en \$2.000.000. Señaló que el 19 de noviembre de 2018, solicitó a la AFP declarar la nulidad de su traslado, sin que diera respuesta; luego, el 04 de diciembre de 2018, solicitó a **COLPENSIONES** declarar la nulidad o ineficacia del traslado, petición que rechazó la Entidad.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, su traslado del RPM al RAIS y que actualmente es afiliado de la AFP. Indicó que brindó asesoría verbal sobre las características de cada régimen pensional, comparándolos y realizando proyecciones pensionales, tras lo cual el demandante decidió afiliarse a la AFP; luego, el 26 de octubre de 2005, se le realizó a asesoría y simulación pensional, pero el demandante solicitó aplazar su decisión de permanecer o no en el Fondo, tras lo cual el 11 de julio de 2007, se le citó a asesoría, en la cual se le indicó que era más provechoso trasladarse al RPM pero él decidió permanecer en la AFP, oportunidades todas en las que se le explicaron las características de cada régimen. Interpuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir,

prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la genérica (fl. 134 a 144).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante y que se trasladó del RPM al RAIS y que rechazó su solicitud de nulidad de éste. Indicó que el traslado de régimen se realizó de forma válida, libre y conforme derecho, sin que el demandante acredite causal de nulidad, sin que proceda su retorno al RPM por la restricción por edad, sin que proceda la nulidad o ineficacia del mismo porque no le generó perjuicio ya que no tenía régimen de transición ni una expectativa legítima, sin que proceda su traslado en cualquier tiempo conforme sentencia SU-130 de 2013, siendo que cualquier eventual nulidad se saneó por el paso del tiempo. Interpuso las excepciones de imposibilidad de declarar la nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento, buena fe, imposibilidad jurídica de reactivar al demandante en el RPM, compensación, prescripción y la genérica (fl. 148 a 162).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 189, 14:57 cd fl. 188).

El 20 de febrero de 2020, el Juzgado Noveno (09) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN que hiciera la señora MARÍA DEL PILAR MORENO SANABRIA, que en su caso administra PROTECCIÓN S.A., para tenerla como válidamente afiliada a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora, con los rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración.

TERCERO: ORDENAR a Colpensiones a aceptar el traslado de la actora.

CUARTO: CONDENAR en costas a PROTECCIÓN S.A. Se fija como agencias en derecho la suma de un salario mínimo.

QUINTO: ENVÍESE al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si corresponde declarar la ineficacia del traslado del RPM al RAIS y si procede ordenar a la AFP devolver los dineros de la CAIP a COLPENSIONES y su reactivación en el RPM, de forma subsidiaria establecer si procede o no declarar la nulidad de dicho traslado.

Para resolver indicó que el demandante alegó el incumplimiento de la obligación de información y asesoría y que por ende no adoptó una decisión informada, siendo que el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 estableció la libertad en la selección de régimen pensional, debiendo el afiliado debe manifestar la decisión por escrito, por su parte el Decreto 663 de 1993 estableció el deber de información en su artículo 97, normas con las cuales la H. CSJ estableció el deber profesional de las AFP de brindar asesoría sobre las características de ambos régimen, sin sobredimensionar lo bueno, minimizar lo malo y parcializar lo neutro, sin que dicha asesoría se pueda probar con leyendas preimpresas, porque estas solo acreditan un consentimiento pero no que fuera informado, correspondiendo a la AFP acreditar la prueba diligente de dicho deber conforme el artículo 1604 CC, siendo que se aportó la historia laboral y el formulario de afiliación, pruebas que no acreditan por si solo el deber de asesoría, siendo que en su interrogatorio el demandante indicó que no se le suministró información de su situación pensional particular, como el número de semanas cotizadas y que siempre se le indicó que la mesada en la AFP sería superior a la del RPM. Frente las asesorías de 2005 y 2007, indicó que fueron posteriores al momento de traslado, que en 2005 se le indicó que su mesada en el RAIS sería superior al RPM y si bien en el 2007 se indicó una mesada mayor en el RPM, el demandante manifestó que siempre se le indicó que era más alta en el RAIS declaró la ineficacia del traslado, ordeno a la AFP trasladar todas las sumas de la CAIP sin deducciones por gastos de administración y a COLPENSIONES reactivar la afiliación al RPM. Condenó en costas.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** solicitó revocar la condena a la devolución de gastos de administración. Indicó que los mismos se efectuaron conforme dispone la normatividad que rige la actividad previsional y financiera del Fondo, siendo que los rendimientos se generaron precisamente por la actividad de la AFP, por tanto, solicitó que de ordenarse las restituciones mutuas se aclaren que estos no deben ser retornados o que sí deben ser entregados no habrá lugar a devolver gastos de administración¹ (18:06 cd fl. 188).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó que no se acreditó vicio del consentimiento o dolo, que no existía ninguna expectativa legítima ni el demandante tenía régimen de transición, tampoco cumple los requisitos para su retorno en cualquier tiempo conforme la sentencia SU-130 de 2013, sin que la simple inconformidad sobre el valor de la pensión sea prueba de sufrir engaño o incorrecta información al momento del traslado, siendo que la AFP

¹ Gracias. Me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia emanada de su Despacho, solicitando respetuosamente al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, revoque de manera parcial las consideraciones establecidas por la Juzgadora de primera instancia en lo que respecta a la imposición a mi representada en lo que respecta a la devolución de los gastos de administración que fueron deducidos de la caip de la accionante durante la vigencia de la relación contractual que tuvo con Protección y la devolución de los valores ya pagados a la aseguradora, esto básicamente bajo el presupuesto legal que tanto los gastos de administración como los valores que ya fueron cancelados a la aseguradora en cumplimiento a las disposiciones que desde el surgimiento de Protección son válidas legalmente, exequibles y exigibles, porque así lo determinó la normatividad al momento de establecer las reglas y factores a tenerse en consideración en la actividad previsional y financiera que ejerce mi representada, en ese sentido, el cobro o deducción de dichos dineros no fue una disposición que adrede mi representada hubiera tomado sino que en sí la norma reconoce que la estructura del funcionamiento de este sistema tiene como reconocimiento el cobro de estos dineros, porque hoy por hoy, el accionante tiene acreditado dentro de su cuenta de ahorro individual unos dineros por conceptos de rendimientos financieros, los que fueron causados por la actividad financiera y previsional de mi representada, de otra manera, estos dineros que hoy por hoy están a favor o como ganancia del accionante no se hubieran generado, en ese entendido, del entender del juzgador de primera instancia de declarar la ineficacia de la afiliación, como trae consigo que todos los actos jurídicos queden sin efectos y las cosas se retrotraigan a su estado natural, en ese mismo entendido solicito respetuosamente al honorable Tribunal que se revoque esa imposición de la devolución de los gastos de administración o que si quiera se haga una aclaración que de tenerse de devolver, se absuelva a mi representada de hacer la devolución de los rendimientos financieros generados con las inversiones que genero Protección en vigencia del contrato de la accionante con mi representada o que devolverse los rendimientos financieros junto con los aportes se exonere entonces a que se devuelvan los gastos de administración y los valores de aseguradora, máxime porque se pagaron a un tercero de buena fe y en la vigencia contractual del accionante con mi representada, siempre estuvo protegido ante las contingencias de la invalidez, vejez o muerte. En esos términos dejo sustentado mi recurso de apelación, gracias.

brindó la información exigida por la normatividad de ese entonces, a la vez que el actor continuó pagando aportes² (21:50 cd fl. 188).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada **PROTECCIÓN S.A.** otorgó poder a la Dra. Olga Bibiana Hernández Téllez, identificada con CC 52.532.969 y T.P. 228-020 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada principal de dicha demandada, quien indicó que no existió ineficacia del traslado, porque la afiliación fue libre y voluntaria, el demandante nunca solicitó su retorno al RPM, así mismo señaló que los consumidores financieros están obligados a informarse, con el debido cuidado y atención que merece la decisión de escoger el régimen pensional, de otra parte, no procede la devolución de gastos de administración y primas de seguros provisionales porque son autorizados por Ley, están presentes en ambos regímenes y además recibió ganancias, siendo su devolución un enriquecimiento sin justa causa, siendo que el artículo 1746 CC permite conservar los gastos cuando los bienes generaron frutos y no hubo mala fe, por tanto, solo procede retornar los aportes y rendimientos conforme concepto del 17 de enero de 2020 de la Superintendencia Financiera de Colombia y no se pueden extender a terceros los efectos de la ineficacia y son además prescriptibles. Por su parte, el apoderado de la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia, por cuanto señaló que no se acreditaron vicios del consentimiento o dolo, no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-130 de 2013 y la inconformidad en el monto de la mesada no equivale a prueba de engaño o equivocada

² su Señoría, interpongo recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, teniendo en cuenta honorables magistrados que no existen elementos que evidencien vicio del consentimiento o dolo en el presente caso, pues no había una expectativa legítima para el actor, porque a la hora del traslado al demandante le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión, no era beneficiario del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU130 de 2013, por lo que el actor deberá soportar someterse a los mandatos del RAIS, al cual se encuentra afiliado con la AFP Protección. Honorables magistrados, téngase en cuenta la sentencia con radicado 2016-00087-01 del 17 de enero de 2017 del Tribunal Superior de Pereira, que indicó que la simple manifestación de inconformidad con el valor de la pensión a recibir con el RPM sea superior al RAIS no constituye por sí solo prueba de que al momento del traslado lo hubiera hecho movido por un engaño o una equivocada información por parte del Fondo, siendo que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falaz por parte del Fondo, máximo si se tiene en cuenta que para el año del traslado los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado, por tanto, no hay lugar a la ineficacia solicitada, porque lo que existió fue un desinterés o descuido por parte del demandante y se evidencia que el mismo decide continuar cotizando al RAIS de forma libre y voluntaria. Por lo anterior, señores magistrados, solicito revocar la sentencia de primera instancia. Muchas gracias.

información por parte del Fondo. Agotado el término de traslado, la **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PROTECCIÓN**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **JORGE ENRIQUE CELY CORTES** nació el 23 de octubre de 1955 (fl. 24 a 25); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 15 de septiembre de 1980 al 31 de diciembre de 1996, acumulando 848,57 semanas conforme su historia laboral (fl. 166); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PROTECCIÓN** el 06 de diciembre de 1996 (fl. 102), el cual se hizo efectivo el 1° de febrero de 1997 (fl. 125), entidad donde permanece

afiliado y donde acumuló 1977,14 semanas a diciembre de 2018 (fl. 118vto).

- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del demandante por su afiliación a **PROTECCIÓN S.A.**, condenó a la AFP a trasladar los aportes y sus rendimientos, sin descontar gastos de administración, ordenó a **COLPENSIONES** reactivar la afiliación al RPM, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las demandadas.

El apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la condena a la devolución de gastos de administración. Indicó que se cobró dicho concepto

conforme la normatividad que rige su actividad, la cual generó los rendimientos, por tanto, debe ordenarse la devolución de los rendimientos si se ordena la devolución de los gastos de administración.

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que no se acreditó vicio del consentimiento o dolo, que el demandante no tenía expectativa legítima ni régimen de transición, no cumple los requisitos para su retorno en cualquier tiempo, sin que la inconformidad sobre el valor de la pensión sea prueba de un engaño o información incorrecta, siendo que la AFP cumplió la normatividad de ese entonces y el demandante siguió pagando aportes.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que en los alegatos de conclusión, el apoderado principal de la AFP demandada presentó argumentos que no fueron en su momento incluidos en la sustentación del recurso de apelación, por tanto, esta Corporación se abstendrá de pronunciarse sobre los mismos habida cuenta que es lo dicho en el recurso de apelación lo que fija la competencia del Juez colegiado conforme el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

La jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, señaló que los promotores de las

AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PROTECCIÓN** efectuada el 06 de diciembre de 1996 (fl. 102), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita solo con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No desconoce la Sala que en este caso particular, el demandante recibió dos (2) asesorías posteriores a su traslado de régimen, la primera el 25 de octubre de 2005 y la segunda el 30 de julio de 2007, sin embargo, llama la atención que en la primera de ellas, se indicó que el monto de la pensión en el RAIS sería superior que en el RPM (fl. 107 a 109) y por ello se le indicó que le convenía permanecer en el RAIS

(fl. 106), mientras que en la segunda de ellas se indicó que el valor de la pensión en el RPM sería superior (fl 111), pese lo cual se le indicó que conforme el cálculo le convenía quedarse en **PROTECCIÓN** (FL. 110); de otra parte, la asesoría del 12 de septiembre de 2013 se limitó a historia pensional, bono pensional y modalidades, con énfasis tributario en declaración de renta (fl. 105). Así las cosas, se tiene que si bien la AFP realizó asesorías, en las mismas no se suministró la información suficiente para que el demandante comparara de forma integral y completa las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro, sin que la AFP acredite el cumplimiento diligente de dicho deber en otras oportunidades distintas a las antes analizadas.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PROTECCIÓN** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PROTECCIÓN**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declara que **COLPENSIONES** puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la

obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral sexto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0043-2020

Radicado N° 10 2018 00032 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la parte demandante sobre la sentencia proferida el 7 de mayo de 2019, por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CENAIN CESPEDES ACOSTA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **EDGAR RODRIGUEZ TORRES**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 26 de septiembre de 2014 hasta el 25 de marzo de 2017, que como consecuencia de lo anterior se condene al demandado al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, indemnización por despido injusto, aportes al sistema de seguridad social en pensiones y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que prestó servicios a favor del demandado como auxiliar de construcción desde el 26 de septiembre de 2014 hasta el 25 de marzo de 2017, que cumplió las funciones asignadas en la ciudad de Bogotá, San Gil y Fusagasugá, que cumplía un horario de siete de la mañana a cinco de la tarde de lunes a sábado, que el demandado dio por terminado el contrato y durante el término de la relación no recibió el pago correspondiente a prestaciones sociales y vacaciones.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

EDGAR RODRIGUEZ TORRES. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos, los negó en su totalidad. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, mala fe y prescripción (fls. 30 a 33).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de mayo de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: *DECLARAR probadas las excepciones propuestas por el demandado EDGAR RODRIGUEZ TORRES de inexistencia de la obligación por falta de causa para pedir, en consecuencia se ABSUELVE al demandado EDGAR RODRIGUEZ TORRES de todas y cada una de las pretensiones incoadas por el demandante CENAIN CESPEDES ACOSTA en la demanda, por las consideraciones expuestas en la parte motiva. SEGUNDO:* Sin costas para las partes. **TERCERO:** *En caso de no ser apelada, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”*

La Juez definió el problema jurídico en determinar si entre las partes existió un contrato de trabajo. Para resolverlo indicó que no se

probaron los elementos constitutivos de un contrato y ni siquiera está probada la prestación personal del servicio, por lo que negó las pretensiones de la demanda.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las partes no presentaron alegatos de conclusión.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones del demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver la consulta concedida al demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante demostró haber prestado servicios personales subordinados en favor del demandado.

VII. CONSIDERACIONES

- Sobre la existencia de la relación laboral.

Para definir sobre la existencia de la relación laboral que se pide en este proceso, conviene hacer referencia al artículo 53 constitucional que consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral. Por su parte el artículo 22 del CST define el contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural*

o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”. Más adelante el artículo 23 del mismo estatuto establece como elementos esenciales constitutivos de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir la realizada por sí mismo, la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y el salario, como una contraprestación directa del servicio prestado.

Una vez reunidos estos tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le atribuya ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al efecto, el artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una presunción legal, en virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador. En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal (hecho causal de la presunción) se entiende que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir de manera subordinada.

Al respecto la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme lo ha reiterado recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019 y SL2608 de 2019, entre otras.

Bajo estos lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las

pretensiones de la demanda al advertir que revisado el escaso material probatorio allegado al expediente, se concluye que el demandante no demostró haber prestado servicios personales a favor del demandado, razón por la cual no opera la presunción legal.

Para llegar a la anterior conclusión se observa que al expediente no se aportó prueba alguna que resulte útil al efecto, pues de la constancia de atención y asesoría de la Defensoría del Pueblo y la constancia de no comparecencia del demandado a la citación efectuada por el Ministerio de Trabajo (fl. 4 y 5) nada se deduce sobre el punto objeto de controversia, la simple manifestación del motivo de la citación no es siquiera indicativo de la prestación de un servicio personal.

Ahora bien, de los interrogatorios de parte absueltos por la parte demandada y demandante (CD 2 min. 3:51 y 13:07) nada relevante se extrae, pues el demandado con sus respuestas no dio si quiera un indicativo de que el actor hubiera prestado servicios a su favor, así fueran esporádicos, lo único que indicó fue que conoció al demandante en una panadería tomando tinto, que es fotógrafo y cuando no tiene trabajo realiza labores de pintura en apartamentos pero nunca ha contratado, ni trabajado en compañía de CENAIN CESPEDES ACOSTA, que su única relación fue comercial cuando acudió a tomar las fotos de la primera comunión de una hija del demandante, pero en manera alguna han tenido alguna relación de tipo laboral.

Precisa la Sala, que en los términos del artículo 167 del CGP le correspondía a la parte demandante probar de manera clara y sin lugar a dudas por lo menos la prestación personal del servicio, único elemento del que ha debido ocuparse dicha parte para que operara la presunción legal a su favor. Si CENAIN CESPEDES pretendía que se declarara la existencia de un contrato de trabajo, por lo menos ha debido aportar las pruebas documentales o testimoniales que sustentaran su dicho, no obstante ninguna prueba útil aportó para probar sus afirmaciones.

Así las cosas y dado que de la prueba aportada al expediente no se establece que CENAIN CESPEDES ACOSTA hubiera prestado servicios en favor del demandado, se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0163-2020

Radicado N° 10 2018 00173 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 20 de enero de 2020, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a **PORVENIR** a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARGARITA EMIRA HERNANDEZ MOGOLLON, presentó demanda ordinaria laboral en contra de 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, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 18 de junio de 1961, que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 9 de diciembre de 1992 hasta el 31 de mayo de 1994, que el día 1° de junio de 1994 se trasladó al RAIS administrado por Colfondos, que su traslado se dio por la directriz de la compañía donde presta sus servicios, ALIANZ SEGUROS, pues le informaron que era lo mismo estar en dicho fondo que en el ISS pero no la asesoraron, ni le dieron información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado, que nadie le informó que el valor de su mesada pensional sería superior en el RPM, ni que podía regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Dice que en el año 2018, solicitó a Colpensiones su afiliación al RPM y esta solicitud fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (fls. 69 a 78).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e

inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 127 a 134).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso la de inexistencia de vicio del consentimiento (fls. 109 a 117).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 20 de enero de 2020, declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante. También condenó a COLFONDOS a trasladar los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora, tales como gastos y cuotas de administración. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la vinculación de la demandante señora MARGARITA EMIRA HERNANDEZ MOGOLLON a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS suscrita el día 12 de mayo de 1994, y por ende su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que trae como consecuencia que la actora nunca estuvo afiliada con el RAIS y por ende no es válido su traslado a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y en consecuencia se ordena el regreso inmediato a la vinculación sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva. **SEGUNDO:** CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante

señora MARGARITA EMIRA HERNANDEZ MOGOLLON al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva. **TERCERO:** CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., hacer entrega a COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora son todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y dicha devolución deberá realizarse dentro del término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, sin descontar los gastos o cuotas de administración con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia, en que haya podido incurrir conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia. **CUARTO:** CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS hacer entrega a COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora MARGARITA EMIRA HERNANDEZ MOGOLLON por concepto de gastos y cuotas de administración durante toda su vinculación con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que la devolución de cuotas y gastos de administración corresponde a lo ordenado en esta sentencia. **QUINTO:** CONDENAR a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la señora MARGARITA EMIRA HERNANDEZ MOGOLLON proveniente de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS deberá imputar de forma inmediata dichas semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral de la demandante para efectos pensionales. **SEXTO.** DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEPTIMO:** CONDENAR en costas de esta instancia a la Sociedad COLFONDOS. Por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. **OCTAVO:** De no ser apelada la presente providencia, remítase al H. Tribunal Superior de Bogotá- Sala Laboral, para que se

surtan el grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que se impusieron órdenes a Colpensiones”.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento de la obligación de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto, señaló que el formulario de afiliación no es prueba idónea para ello porque contiene manifestaciones genéricas y no acredita el cumplimiento del deber de información. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la nulidad del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada PORVENIR pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que no se probó la existencia de vicio en el consentimiento que prestó la demandante al suscribir el formulario de traslado, que está acreditado que el objeto y causa del negocio jurídico son lícitos y que no le son oponibles requisitos adicionales que no estaban vigentes al momento en que la demandante se trasladó, aduce además que la demandante validó su decisión al trasladarse de fondo de pensiones y que de todas formas las exigencias del deber de información correspondía acreditarlas a Colfondos, entidad a donde se efectuó el traslado de régimen pensional¹.

¹ Su señoría en este estado de la diligencia me permito interponer el recurso de apelación de la sentencia que usted acaba de proferir. Lo sustento de la siguiente forma, sea lo primer aclarar que mi representada Porvenir S.A. no ha desconocido ni omitido ningún deber legal como se quiere predicar en su decisión, la vinculación de la parte demandante con mi representada fue producto de una decisión libre de presiones o engaños tal como se aprecia en la solicitud de vinculación que suscribió la actora y tal como se deduce de la decisión y de la parte motiva de su decisión en la que sin lugar a dudas observa usted algunas conductas o comportamiento por parte de una persona jurídica totalmente independiente y diferente a Porvenir S.A., sin embargo encuentra el suscrito con extrañeza que el deber de cuidado al que usted hace alusión en su parte motiva, al ser repudiado por la Administradora Colfondos, quien fue la que omitió al parecer el deber de dar información no se está midiendo con el mismo rasero porque Porvenir S.A. si agotó los mecanismos con todos los recursos a los que estaba obligado

en materia del deber de información para la ley que en ese momento le era oponible, aquí se observa el cumplimiento de los artículos 243 y 244 del CGP y parágrafo del artículo 54 del CPL, mi representada dio cumplimiento a esos preceptos legales y tanto así que se puede observar en el formulario de vinculación a mi representada por parte de la actora en el que se señala que la demandante suscribe en aceptación bajo la siguiente frase “hago constar que la decisión de traslado al régimen de ahorro individual la he efectuado de manera libre y voluntaria, manifiesto que autorizo al fondo de pensiones Horizonte S.A. para que administre mis aportes pensionales”, encuentra esto un mayor rasero con los mismos extractos que su señoría ha presentado del interrogatorio de parte en el que textualmente la demandante indicó que Colseguros sugirió trasladarse a Colfondos porque no se le pensionó, que le hablo de una mejor opción con el tema de los rendimientos que la demandante no hizo preguntas y simplemente creyó en lo que se le indicó con Colfondos, esto con respecto a esta aseguradora. De la deposición que ella hiciera no puede deducirse una sola prueba que permita inferir al menos que Porvenir incurrió en algún error o en alguna omisión de dar información, sin embargo se sabe que no hubo una omisión que se ratificó esta manifestación de su voluntad aún más cuando la demandante solicita el traslado de administradora de pensiones en el año 2013 al vincularse a Porvenir, entonces no entiende el suscrito cómo es posible que se pretenda en este momento viciar o pretender viciar el consentimiento de esa voluntad cuando fue ratificada en el 2013 al hacer el cambio de administradora, aunado a todo lo anterior, considera el suscrito que no puede alegarse una irregularidad respecto a ese formulario diligenciado y en el que la demandante consignó su firma, pues este formato corresponde a un documento público suscrito por particulares, pero en los que una vez mi representada está en ejercicio de los recursos del sistema pensional y que debido a su naturaleza jurídica está obligada por la Superintendencia Financiera, una entidad pública que ejerce su control y vigilancia aprobó la forma o el formulario sobre el cual se depositó la manifestación de la voluntad de la demandante lo que hace que este formato sea de carácter público y por lo mismo de orden público y de obligatorio cumplimiento para los contrayentes, de tal forma que la Superintendencia Financiera avala este formato y pues no es ni la afiliada ni la administradora de pensiones la llamada a desconocer lo que se suscribió en ese momento, sin embargo en el hipotético caso en que se llegare a aceptar y demostrar que para el suscrito no está acreditado en el plenario que la voluntad de la afiliada estuvo viciada por la totalidad de la ausencia de información o que esta fuere insuficiente para realizar el traslado, es incuestionable que la demandada siempre le garantizó el derecho de retracto y así lo dispuso la normatividad que para el momento en que tomó la decisión operaba y le era aplicable al caso concreto en particular, con todo esto no es posible que a mi representada se le exijan hoy las obligaciones que para la vinculación de la demandante no existían, como se ha dicho particularmente la del deber de información, pues este se ha mutado y ha evolucionado desde su creación, e incluso hacia el 2013 cuando la demandante solicitó el cambio de administradora de fondo de pensiones, en el mismo régimen, valga la pena precisar, sin embargo y si después de todos lo anterior se persiste en una declaración de nulidad, es preciso destacar que esa nulidad es contemplada legalmente de dos formas, la nulidad absoluta y la nulidad relativa, en la nulidad absoluta observamos que la parte actora aquí pide que se declare esa nulidad del acto jurídico por lo que lo que debía acreditar era cualquiera de las eventualidades que en forma expresa establece el artículo 1721 del CC y que sin embargo contenían un objeto o una causa lícita como se ha demostrado en el plenario, que no era objeto ni causa ilícitos, lo que quedaría entonces hablar de la nulidad relativa, la nulidad relativa como ha manifestado a lo largo de este proceso no vicia el consentimiento por lo que en gracia de discusión solo podía operar una nulidad relativa y el acto juzgado de nulidad relativa es susceptible de ratificación, como se ha dicho operó no solamente con el transcurso del tiempo como se había expuesto en los alegatos de conclusión con los pagos de aportes mensuales sino como se hace énfasis en este recurso al realizar el cambio de administradora dentro del mismo régimen, observa el suscrito apoderado que se está condenando a Porvenir de buena fe por una omisión que seguramente le puede parecer repudiable al despacho pero es de Colfondos, quien la sacó como se dice coloquialmente barata en este proceso porque a ellos es a quienes se les imputa pero las consecuencias las va asumir Porvenir S.A., respecto a la apreciación que hace su señoría a la del término prescriptivo, es claro que este no se alega respecto de la solicitud o del cambio de régimen y la alteración alegada en su consentimiento, en el consentimiento de la demandante sino específicamente frente al saneamiento de los vicios alegados, los cuales, incluso cuando la doctrina habla de negocios jurídicos con una causa y un objeto ilícito que no fue este caso, tenía una prescripción extraordinaria de 10 años, entonces aquí acreditada la licitud del negocio jurídico que se practicó le estamos dando unas consecuencias de imprescriptibilidad que no aplican para la causa, como ya se ha dicho, totalmente lícita y que no alteró los vicios del consentimiento, bajo estos presupuestos

El apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Para el efecto aduce que la demandante no acreditó la existencia de vicios en el consentimiento y que no puede dentro de un proceso judicial constituir su propia prueba, pues la juez tuvo en cuenta lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte para concluir que no se había brindado información, dice además que de todas formas la actora manifestó en su interrogatorio que se había trasladado de fondo porque Porvenir le daba una rentabilidad superior, hecho que demuestra que si recibió asesoría, que además dijo que su decisión de traslado se dio por la sugerencia de su empleador, hecho del que no hay prueba en el expediente. Finalmente aduce que no es posible exigir a las AFP el cumplimiento de requisitos que no existían cuando la demandante se trasladó de régimen, tales como la documentación de la información brindada.²

solicito al honorable Tribunal se sirva revocar la decisión adoptada por el a quo y en su consideración absolver a mi representada de todas las pretensiones de la demanda, muchas gracias.”

² “Gracias señoría interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por su despacho para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, recurso que sustento en los siguientes argumentos, en primer lugar no comparte este apoderado el análisis que hace el despacho con relación a las pruebas practicadas en este proceso, básicamente porque a juicio de este apoderado si bien es cierto es que hay un principio de derecho procesal que nadie puede darse su propia prueba y por ende la parte demandante no puede pretender deducir consecuencias procesales de su propio interrogatorio, el despacho para motivar su decisión hace alusión a los apartes de la declaración de la demandante, como lo es el hecho que, tal y como lo indicó la demandante ella no recibió ninguna información y sobre esa base el despacho considera que como la demandante indicó en su declaración que no había información y que Colfondos en este proceso no allegó ninguna documental que diera cuenta de la presunta asesoría brindada al momento de traslado, es evidente que incumplió con la carga de la prueba que efectivamente había cumplido con sus deberes legales de asesoría y de buen consejo, sobre ese punto dos cosas, uno para el momento en que se efectuó el traslado de régimen pensional de la demandante no existía obligación de dejar documentada la asesoría, la única exigencia legal para ese momento que era el formulario de vinculación que obra en el expediente, si bien es cierto el hecho que no existiera una norma que regulara la asesoría para efectos de traslado de régimen pensional, eso no implica que el Fondo no tuviera que cumplir con ciertos deberes que desde el 94 tenía la ley, frente a eso no existe ninguna discusión, no obstante en este punto, quiero hacer una precisión, que fue la misma demandante la que indicó que fue su empleador, quien le sugirió que efectuara un traslado de régimen pensional, porque era la mejor opción. Sobre ese punto de vista no existe ninguna prueba, ni de que efectivamente la decisión de traslado de la demandante hubiese sido generada o provocada por la insinuación de su empleador o que esa decisión de traslado fue provocada o generada por la presunta asesoría que brindó el asesor de Colfondos, es así que cuando la demandante se le pregunta, que motivó su traslado, ella lo único que dice es que consideró que era su mejor opción, pero cuando se le pregunta porque consideró que era la mejor opción, ella no sabe dar una respuesta, ella dice que en la asesoría no le dijeron nada de cómo funcionaba el régimen de ahorro individual, y que no le informaron características básicas de este régimen pero en algún momento de su declaración comienza a hablar de rentabilidad y ella dice que específicamente Porvenir le dijo que tenía mejor rentabilidad que Colfondos y que para ella eso era importante, cuando la demandante habla de

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que la demandante no probó la existencia de vicios en el consentimiento que prestó en la suscripción del traslado de régimen.

rentabilidad está demostrado claramente que como es una característica básica del régimen de ahorro individual y es que las prestaciones, específicamente la pensión de vejez, depende de un capital y de la rentabilidad, de esa forma es posible concluir que si hubo una asesoría por parte de Colfondos o por parte de Porvenir, en relación a la importancia del capital que había en su cuenta de ahorro rentara y no solo que rentara sino que rentara la mayor parte posible para efectos de incrementar el monto del capital, ahora, indicó la señora juez que una clara demostración de que no hubo asesoría por parte de Colfondos, es que la demandante perdió el bono pensional, si bien es cierto que efectivamente la demandante pierde el bono pensional por no cotizar mínimo 150 semanas en el régimen de prima media, esa es una situación que no es del toso imputable al asesor de Colfondos porque repito no conocemos de forma cierta cuales son las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que se llevó a cabo dicha asesoría bajo la óptica que reitero la demandante indicó que el trámite de traslado comenzó por una sugerencia de su empleador, de forma que si fue por una sugerencia del empleador es muy diferente la información que hubiera dado el asesor porque finalmente lo que correspondía realizar a la demandante como empleada de esa empresa era acatar la instrucción de traslado, si en gracia de discusión el asesor de Colfondos omitía dar la información con relación a la pérdida del bono pensional no existiría ninguna razón por la cual la demandante no le hubiese cuestionado al asesor de cuáles eran las consecuencias de su traslado, de que pasaba con los aportes que ella había realizado al Seguro Social, la demandante indicó que ella nunca supo que tenía una cuenta de ahorro individual en el fondo privado, era obligación de la demandante por principio al deber de cuidado, indagar al asesor con relación a esas situaciones y para eso no se necesita ser ni un experto ni un abogado para cuestionar al asesor que está en frente de esa persona informándole sobre un posible traslado de régimen pensional, cuáles son las consecuencias, cuales son las características y cuáles son los efectos de esa decisión que la persona está tomando y que finalmente opta de manera libre y voluntaria cuando suscribe el formulario de vinculación y sobre esa base teniendo en cuenta lo que ha dicho la Corte Suprema de Justicia, específicamente en un salvamento de voto de la sentencia SL 1458 de 2018 en la cual el magistrado Quiroz Alemán es obligación del afiliado asistir medianamente asesorado al momento de trasladarse para poder cuestionar al asesor sobre la información que se le está brindando, toda vez que le asiste el deber de autocuidado de responsabilizarse de la decisión que va tomar, finalmente considera este apoderado que no configura ningún vicio del consentimiento para sustentar la decisión de nulidad del despacho habida consideración que en forma alguna puede endilgarse a Colfondos o a Porvenir un vicio del consentimiento tratándose de error, fuerza o dolo, toda vez que aparentemente la decisión de traslado fue de forma libre y voluntaria y después estuvo precedida por la asesoría de los correspondientes asesores de estos fondos y en cuanto al error si llegase a presentarse un vicio de error se trataría de un vicio sobre un punto de derecho y según el CC los errores sobre un punto de derecho no vician el consentimiento de manera que no habría lugar a la declaratoria de nulidad como lo indicó el despacho, de esta manera señora juez reitero mi petición de solicitarle a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar íntegramente el fallo proferido por el despacho y absolver a Colpensiones de las condenas impuestas. Gracias”

El apoderado de la AFP PORVENIR presentó alegatos de conclusión. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, pide en sus alegatos de conclusión que se confirme la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, pues se acreditaron los requisitos definidos en la jurisprudencia para la procedencia de la nulidad solicitada.

El apoderado de la AFP COLFONDOS no presentó alegatos de conclusión.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 18 de junio de 1961 (fl. 52); **ii)** que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde

el 9 de diciembre de 1992 hasta el 19 de octubre de 1994 (fl. 141); **iii)** que el 12 de mayo de 1994 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS (fl. 118); **iv)** que el 29 de mayo de 2013 se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 137); **v)** que el 21 de marzo de 2018 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 50 y 51).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos

regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **Caso concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARGARITA EMIRA HERNANDEZ MOGOLLON se trasladó a la AFP COLFONDOS el 12 de mayo de 1994, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 3 Audio 3 min. 6:24 y CD. 4 min. 07:53), pues solo afirmó al efecto que para la época del traslado trabajaba en Colseguros, que su jefe inmediato les sugirió o les dio la directriz de cambiarse al Fondo de Pensiones Colfondos, que los asesores de dicho Fondo no le brindaron información sobre las implicaciones del traslado, que solo le dijeron que la rentabilidad era superior y que los fondos privados tenían mejores condiciones.

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones Colfondos en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación. Pese a que el

apoderado de Colpensiones aduce en el recurso que la demandante confesó en el interrogatorio que había recibido información al referirse a que tendría una mejor rentabilidad, dicha manifestación por sí sola no acredita en manera alguna el cumplimiento del deber de información en los términos referidos por la jurisprudencia. Por ello la Sala confirmará la decisión de primera instancia, precisando que en el caso bajo estudio no operó una nulidad sino la ineficacia del traslado y para dar claridad a la decisión se modificará en lo pertinente la sentencia apelada.

Como la Sala declarará la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, esto conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para Porvenir (Fondo al que actualmente se encuentra afiliada la demandante), la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP Porvenir a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como la juez de primera instancia así lo definió

respecto de los dos Fondos en que estuvo vinculada la demandante (COLFONDOS y PORVENIR) se confirmará la sentencia en este punto.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de la demandante MARGARITA EMIRA HERNANDEZ

MOGOLLON al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrada

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0152-2020

Radicado N° 10-2018-00417-01

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 24 de febrero de 2020, por el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS del demandante, ordenó su retorno y afiliación a **COLPENSIONES** y condenó a **PORVENIR S.A.** a devolver los saldos de la CAIP, sin descontar gastos de administración, para que previa su verificación se actualice la historia laboral del demandante en el RPM (fl. 140 a 141, 01:22:56 cd fl.139).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 30 a 38).**

CARLOS ADOLFO MUÑOZ RIDAU solicitó declarar la nulidad de su traslado del RPM al RAIS con su afiliación a **PORVENIR S.A.**, en consecuencia, declarar que está en el RPM y ordenar a la AFP

devolver todos los aportes, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 25 de marzo de 1959; que se afilió desde el 20 de febrero de 1986 al RPM; que en noviembre de 2000 se trasladó el RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP brindara información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que el 04 de octubre de 2017 radicó ante la AFP solicitud de nulidad o invalidez de su afiliación, la cual se resolvió de forma desfavorable; así mismo, el mismo día solicitó su afiliación a **COLPENSIONES**, petición que le fue negada. Señaló que la AFP le realizó proyección pensional de una mesada de \$2.314.300 en el RAIS, mientras que en el RPM su mesada sería de \$8.157.307.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a la edad del demandante y su vinculación al RPM. Indicó que el traslado del RPM al RAIS se realizó cumpliendo las normas legales, por tanto, se presume válido y eficaz, sin que el demandante demuestre causal de nulidad alguna. Interpuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación y derecho por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido y la declaratoria de otras excepciones (fl. 47 a 51).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante y que realizó proyección pensional. Indicó que dio a conocer al demandante, de forma completa, clara y suficiente, las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, tras lo cual decidió de forma libre y voluntaria afiliarse a la AFP, siendo que el monto pensional varía conforme los parámetros que se consideran en el RAIS, condiciones que en su momento se dieron a conocer. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las

obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica (fl. 79 a 86).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 140 a 141,
01:22:56 cd fl.139).**

El 24 de febrero de 2020, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR la nulidad de la vinculación del demandante señor CARLOS ADOLFO MUÑOZ RIDAU la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS Porvenir S.A. realizada mediante la afiliación suscrita el 27/11/2000 y por ende su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad y la vinculación al fondo privado, en consecuencia se ordena regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y restablecer afiliación del demandante señor CARLOS ADOLFO MUÑOZ RIDAU al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor señor CARLOS ADOLFO MUÑOZ RIDAU, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubieren causado, SIN DESCONTAR los gastos o cuotas de administración, con los documentos correspondientes para establecer por parte de COLPENSIONES que las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración corresponda a lo ordenado en esta sentencia, en que haya podido incurrir conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que una vez ingrese los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante señor CARLOS ADOLFO MUÑOZ RIDAU, revisar que la devolución se haya realizado en los términos ordenados en esta sentencia, y de forma inmediata imputar y actualizar las semanas cotizadas en el RAIS según la

historia laboral del demandante en PORVENIR S.A. en la historia del demandante para efectos de pensión.

QUINTO: DECLARAR *no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.*

SEXTO: CONDENAR *en costas de esta instancia a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de Agencias en Derecho la suma de \$800.000*

SÉPTIMO: *De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. (...)*”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico resolver sobre los hechos, pretensiones y excepciones que no fueron aceptadas.

Para resolver indicó que todas las pretensiones se fundan en la falta de información como causal de vicio del consentimiento, siendo relevante considerar que la normatividad aplicable y los precedentes jurisprudenciales de la H. Sala Laboral de la CSJ, permiten inferir que el deber de información está en cabeza de las AFP, quienes deben entregar toda la asesoría clara y completa sobre las características de ambos regímenes, ventajas y desventajas, a los potenciales afiliados, obligación que surgió desde la misma Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de 1993, inclusive, la H. CSJ exige desmotivar al potencial afiliado al RAIS cuando ello le resulte nocivo. La H. CSJ invierte la carga de la prueba para que la AFP sea quien acredite el cumplimiento diligente del deber de información, so pena de que se genere la invalidez del acto, que al ser causado por un actuar indebido, genera la carga de devolver todos los valores recibidos por la afiliación, con sus frutos, intereses y sin la posibilidad de descontar gastos administrativos. Afirmó que en el presente asunto se allegó el formulario de afiliación, que contiene una preforma de asesoría completa, pero la H. CSJ indicó que ello no basta para demostrar la cantidad y calidad de información suministrada, siendo que la AFP allegó historia laboral y comunicados de prensa sobre el año de gracia de la Ley 797 de 2003, los cuales tampoco acreditan tal asesoría, por tanto, ante la insuficiencia probatoria, accedió a la pretensión de declarar la nulidad del traslado,

sin que el demandante realizará confesión alguna de haber recibido la asesoría sino todo lo contrario y condenó en costas a la AFP

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia y absolver de toda condena. Indicó que incluso en el RPM legalmente se autorizaron gastos administrativos, por tanto, no es viable la devolución completa sino solo de los aportes y sus rendimientos, tal y como indicó la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, siendo que la vinculación del demandante a la AFP se realizó conforme Ley y no hizo uso del derecho de retracto, siendo que éste indicó en su interrogatorio de parte que no se acercó a las demandadas del 2000 al 2017 a solicitar asesoría individual sobre su situación pensional¹ (01:25:36 cd fl.139).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto se acreditó el

¹ Muchas gracias su señoría. En nombre de mi representada interpongo recurso de apelación en los siguientes términos. Solicito al honorable Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá revocar la decisión proferida por el Juzgado 10 Laboral en primera instancia y en consecuencia absolver a mi representada de todas las decisiones incoadas en su contra en razón de lo siguiente. Este Despacho desconoce que conforme lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el RPM se destina un 3% para gastos de administración y financiación de la pensión de invalidez y sobrevivientes, por ende no es posible acceder a la devolución en la forma que lo indica este Despacho. Vale la pena señalar que la Superintendencia Financiera de Colombia, en concepto rad. 2019-1522169003000 del 17 de enero de 2020, indicó de forma expresa que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta del afiliado, sin que proceda la devolución de prima de seguro provisional en consideración que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura en vigencia de la póliza ni tampoco la comisión de administración. También quisiera reiterar que la vinculación del señor Carlos no se dio en contra de una prohibición legal, al contrario, se dio cumplimiento de todos los lineamientos legales para la perfección de dicho acto jurídico. Resalto que en la medida que la selección del régimen y administradora es un acto que concierne a la voluntad libre y espontánea del trabajador, se consagró como requisito que dentro del formulario se dejara manifestación expresa de tales condiciones respaldada con la firma del trabajador, por tanto cuando el demandante suscribió el formulario de afiliación efectuó una declaración de su voluntad de afiliarse al fondo, dejan expresa constancia de que lo hizo de forma libre y sin presiones y con el conocimiento pleno de la información que a la fecha de su solicitud debía brindar la administradora, la Ley, en aras de proteger al cotizante al Sistema General de Pensiones, estableció un periodo de 5 días hábiles desde la fecha de la manifestación de la selección para que pueda retractarse en la decisión de escogencia del régimen, como establece el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994, derecho que el demandante no ejerció a pesar de ser informado del mismo, así mismo, como manifestó el demandante, en su interrogatorio de parte surtido el día de hoy, indicó que desde la fecha de su afiliación en el año 2000 hasta cuando solicitó a Porvenir y Colpensiones en 2017, no se acercó a Colpensiones ni a Porvenir a solicitar una asesoría individual y personalizada sobre su pensión. En estos términos dejo sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias.

incumplimiento de la AFP de su deber de información. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y T.P. 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia, por cuanto existen elementos de prueba suficientes para concluir que el traslado se efectuó de forma libre y voluntaria, se brindó asesoría, el deber de asesoría no es retroactivo y no se puede aplicar la inversión de la carga de la prueba. Finalmente, el apoderado de la demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia, por cuanto no se acreditó vicio del consentimiento, no procede aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ni se demostró causal de ineficacia conforme el artículo 899 CCO, siendo que si se acreditó la voluntad de permanencia en el RAIS con el formulario de afiliación y los años de permanencia, no se pueden imponer cargas no vigentes a la fecha de traslado, de forma subsidiaria, solicitó aplicar el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 para determinar los valores que deben ser devueltos por la AFP y el artículo 1746 CC ordena la devolución de los gastos de administración solo cuando se acredita mala fe, lo cual no ocurrió, por ende, no procede la devolución de gastos de administración y primas de seguro, porque no pertenecen al afiliado y no financian su pensión, además que se desfinanciaría el sistema permitiendo el retorno al RPM.

I. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

II. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados

en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

IV. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **CARLOS ADOLFO MUÑOZ RIDAU** nació el 25 de marzo de 1959 (fl. 2); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 20 de febrero de 1986 al 30 de noviembre de 2000, acumulando 678 semanas conforme su historia laboral (cd fl. 52); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 27 de noviembre de 2000 (fl. 8), el cual se hizo efectivo el 1° de enero de 2001 (fl. 88), entidad donde permanece afiliado y donde acumuló 1434 semanas a junio de 2018 (fl. 4).

- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS del demandante, ordenó su retorno y afiliación a **COLPENSIONES** y condenó a **PORVENIR S.A.** a devolver los saldos de la CAIP, sin descontar gastos de administración, para que previa su verificación se actualice la historia laboral del demandante en el RPM.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que en el RPM también se autorizó que existan gastos administrativos, por tanto, solo procede la devolución de aportes y rendimientos, como indicó la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, a la vez que el traslado se realizó conforme ley, no se usó el derecho de retracto y el demandante confesó que no solicitó asesoría individual.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que en los alegatos de conclusión, el apoderado principal de la AFP demandada presentó argumentos que no fueron en su momento incluidos en la sustentación del recurso de apelación, por tanto, esta Corporación se abstendrá de pronunciarse sobre los mismos habida cuenta que es lo dicho en el recurso de apelación lo que fija la competencia del Juez colegiado conforme el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

La jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del

RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR** efectuada el 27 de noviembre de 2000 (fl. 8), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita solo con el formulario

de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, si bien el demandante manifestó en su interrogatorio de parte que desde su vinculación a la AFP demandada en 2000 y hasta el 2017 no solicitó ninguna asesoría individual sobre su situación pensional, no por ello se puede exonerar a la AFP de la carga de la prueba de acreditar que brindó una adecuada, completa y comprensible asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala modificará la decisión en primera instancia y declarará la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP, tal y como se ordenará en la parte resolutive de esta sentencia.

De otra parte, se declarará que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la

obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ACLARAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que se declara la ineficacia y no la nulidad del traslado del RPM al RAIS del demandante mediante su afiliación a la demandada **PORVENIR S.A.** Los demás apartes del precitado numeral se mantienen incólumes.

SEGUNDO: ACLARAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de, **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos; así mismo **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del

demandante y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

TERCERO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0177-2020

Radicado N° 10 2018 00602 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **COLPENSIONES** y **PROTECCION**, contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019, por el Juzgado Décimo (10°) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la nulidad del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó al fondo demandado a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA DEL PILAR CALLIGARICH RODRIGUEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PROTECCION S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que se afilió al RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES el 27 de diciembre de 1984 y realizó aportes a esta entidad hasta marzo de 1995, que el 25 de marzo de 1995 se trasladó al RAIS administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., que al momento del traslado no recibió ningún tipo de asesoría ni información relacionada con las ventajas o desventajas del traslado de régimen, que PROTECCIÓN realizó una simulación pensional en la cual proyectó el valor de la mesada pensional, cotizando el 100% del tiempo, para cuando cumpliera 60 años de edad, y la mesada equivaldría a la suma de \$911.282, que la proyección pensional en el RPM, teniendo en cuenta los últimos 10 años, aplicando tasa de reemplazo del 67%, a los 57 años de edad sería por valor de \$2.706.144, que presentó solicitud de afiliación a COLPENSIONES, la cual fue resuelta de manera desfavorable, el 24 de mayo de 2018 solicitó a PROTECCIÓN S.A, el traslado de régimen, solicitud que también fue resuelta desfavorablemente

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la afiliación de la demandante, la solicitud de nulidad del traslado y la respuesta a esta solicitud, frente a los demás hechos manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fls. 81 a 86).

La **AFP PROTECCION S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la

fecha del traslado de régimen pensional, la proyección de la mesada pensional y el derecho de petición presentado, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, falta de juramente estimatorio de perjuicios como requisito procesal y aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones (fls. 121 a 150).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 26 de noviembre de 2019, declaró la nulidad del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiera recibido con ocasión de la afiliación de la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO. DECLARAR la NULIDAD de la vinculación de la demandante señora MARIA DEL PILAR CALLIGARICH RODRIGUEZ a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., el día 25 de marzo de 1998 y por ende su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad, en consecuencia se ordena el regreso inmediato a la vinculación sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por la ADMINISRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLEPNSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante MARIA DEL PILAR CALLIGARICH RODRIGUEZ al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A y a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor MARIA DEL PILAR CALLIGARICH RODRIGUEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración, dicha

*devolución deberá realizarse en el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, con los documentos correspondientes para establecer las cotizaciones, rendimientos y devolución de cuotas y gastos de administración por parte de COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la providencia. **CUARTO.** CONDENAR a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, revisar que la devolución se haya realizado en los términos ordenados, debe imputar y actualizar de manera inmediata dichas semanas cotizadas en la historia laboral de la demandante MARIA DEL PILAR GALLIGARICH RODRIGUEZ, conforme a la parte considerativa de esta providencia. **QUINTO. DECLARAR** no probadas las excepciones planteadas por las demandadas. **SEXTO.** CONDENAR en costas de esta instancia a ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION SA, por secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$800.000. **SEPTIMO.** De no ser apelada la presente providencia, remítase al H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta (art 69 CPT) teniendo en cuenta que se impusieron órdenes a COLPENSIONES. ”*

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en el presente asunto, la AFP demandada debía acreditar el cumplimiento del deber de información en el momento en que se efectuó el traslado de la demandante pero no aportó prueba alguna en este sentido y por ello el traslado efectuado es nulo.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de PROTECCION pide que se revoque la decisión de primera instancia en lo referente a la devolución de los dineros por gastos de administración del RAIS al RPM. Fundamentó el recurso en que el destino de estos aportes es el seguro previsional, que corresponde a un porcentaje descontable con base en la ley y girado a la aseguradora prestante del servicio como tercero de buena fe, que el artículo 20 de la ley 100 de 1993, define tanto en el RPM

como en el RAIS, que el 3% del ingreso base de cotización de los afiliados al sistema general de pensiones se destina a pagar la comisión de administración y el seguro previsional; siendo este un valor que se paga a la aseguradora para que en caso de ocurrir un siniestro, se cubran las obligaciones que este genere y dada esa destinación no procedente su devolución o traslado.

El apoderado de **COLPENSIONES** pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que no comparte el análisis de la prueba testimonial realizado por el Juzgado, pues estima que con lo manifestado por la demandante en el interrogatorio de parte y los testimonios se evidencia que si hubo información por parte de la AFP al momento del traslado de régimen. Dice que el fondo está en imposibilidad de demostrar el detalle de la información, pues con anterioridad al año 2014 existía el deber de información pero no existía el deber de documentar la asesoría, ni de hacer proyecciones pensionales, o ir más allá de dar características básicas del régimen de ahorro individual y que eso fue específicamente lo que se demostró en el proceso, indica que la testigo fue muy clara en decir que recibió información relacionada con las características básicas que tiene el RAIS y que no tiene el RPM.

Aduce que las condiciones de los regímenes pensionales son un tema de orden legal y tanto el RAIS como el RPM están regulados en la ley 100 de 1993, y el desconocimiento de estas disposiciones no genera vicio del consentimiento.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLFONDOS presentó sus alegaciones. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia

con fundamento en que no se dan los presupuestos para la nulidad declarada y que de todas formas no procede la devolución de los gastos de administración.

La apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante pide en sus alegaciones que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto se dan los presupuestos definidos por la jurisprudencia para que opere la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PROTECCIÓN, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 27 de diciembre de 1984 (fl. 26), **ii)** que se trasladó del RPM al RAIS administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN el 25 de marzo de 1995, (fl. 25); **iii)** que el 26 de

agosto de 2016 solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fls. 52 a 54).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la

ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARIA DEL PILAR CALLIGARICH RODRIGUEZ se trasladó a la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN a partir del 25 de

marzo de 1995 (fl. 25), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 2 min. 11:09), pues ésta solo manifestó haber suscrito un formulario de afiliación a DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, porque en una charla realizada por un asesor a los funcionarios de la empresa para la que trabajaba en la época del traslado, les ofrecieron mayores beneficios a los que podrían obtener en el ISS hoy COLPENSIONES, dice que les informaron que los afiliados con menos de 10 años al ISS perderían el tiempo cotizado porque esta entidad se iba a liquidar.

También se recibió el testimonio de GINA MARTÍNEZ (CD. 2 min. 34:10), quien manifestó haber sido compañera de trabajo de la demandante, indica que asistió a una reunión donde un asesor de DAVIVIR los invitaba a trasladarse de régimen, porque el ISS se iba a liquidar, y era más favorable trasladarse al RAIS, pues los beneficios eran mayores y se podían pensionar a cualquier edad

Así mismo se escuchó a DIANA GALINDO (CD. 2 min. 47:10), quien también era compañera de trabajo de la demandante y dice haber asistido a una reunión en el colegio donde laboraban, liderada por un asesor de DAVIVIR, que en la reunión les dijeron que el ISS se iba a liquidar, que tendrían mayores beneficios que en dicha entidad pero no se profundizó sobre ningún aspecto específico.

A Juicio de la Sala y contrario a lo manifestado por COLPENSIONES en el recurso, los anteriores testimonios no acreditan en manera alguna el cumplimiento del deber de

información por parte de la AFP, en cuanto sus manifestaciones fueron generales y no conllevan a deducir que la información se hiciera en los términos que define la jurisprudencia.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PROTECCIÓN S.A. en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación. Por ello la Sala confirmará la decisión de primera instancia, precisando que en el caso bajo estudio no operó una nulidad sino la ineficacia del traslado y para dar claridad a la decisión se modificará en lo pertinente la sentencia apelada.

Como la Sala declarará la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, esto conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PROTECCIÓN, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PROTECCION a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como el juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia para autorizar a COLPENSIONES para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del

traslado de la demandante MARIA DEL PILAR CALLIGARICH RODRIGUEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0151-2020

Radicado N° 12-2018-00056-01

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **OTÚAN ANTONIO GIL OSORIO**, en contra de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2019, por el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó a **SEGURIDAD JANO LTDA.** a reliquidar los aportes a pensión del demandante desde abril de 2007 hasta diciembre de 2013, declaró probada la excepción de prescripción, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada (fl. 272 a 263, 26:27 cd fl. 267).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 39 a 47).**

OTÚAN ANTONIO GIL OSORIO solicitó declarar que existió un contrato de trabajo a término indefinido con **SEGURIDAD JANO LTDA.** del 1° de agosto de 2005 al 30 de noviembre de 2014, que finalizó el empleador de forma unilateral sin justa causa, en consecuencia, condenar al pago de tiempo suplementario, recargos nocturnos, dominicales y festivo y descansos compensatorios,

reliquidar cesantías, primas, vacaciones y aportes a pensión, pago de la indemnización por no pago de intereses a la cesantía, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización moratoria, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que inició la relación laboral en la fecha indicada con **SEGURIDAD JANO LTDA.**, la cual finalizó sin justa causa su empleador en el extremo final señalado. Afirmó que se pactó \$507.500 como salario y que su jornada de trabajo fue de 6:00am a 6:00pm y de 6:00pm a 6:00am, siendo una semana diurna y la siguiente nocturna. Señaló que su empleador no pagó el tiempo suplementario (horas extras) ni recargos nocturnos, dominicales y festivos, ni los descansos compensatorios, sumas que no fueron consideradas en la liquidación de las acreencias laborales reclamadas, por lo cual proceden las indemnizaciones solicitadas.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (56 a 68).**

SEGURIDAD JANO LTDA. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la existencia de una relación laboral del 1° de agosto de 2005 al 30 de noviembre de 2014. Manifestó que vinculó al demandante mediante contrato de trabajo por obra o labor contratada, que el salario acordado fue 1 smlmv, tiempo suplementario y recargos, junto con el auxilio de transporte, siendo su jornada de trabajo de 8 horas a través de turnos, así mismo, manifestó que en cada una de las nóminas pagó salario y demás acreencias al demandante, le reconoció los descansos que generó conforme Ley y pagó oportunamente todas las prestaciones sociales, vacaciones y aportes.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 272 a 263, 26:27 cd fl. 267).

El 21 de octubre de 2019, el Juzgado Doce (12) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(...) PRIMERO: CONDENAR a SEGURIDAD JANO LTDA. a efectuar el pago de diferencias al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a favor del demandante OTÚAN ANTONIO GIL OSORIO,

entre los ciclos abril de 2007 hasta diciembre de 2013, discriminados conforme a la parte considerativa y al anexo que se eleva a la celebración de la presente acta y de la presente Sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a **SEGURIDAD JANO LTDA.** de las demás suplicas de la demanda.

TERCERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción propuesta por **SEGURIDAD JANO LTDA.**, respecto de las acreencias laborales y/o prestacionales, salvo en lo que tiene que ver con el objeto de condena que son los aportes en pensión.

CUARTO: CONDENAR en costas a **SEGURIDAD JANO LTDA.** como demandada, se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.00 a favor de la parte actora. (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la existencia del contrato de trabajo entre las partes por los extremos temporales reclamados, así como de saldos pendientes por trabajo suplementario, recargos, descansos compensatorios, reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a pensión, indemnizaciones reclamadas, costas y gastos del proceso.

Para resolver indicó que se acreditó que el contrato de trabajo lo fue del 1° de agosto de 2005 al 30 de noviembre de 2014, siendo notificada por escrita su terminación el 29 de octubre de 2014, fecha en que inició a correr el término prescriptivo a pesar de que la finalización hubiera sido posterior. Indicó que el demandante devengó 1 smlmv más un sueldo variable por tiempo suplementario y recargos, también recibió el auxilio de transporte; de otra parte, señaló que la H. CSJ ha sostenido que solo corresponde la condena al pago de tiempo suplementario y recargos cuando no hay asomo de duda en la prestación efectiva del servicio, siendo que el hecho 5 de la demanda se presumió cierto como sanción a la inasistencia del demandante a la audiencia de conciliación, pero éste no estableció con precisión los días de cambio de turno diurno a nocturno ni los días en que salió a vacaciones el demandante, por tanto, solo consideró los pagos de tiempo suplementario y recargos registrados en los desprendibles de nómina aportados, que dan cuenta de su pago y sin que exista prueba de que el valor a reconocer fuera mayor, por ende no condenó. Absolvió de las indemnizaciones porque no se acreditó que algún factor salarial

este pendiente de pago, además las mismas están prescritas porque la demanda se radicó el 30 de noviembre de 2017 y el término inició el 29 de octubre de 2014, por tanto, si bien le asiste derecho al pago de la indemnización por despido porque el numeral alegado como justa causa no existe en el contrato de trabajo, la misma prescribió, salvo la reliquidación de aportes a pensión habida cuenta la diferencia del IBC reportado, ya que son imprescriptibles, salvo para el periodo 2014 que se aportó sin falencia alguna.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **OTÚAN ANTONIO GIL OSORIO** solicitó revocar la sentencia salvo lo favorable. Indicó que la prescripción no operó porque el último día laborado fue el 30 de noviembre de 2014 y el término trienal se interrumpió con la radicación de la demanda en el Juzgado Civil Circuito de Soacha el 30 de noviembre de 2017, quien remitió el asunto a los Juzgados Laborales Circuito de Bogotá, por ende, al no estar prescritas las obligaciones, deben prosperar las pretensiones de la demanda, incluida las ultra y extra petita frente a la indemnización por despido sin justa causa¹ (27:31 cd fl. 267).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandada **SEGURIDAD JANO LTDA.** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto indicó que el Juez no cometió ningún desacierto cuando apreció razonablemente las pruebas en ejercicio de su facultad de libre

¹ Gracias señoría. De manera respetuosa interpongo recurso de apelación contra la decisión que se acabó de tomar, exceptuando la parte correspondiente a lo que fue objeto de decisión favorable para la parte demandante, en el pago de seguridad social. De conformidad con lo que se puede mirar en el proceso, la prescripción que alega el demandado y la considerada por su Despacho no ha operado, toda vez que la demanda se presentó en tiempo, el 30 de noviembre de 2017, teniendo en cuenta que el trabajador, el último día que ingresó a las instalaciones de la empresa a realizar sus labores fue el 30 de noviembre de 2014 y la demanda se presentó el 30 de noviembre de 2017, tal y como se observa de las certificaciones que aparecen en el expediente, de esta manera, el tiempo prescriptivo se interrumpió con la presentación de la demanda y con el recibo del Juzgado 01 Civil del Circuito de Soacha Cundinamarca. De esta manera, como la obligación no se haya prescrita, pues obviamente deben prosperar las demás pretensiones de la demanda, incluso lo pedido de manera ultra y extrapetita relacionado con las indemnizaciones a que haya lugar por retiro sin justa causa, toda vez que de la misma carta que se envió al trabajador dando por terminad el contrato, se puede ver indefectiblemente que la razón o causal por la cual fue retirado no se ajusta a las prescripciones que aparecen en el contrato. De esta manera, su señoría, dejo presentado el recurso de apelación, muchas gracias.

formación del convencimiento. Agotado el término de traslado legal, el **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si se configuró la prescripción de los derechos y acreencias laborales reclamadas por el demandante, para lo cual deberá analizarse si el término trienal se interrumpió con la radicación de la demanda, en caso de que se haya interrumpido, analizar la procedencia o no de acceder a las pretensiones solicitadas, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el 1° de agosto de 2005 el demandante **OTÚAN ANTONIO GIL OSORIO** suscribió contrato de trabajo con **SEGURIDAD JANO LTDA.** (fl. 74 a 76); **ii)** mediante oficio del 29 de octubre de 2014, el empleador indicó al demandante que el contrato de trabajo finalizaría el 30 de noviembre de 2014 (fl. 07).

- **Acerca de la prescripción en el derecho laboral y de la seguridad social.**

Los artículos 488 y 489 CST y el artículo 151 CPTSS establecieron un término trienal de prescripción que se puede interrumpir por una sola vez con el reclamo escrito de un derecho debidamente individualizado, periodo que empieza a contabilizarse desde cuando el derecho se hace exigible.

- **Sobre la Indemnización del Artículo 64 CST.**

El artículo 64 del CST, determino que el contrato de trabajo lleva envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado, con indemnización de perjuicios a cargo de la parte responsable, por lo que si el empleador termina de forma unilateral sin justa causa el contrato debe cancelar al trabajador la indemnización señalada en dicha norma conforme la modalidad contractual que ató a las partes.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos judiciales donde se debate la procedencia de dicha indemnización, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el hecho del despido y al empleador demostrar una justa causa para exonerarse del pago de la misma, tal y como indicó en la sentencia SL1166 de 2018, SL4547 de 2018, SL4928 de 2019, SL163 de 2020, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia condenó a **SEGURIDAD JANO LTDA.** a reliquidar los aportes a pensión del demandante desde abril de 2007 hasta diciembre de 2013, declaró probada la excepción de prescripción, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia salvo en lo favorable. Indicó que la prescripción no operó porque el último día laborado fue el 30 de noviembre de 2014 y radicó demanda el 30 de noviembre de 2017, interrumpiendo el término trienal; por tanto, deben prosperar las pretensiones al no estar prescriptas las obligaciones, incluida la indemnización por despido.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que según los antecedentes normativos expuestos, en el derecho laboral y de la seguridad social se consagró un término trienal de prescripción, tanto en los artículos 488 y 489 CST como en el artículo 151 CPTSS, normas que consagra que dicho término trienal

puede ser interrumpido por una sola vez con el reclamo escrito de un derecho debidamente individualizado.

En el presente asunto, el Juez de primera instancia indicó que el término de prescripción inició el 29 de octubre de 2014, fecha en la cual el empleador comunicó al trabajador, de forma escrita, que a partir del 30 de noviembre de 2014 finalizaría el contrato de trabajo (fl. 07), fecha de extinción de la relación laboral que se ratifica conforme la novedad de retiro del demandante registrada ante el operador PILA (fl. 245) y la liquidación final del contrato (fl. 260).

Así las cosas, para efectos de contabilizar el término prescriptivo, ha de tenerse en cuenta la fecha efectiva de terminación del contrato de trabajo y no la fecha en que se comunicó, previamente, tal decisión por parte del empleador, por cuanto es a partir de la terminación del contrato y no antes que se hacen exigibles los eventuales derechos reclamados en juicio, tales como la indemnización moratoria del artículo 65 CST o la indemnización por despido del artículo 64 CST, ello sin perjuicio de los demás derechos laborales que se causaron en vigencia de la relación laboral y cuya exigibilidad se generó con anterioridad a la terminación del contrato de trabajo, por cuanto lo determinante para establecer el extremo inicial del término prescriptivo no es otra cosa que la fecha a partir de la cual se hace exigible un derecho.

A pesar de que le asiste razón al apelante de que es el 30 de noviembre de 2014 la fecha en que inició el término trienal prescriptivo de los derechos que se hicieron exigible al momento de la terminación del contrato de trabajo, ello no implica, en modo alguno, que automáticamente se genere la condena a las pretensiones reclamadas.

En efecto, de la revisión de la demanda se observa que todas las pretensiones elevadas (fl. 41 a 44), parten del supuesto de que se declare que el empleador omitió el pago del trabajo suplementario y recargos solicitados, por cuanto de dicha declaración dependen las condenas a reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones y al pago de las indemnizaciones por no consignación de cesantías y moratoria, sin embargo, en primera instancia se absolvió del pago de dichos

concepto salariales, punto que no fue objeto de apelación y que por ende escapa de la competencia de esta Sala en virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS, sin que el hecho de que en segunda instancia se aclare la fecha en que inicio el término trienal de prescripción de los derechos cuya exigibilidad se causó a la terminación del contrato implique la condena al pago de las reliquidaciones e indemnizaciones por se reitera no se demostró la existencia de saldos pendientes de pago por tiempo suplementario y recargos.

Sin perjuicio de lo anterior, esta Corporación observa que el Juez de primera instancia, al momento de dictar sentencia, indicó que el demandante causó el derecho a la indemnización del artículo 64 CST por cuanto la justa causa que alegó el empleador para finalizar el contrato de trabajo en la comunicación que remitió al trabajador (fl. 07), a saber, el literal u) de la cláusula quinta del contrato de trabajo, no existió por cuanto dicho literal no se acordó en el contrato de trabajo del demandante (fl. 74 a 76), pese lo cual no condenó al reconocimiento de dicha indemnización por cuanto indicó que estaba prescrita, sin embargo, considerando que la exigibilidad de la misma inició el 30 de noviembre de 2014 y que la demanda se presentó el 30 de noviembre de 2017 (fl. 23, 31vto), inicialmente ante el Juzgado 02 Civil del Circuito, quien remitió el asunto por competencia (fl. 33 a 34), motivo por el cual el derecho al pago de dicha indemnización no está prescrito.

Lo anterior conforme la posición de la H. CSJ, quien en las sentencias SL Rad. 18.991 del 04 de diciembre de 2002, SL Rad. 40.480 del 30 de octubre de 2012, SL2928 de 2018, entre otras, determinó que para contabilizar los plazos establecidos en las normas sustantivas, cuando se trata de años, el primer y último día deben corresponder al mismo número del respectivo mes y año, motivo por el cual en el presente asunto si el primer día del término trienal de prescripción inició el día 30 de noviembre de 2014, debía finalizar el mismo número del respectivo mes y año, a saber, el 30 de noviembre de 2017.

De otra parte, no puede pasar por alto esta Corporación que el artículo 94 CGP, aplicable a nuestra especialidad en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la presentación de la demanda interrumpe la prescripción de la prescripción siempre y cuando el auto admisorio se notifique al demandado dentro de un (1) año contado de la notificación de tal providencia al demandante, condición que se cumplió en el presente asunto, por cuanto la demanda se radicó el 30 de noviembre de 2017; y el 02 de mayo de 2018, se notificó el auto admisorio de la demanda a **SEGURIDAD JANO LTDA.**, razón por la cual se mantuvieron los efectos de la interrupción de la prescripción.

En consecuencia, procede esta Corporación a cuantificar la precitada indemnización del artículo 64 CST, siendo relevante considerar que el contrato de trabajo suscrito entre las partes lo fue por obra o labor determinada (fl. 74 a 76), sin que en dicho instrumento se determinará de forma expresa, precisa y clara la obra o labor cuya duración condicionaría la vigencia del contrato, inclusive, en la cláusula octava se acordó que luego de 3 prorrogas el término de la renovación no podría ser inferior a un año, lo que conlleva a que ante la falta de claridad acerca de la obra o servicio se tenga dicho contrato como uno a término indefinido, conforme la posición de la H. CSJ adoptada en las sentencias SL20718 de 2017, SL2600 de 2018, SL3282 de 2019, SL4095 de 2019, entre otras.

En consecuencia, toda vez que no existe discusión entre las partes de que el contrato de trabajo estuvo vigente del 1º de agosto de 2005 al 30 de noviembre de 2014 y de que el mismo se considera como a término indefinido, se procede a calcular la indemnización del artículo 64 CST conforme el salario promedio devengado por el demandante en el último año de servicios, habida cuenta que el mismo era variable, tal y como indicó la H. CSJ que se realiza para la liquidación de dicha indemnización en la sentencia SL2224 de 2020, lo que arrojó como salario promedio \$835.187, por tanto, la indemnización del artículo 64 CST asciende a \$5.475.117:

SALARIO PROMEDIO				
PERIODO	SL BÁSICO	RECARGOS/H. EXTRAS	TOTAL MES	FL
2013-11	\$ 535.600	\$ 223.439	\$ 759.039	86
2013-12	\$ 535.600	\$ 265.397	\$ 800.997	85
2014-01	\$ 566.700	\$ 278.484	\$ 845.184	85
2014-02	\$ 566.700	\$ 278.483	\$ 845.183	84
2014-03	\$ 566.700	\$ 278.996	\$ 845.696	84
2014-04	\$ 566.700	\$ 278.867	\$ 845.567	83
2014-05	\$ 566.700	\$ 278.354	\$ 845.054	83
2014-06	\$ 566.700	\$ 278.610	\$ 845.310	82
2014-07	\$ 566.700	\$ 278.227	\$ 844.927	82
2014-08	\$ 566.700	\$ 278.355	\$ 845.055	81
2014-09	\$ 566.700	\$ 278.484	\$ 845.184	81
2014-10	\$ 566.700	\$ 278.355	\$ 845.055	80
2014-11	\$ 566.700	\$ 278.484	\$ 845.184	80
SALARIO PROMEDIO			\$ 835.187	

INDEMNIZACIÓN ARTÍCULO 64 CST						
DESDE	HASTA	DÍAS	ULT SL PROM	SL DIARIO	DIAS INDEM.	VR. INDEM.
01/08/2005	31/07/2006	360	\$835.187	\$ 27.840	30	\$835.187
01/08/2006	31/07/2007	360	\$835.187	\$ 27.840	20	\$556.792
01/08/2007	31/07/2008	360	\$835.187	\$ 27.840	20	\$556.792
01/08/2008	31/07/2009	360	\$835.187	\$ 27.840	20	\$556.792
01/08/2009	31/07/2010	360	\$835.187	\$ 27.840	20	\$556.792
01/08/2010	31/07/2011	360	\$835.187	\$ 27.840	20	\$556.792
01/08/2011	31/07/2012	360	\$835.187	\$ 27.840	20	\$556.792
01/08/2012	31/07/2013	360	\$835.187	\$ 27.840	20	\$556.792
01/08/2013	31/07/2014	360	\$835.187	\$ 27.840	20	\$556.792
01/08/2014	30/11/2014	120	\$835.187	\$ 27.840	6,7	\$185.597
TOTAL INDEMNIZACIÓN					\$	5.475.117

La anterior suma deberá ser indexada al momento del pago, a fin de corregir la devaluación monetaria, considerando como extremo inicial para dicho cálculo el 30 de noviembre de 2014.

En los anteriores términos se modificará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral quinto a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **SEGURIDAD JANO LTDA.** a pagar al demandante **OTÚAN ANTONIO GIL OSORIO** la suma de \$5.475.117, por concepto de indemnización del artículo 64 CST, suma que deberá ser indexada al momento de su pago, considerando

como extremo inicial para dicho cálculo el 30 de noviembre de 2014, conforme la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de aclarar que la indemnización por despido del artículo 64 CST no está prescrita, conforme la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0178-2020

Radicado N° 13 2019 00365 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por **PORVENIR S.A.** contra la sentencia proferida el 28 de enero de 2020, por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del actor y en consecuencia, condenó a **PORVENIR S.A.** a trasladar todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación del demandante, a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliado del RPM al demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUIS ARTURO LOPEZ ENCISO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y**

CESANTÍAS PROTECCIÓN y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliado al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 18 de noviembre de 1959, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 21 de agosto de 1984 hasta el 31 de mayo de 1995; que en agosto de 1995, se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS; que no recibió información sobre las implicaciones y consecuencias positivas y negativa del traslado; que en el año 2006, se trasladó a ING Pensiones hoy PROTECCIÓN; que en abril de 2008, se trasladó a la AFP PORVENIR y que ninguna de las AFP mencionadas le brindó una verdadera asesoría sobre su permanencia en el RAIS. Afirma que el 16 de noviembre de 2018, solicitó a PORVENIR su retorno al RPM y esta entidad resolvió desfavorablemente su solicitud, que en la misma fecha radicó petición ante COLPENSIONES para pedir su afiliación al RPM y ésta también resolvió de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 125 a 131).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de

prescripción, caducidad, cobro de lo no debido y buena fe (fls. 152 a 155).

La **AFP PROTECCIÓN S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso la de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones e inexistencia de obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe (fls. 183 a 191).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual y prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado (fls. 228 a 242).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 28 de enero de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del actor y en consecuencia, condenó a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliado del RPM al demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el demandante LUIS ARTURO LOPEZ ENCISO, al Fondo de Pensiones COLFONDOS S.A. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES a partir del 1° de septiembre de 1995 y como consecuencia de ello, se ordenará a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el traslado de todos los aportes realizados por él a pensiones obligatorias y voluntarias de ser el caso, junto con sus respectivos rendimientos, sin efectuar descuentos con ocasión al traslado o por gastos de administración a COLPENSIONES, quien deberá recibir los mismos y activar la afiliación del demandante a dicha administradora, teniéndose que para todos los efectos legales como única afiliación válida del actor al Sistema General de Pensiones es con dicha entidad, tal como se solicitó en el libelo demandatorio. **SEGUNDO: CONDENAR** en costas a la demandada COLFONDOS S.A.”.

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento al deber de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la nulidad del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada PORVENIR interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Fundamentó su recurso en que la entidad brindó de manera verbal información clara, oportuna y concreta al actor sobre las implicaciones del traslado, pues para la época no existía obligación de documentar dicha información, que el demandante manifestó en el interrogatorio de parte conocer las particularidades de cada régimen y por ello no puede predicarse la existencia de nulidad o ineficacia en el caso bajo estudio¹.

¹ Interpongo recurso de apelación en cuanto a la sentencia que acaba de emitir releve a

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PROTECCIÓN presentó alegatos. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado y que de todas formas operó la excepción de prescripción.

El apoderado de la AFP PORVENIR presentó alegatos. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, pide en sus alegatos que se confirme la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, pues se acreditaron los requisitos definidos en la jurisprudencia para la procedencia de la nulidad solicitada.

El apoderado de COLPENSIONES no presentó alegaciones en segunda instancia.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público, permite inferir razonablemente que

protección del pago de los gastos de administración la razón de mi inconformidad radica en que se está condenado con base en sentencias y estas sentencias a las que se ha referido la decisión y aquello en lo presente también lo que hacen es llenar ciertos pasivos de la ley 100 del 93, pero sin modificarlas por estos gastos de administración son por disposición legal es el reconocimiento al esfuerzo que hace la administradora para incrementar el patrimonio de la persona y es una actividad que se desarrolla dentro de un objeto y una causa lícita tolerada creados por la ley 100 de 1993 prueba de la buena gestión de administración está en que la señora encontrará un capital incrementado en términos de la ley y que eso le representaría un beneficio que no hubiera tenido en otro régimen pensional sé cómo no se ha dicho que protección haya violado la ley ni se ha sancionado exactamente con base en la ley, estimo que debe ganarse los gastos de administración que son el punto que motiva mi reclamo en esta apelación. Muchas gracias”

la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por ello, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 17 de noviembre de 1959 (fl. 24); **ii)** que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 21 de agosto de 1984 hasta el 31 de mayo de 1996 (fl. 28); **iii)** que el 9 de agosto de 1995 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS (fl. 243); **iv)** que el 14 de junio de 2006 se trasladó a la AFP SANTANDER hoy PROTECCION (fl. 192); **v)** que el 9 de abril de 2008 se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 133); **vi)** que el 16 de noviembre de 2018 solicitó a COLPENSIONES que declare la nulidad de su traslado al RAIS (fls. 75 a 82).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019, precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este

deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor LUIS ARTURO LOPEZ ENCISO se trasladó a la AFP COLFONDOS el 9 de agosto de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 2 min. 38:11), en cuanto solo informó cuando trabajaba para Fundación Juan N Corpas su empleador le sugirió trasladarse a COLFONDOS y que había recibido el formulario diligenciado para su firma, que nunca tuvo contacto con ningún asesor, ni le dieron información al respecto.

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación. Si bien la demandada PORVENIR aduce en el recurso que el demandante manifestó saber las características de cada régimen en el interrogatorio de parte, lo cierto es que ello no es prueba de que hubiere recibido información clara y precisa sobre su situación pensional, ni mucho menos releva la entidad del cumplimiento de la obligación, máxime cuando dijo que al momento del traslado no estuvo presente ningún asesor, y cuando sus manifestaciones sobre este punto fueron imprecisas y nada acertadas sobre la forma en que realmente funciona cada régimen.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como el juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que las AFP COLFONDOS y PROTECCIÓN deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado en estos Fondos y en este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la

composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la AFP PROTECCIÓN deberán asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que el actor estuvo afiliado en dicho fondo.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0155-2020

Radicado N° 17-2017-00498-01

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 26 de marzo de 2019, por el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación del demandante a **PORVENIR S.A.**, declaró que esta afiliado al RPM sin solución de continuidad, condenó a la AFP a trasladar cotizaciones, con sus frutos y rendimientos, hacia **COLPENSIONES**, a quien ordenó actualizar la historia laboral y condenó en costas a las demandadas (fl. 182 a 183, 49:49 cd fl. 195).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 67 a 88).**

LUÍS ENRIQUE CARRILLO CABANA, solicitó declarar la nulidad de su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a

PORVENIR S.A., en consecuencia, declarar que esta afiliado en el RPM, condenar a la AFP a devolver aportes, con sus frutos y rendimientos, hacia **COLPENSIONES**, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 08 de febrero de 1955, que se afilió desde el 1° de agosto de 1983 al RPM administrado por el extinto ISS; que en febrero de 1998 se trasladó el RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP brindara información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que la AFP le realizó el 16 de junio de 2017 una proyección pensional de que a los 62 años su pensión sería de \$836.100 pesos y que cotizando hasta los 65 años será de \$1.107.700, mientras que en el RPM su pensión sería de \$4.049.000, por lo cual solicitó su afiliación ante **COLPENSIONES** el 23 de junio de 2017, la cual fue rehazada.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante y que estuvo afiliado al RPM. Afirmó que el traslado del RPM al RAIS es válido, que no se acreditó ningún vicio del consentimiento, por cuanto fue la voluntad libre del demandante afiliarse a la AFP. Interpuso las excepciones de caducidad, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica (fl. 107 a 115).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos y que efectuó proyección pensional. Indicó que brindó asesoría previa sobre las características de cada régimen pensional, tras lo cual el demandante decidió de forma libre e informada afiliarse a la AFP, quien además se afilió en 2014 a pensiones voluntarias, siendo prueba de su voluntad de permanecer en el RAIS los años de permanencia en la AFP. Interpuso las excepciones de prescripción,

falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica (fl. 130 a 139).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 182 a 183, 49:49 cd fl. 195).

El 26 de marzo de 2019, el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(...) PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción, propuestas por las administradoras de fondos codemandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. en la forma expuesta en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que la vinculación del Sr. LUÍS ENRIQUE CARRILLO CABANA, identificado con la C.C. 5.171.819, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad RAIS, administrado por PORVENIR S.A. fue ineficaz y por consiguiente no produjo efecto jurídico alguno.

TERCERO: DECLARAR que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida hoy a cargo de COLPENSIONES y que esta entidad tiene la obligación legal de validar su vinculación sin solución de continuidad, según las consideraciones expuestas.

CUARTO: ORDENAR a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación del demandante, tales como cotizaciones, frutos e intereses y rendimientos a que haya lugar, de conformidad con la exposición previa en la parte motiva.

QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de fondo a favor del afiliado LUÍS ENRIQUE CARRILLO CABANA y a convalidarlos en su historia laboral para efectos de la suma de semanas a que haya lugar en ese régimen pensional.

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. En firme esta providencia por Secretaría, practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a cargo de cada una de ellas por valor de \$800.000 M/cte.

SÉPTIMO: CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES por la Sala Laboral del H. Tribunal Superior, remítase el expediente una vez concluya la diligencia. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la viabilidad de declarar la nulidad de la vinculación del demandante al RAIS y de declarar que la única afiliación válida al RPM, así como las consecuencias de tal pronunciamiento.

Para resolver indicó que se alegó que la AFP no brindó información y asesoría completa al momento del traslado del RPM al RAIS, siendo relevante que las pruebas documentales acreditan que el demandante el 1° de noviembre de 1994 se afilió a **PORVENIR**, siendo relevante que se allegó el formulario de afiliación donde aparece una manifestación expresa de decisión libre e informada de traslado de régimen, pero ello no acredita que al momento se le brindara una asesoría completa de ambos regímenes y exponer sus ventajas y desventajas, carga probatoria correspondía a la AFP conforme la jurisprudencia de la H. CSJ, quien debe demostrar el cumplimiento diligente del deber de información y asesoría, siendo que su exigencia es mayor por las consecuencias mayúsculas de la selección de un régimen pensional, obligación que asumieron las AFP desde su creación como entidades financieras conforme el Decreto 663 de 1993. La falta del anterior deber genera la ineficacia del traslado y la única afiliación válida lo fue a **COLPENSIONES**. Ordenó a **PORVENIR** retornar los aportes, con sus rendimientos y frutos. Declaró no probadas las excepciones.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia y absolver de toda condena. Afirmó que el demandante no acreditó las afirmaciones que realizó en la demanda, siendo errada la aplicación del precedente jurisprudencial porque el deber de buen consejo aplica cuando se perjudica al afiliado por no brindar asesoría, lo cual no ocurrió porque el actor no era beneficiario del régimen de transición ni tenía ninguna expectativa legítima, siendo válida la afiliación conforme los requisitos normativos exigidos para la época del traslado, existiendo prueba de la vocación de permanencia en el RAIS como fue el pago de aportes y la corrección del formulario de afiliación,

siendo que las características de los regímenes pensionales son un hecho notorio porque están plasmadas en la Ley, que es de conocimiento público¹ (52:01 cd fl. 195).

La demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia y absolver de toda condena. Afirmó que la sentencia es incongruente con la demanda, porque se pretendió la nulidad pero se falló la ineficacia, por tanto, no procede la condena en costas porque la Entidad se opuso

¹ Gracias señor Juez. Siendo la oportunidad pertinente interpongo recurso de apelación para que la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá la revoque considerando los siguientes argumentos. Debe tenerse en cuenta que en sentencia de primera instancia se echa la omisión de no señalarse las consecuencias jurídicas al demandante y también se analiza teniendo en consideración el formulario de afiliación que al demandante, teniendo en cuenta las características propias que ostentaba el mismo, no se estableció una información y tampoco se le hizo un cuadro comparativo entre los regímenes. Es de observar, señores magistrados, que si se analiza desde la misma presentación de la demanda se hacen unas afirmaciones, de las que no se allega si quiera prueba sumaria para poder acceder a las pretensiones de la demanda. Es de observar que se tuvo en cuenta en sentencia de primera instancia la sentencia 31314 de 2008 y 31989 de 2008, que no son aplicables al caso concreto dado que si se analizan sus ratio decidendi no son aplicables porque no son casos análogos, siendo que el a quo aplicó la orbiter dicta de las mismas y si se hubiera analizado que las mismas, como argumento normativo y argumentativo usado por el a quo al hacer referencia que al demandante no se le hizo referencia a las consecuencias jurídica, pero en esas sentencias la H. CSJ hace referencia al deber del buen consejo en el sentido de que las administradoras no le dieron información al interesado, antes de tomar una decisión, que claramente lo perjudica, por eso, teniendo en cuenta dicho precepto de dichas sentencias y que fue sujeto de valoración por parte del Juez, es de observar que el demandante no se vislumbra ninguna característica que hubiere sentando en su caso particular lo hubiera hecho acreedor de una omisión respecto de las consecuencias jurídicas, al tener en cuenta que el demandante, al momento de la afiliación en 1998, pues no era beneficiario del régimen de transición. Si se analiza al momento de la afiliación, es de observar que el demandante no contaba con una expectativa legítima porque solo contaba con 337 semanas, por eso no era acreedor de una expectativa legítima de adquirir un derecho pensional. Igualmente, no se configuró omisión de mi representada al momento de constituirse la asesoría para el año 1998, en sentencia de primera instancia se hace referencia a las consecuencias jurídicas de la falta de cuadro comparativo entre los dos regímenes, siendo que para la época, si bien es cierto y teniendo en cuenta lo previsto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, si se analiza el mismo precepto normativo teniendo en cuenta todos los medios de interpretación jurídica, es de analizar que el mismo dice que la voluntad del afiliado se constatará por escrito y ello se observa en el formulario de afiliación, igualmente para la época, el Decreto 692 de 1994 no exigía ninguna documental adicional como un cuadro comparativo para tener por válida una afiliación o un traslado de régimen, es así que solo fue hasta los decreto 1748 de 2014 y 2071, en la cual se exigió una proyección y comparación entre los dos regímenes. Teniendo en cuenta que si bien en sentencia de primera instancia se hace alusión a las etapas de información durante todo el proceso, señores magistrado, se debe observar que no solo se predica la información dada al demandante antes de la afiliación sino también posteriormente, debiéndose analizar los actos de vocación de permanencia, no solo con los aportes como una ratificación sino como un medio tácito por el cual el demandante acepta durante todo el tiempo de su afiliación las características propias del RAIS. Es de tener en cuenta, como se observa en el historial del SIAFP, como un acto de vocación de permanencia se realizó la corrección al formulario de afiliación, es así, que en sentencia de primera instancia se hace alusión a la inversión de la carga de la prueba y la misma se hecha de menos ciertas características de manera general del RAIS, pero no se analizó cual fue esa información que de no haberse dicho hubiera perjudicado al aquí demandante, teniendo a consideración que solamente se tiene en cuenta que no se le hizo un cuadro comparativo teniendo en cuenta lo que ya se dijo anteriormente, igualmente, no se configura ninguna omisión respecto de las características propias del demandante, puesto que no ostenta, como lo mencioné anteriormente, algún derecho adquirido, ya se tratara de ser acreedor del régimen de transición o de una expectativa legítima, ahora, respecto de las características propias tanto del RAIS como del RPM, es de observar señores magistrados que la Ley es un hecho notorio, por lo cual no hay omisión de la información respecto de las características del RAIS y del RPM porque al ser un hecho notorio son de conocimiento público, por tanto, no es aceptable la aseveración de que se omitió haber dicho información de las características de cada régimen. Es así, señores magistrados, que teniendo en cuenta los argumentos anteriormente esbozados, se solicita revocar en su totalidad la sentencia de primera instancia, muchas gracias.

exclusivamente a la nulidad; de otra parte, solicitó revocar la condena porque la inversión de la carga de la prueba solo procede cuando el afiliado tenía características especiales por las cuales se genera daño con el traslado del RPM al RAIS y que no son informadas por la AFP, siendo que en este caso la AFP no tenía que desalentar al demandante porque no tenía régimen de transición ni una expectativa legítima, siendo que en los casos en los que no se genera daño la H. CSJ en sede tutela ya señaló que no procede revocar la sentencia que niega la ineficacia o nulidad cuando el afiliado no acredita el engaño o vicio en el consentimiento, lo que ocurrió en este caso. De forma subsidiaria solicitó que se condene a la AFP también a devolver los gastos de administración, para no desfinanciar a **COLPENSIONES**, considerando que la distribución de los aportes cambia en cada régimen y, por ende, corresponde colocar el 1,5% a favor de la Entidad, que de no estar incluido en los rendimientos deberá pagarlo el demandante conforme lo dispuesto en la sentencia SU062 de 2010² (59:19 cd fl. 195).

² Gracias su señoría. Siendo la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, que paso a sustentar. En primera medida, quiero indicar que lo aquí fallado es incongruente respecto de las pretensiones de la demanda, como se aviso al momento de presentar alegatos, puesto que en el fallo emitido se hace alusión a una ineficacia y lo solicitado por el demandante fue la nulidad, figuras que son completamente diferentes y no son sinónimos, frente lo cual hay que decir que si bien los Jueces Laborales tienen las facultades ultra y extra petita, de fallar así, ello no requiere que mi representada bajo esas facultades que tiene el honorable Despacho deba ser condenada en costas, puesto que si bien mi representada ejerció oposición a la demanda lo hizo frente a una nulidad y no frente a una ineficacia que falló el Juzgado con facultades ultra o extra petita, entonces, si mi representada no ejerció una debida oposición a lo fallado, solicitó de entrada revocar el numeral 6 de la demanda y se absuelva a mi representada y a la codemandada PORVENIR S.A. de la condena en costa, porque no ejercimos debida oposición frente a lo fallado. Así mismo, quisiera indicar que solicitó que sea revocado el fallo en su totalidad, por cuanto en el fallo se indicó que PORVENIR S.A. o los Fondos demandados no probaron teniendo la carga de la prueba de demostrar que si hicieron la suficiente ilustración, o sea, PORVENIR S.A. no ilustró en debida forma al demandante y no se mostró que se obró conforme el deber de buen consejo porque no hicieron las proyecciones necesarias y demás, como lo ha indicado en algunas sentencias la H. CSJ, en las cuales respecto del fallo aquí emitido indicó que se invierte la carga de la prueba en contra del fondo, para que el fondo demuestre que se obro de acuerdo con el deber de buen consejo so pena de que ello lleve a la ineficacia del traslado, pero al respecto, como lo indicó la apoderada de PORVENIR, cuando la H. CSJ indicó que se revierte la carga de la prueba, ha resaltado en todas y encada una de dichas sentencias, que habla de personas que tienen algunas características especiales como ser del régimen de transición por edad, tiempo de servicios o porque había cumplido alguno de los requisitos al momento de efectuarse el traslado y estaban a la espera de que se cumpliera el otro requisitos, por lo que entonces la Corte al momento de indicar que se invierte la carga de la prueba resaltó expectativas legítimas que tenían eso afiliados, como las que acabo de decir, por lo mismo al momento de indicar que el deber de información y su cumplimiento también acepta cuando se guarda silencios, en esta la Corte ha sido muy calara en especificar cuando sucede ello y es que por ejemplo la Corte se cuestionaba porque el Fondo demandando en dichas sentencias no le indicó al afiliado que el haberse trasladado de régimen por expresa normatividad de la Ley 100 perdía los beneficios del régimen de transición fue ahí cuando la Corte se cuestionó porque el Fondo no le aviso eso al demandante y porque no lo desalentó a afiliarse al fondo si ello llevaba a perder el régimen e transición, como indicó la Corte, cosa que en este caso no se dio, puesto que la AFP PORVENIR no tenía que avisarle absolutamente nada al demandante y tenía que desalentarlo al Fondo, puesto que el demandante no tenía expectativa legítima porque no era beneficiario del régimen de transición por edad. En cambio la H. CSJ en sentencia de tutela 48234 STL15356 de 2018, con ponencia del Magistrado Fernando Castillo Cadena del 05 de

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia de primera instancia conforme el precedente jurisprudencial aplicable. Por su parte, la demandada **COLPENSIONES** otorgó poder general a la sociedad MEJIA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS SAS, identificada con NIT 805.017.300, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. Laura Elizabeth Gutiérrez Ortiz, identificada con CC 31.486.436 y portadora de la TP 303.924 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, solicitó revocar la sentencia, ya que señaló que el demandante no acreditó ningún vicio del consentimiento, sin que pueda alegar a su favor el desconocimiento de la Ley, estando obligado el consumidor financiero a informarse, con el debido cuidado y atención que merece la decisión de escoger el régimen pensional, decisión libre y voluntaria de la cual se dejó prueba escrita en el formulario de afiliación. Por su parte, la demandada **PORVENIR S.A.**

diciembre de esa anualidad, revisando tutelas sobre providencias dictadas en el Tribunal Superior de Bogotá de personas que no tenía transición ni por edad ni por tiempo de servicios, la Corte indicó que no había lugar a revocar la sentencia del Tribunal que negó el traslado, puesto que en ese caso fallado, el proceso ordinario laboral del juzgado 7, 2015-1240, con ponencia de la Angela Murillo Calle de marzo de 2017, la Corte en esa oportunidad indicó que en ese proceso ordinario el afiliado no logró demostrar el supuesto engaño o vicio en el consentimiento que alega, lo que trayendo al presente caso también sucedió exactamente lo mismo, porque el demandante no arrió siquiera prueba sumaria del supuesto vicio en el consentimiento, engaño al cual hace alusión, por lo cual la consecuencia sería la misma y es decir que no hay lugar a la nulidad o ineficacia del traslado por no probar los hechos constitutivos de la demanda. Lo anterior para que sirva de fundamento para que sea revocada la sentencia en su totalidad y en su lugar se absuelva a mi representada de recibir al demandante. Termino mis recurso de apelación, señoría, no sin antes solicitar que de no ser acogido esto, honorables Magistrados, solicito sea modificado el numeral 4 de la sentencia en el sentido de que se aclare o se determine que si la AFP esta obligada a devolver todo lo que se encuentra en la CAIP del demandante a COLPENSIONES, también se deben incluir los gastos de administración, que no fueron nombrados expresamente en el numeral ni sentencia, con miras a no descapitalizar a mi demandada, quien no tuvo oportunidad durante los 20 años que estuvo el demandante afiliado en el RAIS de poder utilizar esos gastos de administración para poder administrar su propio régimen. En el mismo sentido, en atención a la sentencia SU062 de 2010, la Corte Constitucional indicó que se debe tener en cuenta al momento de efectuarse el traslado que el ahorro no podía ser inferior al monto que hubiera si nunca se hubiera trasladado al RPM, a lo que hizo referencia la Corte porque el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, la distribución del aporte en uno u otro régimen es diferente, porque en el RAIS un 1,5% se destina para el Fondo de Prestaciones de la pensión mínima y a su turno COLPENSIONES lo usa para financiar sus pensiones, por lo cual la Corte indicó que el monto para poder efectuarse el traslado, no puede ser inferior ya que si el demandante quiere retornar al RPM, debe poner a disposición ese 1,5% a favor de COLPENSIONES previo cálculo de rentabilidad que haga su última AFP para determinar si ese 1,5% se encuentra compensado en los rendimientos y de no ser así, ese 1,5% debe ser trasladado por el demandante en un término de 6 meses, por lo cual solicito que se de aplicación a dicha sentencia y a sus parámetros y se ordene al demandante trasladar ese 1,5% a favor de COLPENSIONES si quiere que sea recibido en el RPM e individualice su historia laboral. De esa manera dejo plasmado mi recurso de apelación, muchas gracias señor Juez.

otorgó poder general a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S SAS, identificada con NIT 830.515.294, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. Daniela Palacio Varona, identificada con CC 1.019.132.452 y portadora de la LT 24.291 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, solicitó revocar la sentencia, por cuanto el traslado se realizó de forma libre e informada, conforme la normatividad vigente, por lo cual el deber de buen consejo y doble asesoría no estaba aún rigiendo, siendo que la inconformidad es solo por el monto pensional, el cual no se equipara al RPM porque las características de dicho régimen no son comparables, pero en todo caso se cumple la finalidad de protección en la vejez; de forma subsidiaria, solicitó no se condene a la devolución de gastos de administración y pólizas provisionales, conforme concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia del 15 de enero de 2020.

I. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

II. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

IV. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **LUÍS ENRIQUE CARRILLO CABANA** nació el 08 de febrero de 1955 (fl. 32); **ii)** el demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 1° de agosto de 1983 al 30 de noviembre de 1994, acumulando 410 semanas conforme su historia laboral (fl. 120); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 31 de octubre de 1994 (fl. 141, 143), el cual se hizo efectivo el 1° de noviembre de 1994 (fl. 143), entidad donde permanece afiliado y donde acumuló 1305 semanas a junio de 2017 (fl. 43); **iv)** el demandante se afiliado al Fondo de Pensiones Voluntarias de **PORVENIR** el día 28 de noviembre de 2014 (fl. 142).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante

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

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación del demandante a **PORVENIR S.A.**, declaró que esta afiliado al RPM sin solución de continuidad, condenó a la AFP a trasladar cotizaciones, con sus frutos y rendimientos, hacia **COLPENSIONES**, a quien ordenó actualizar la historia laboral y condenó en costas a las demandadas.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y condenas. Indicó que la demandante no acreditó sus afirmaciones, que no era aplicable el precedente jurisprudencial, que la afiliación cumplió los requisitos normativos de la época, que hay prueba de la vocación de permanencia en el RAIS y que no puede alegar el desconocimiento de la Ley.

Por su parte, el apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y condenas. Indicó que no procede la condena en costas, que no es procedente la aplicación del precedente jurisprudencial de inversión de carga de la prueba porque no se causó daño con el traslado, por lo que debía acreditar su dicho. De forma subsidiaria solicitó condenar a la AFP a la devolución de los gastos de administración y al demandante a pagar el 1,5% restante del aporte en caso de que dicho monto no sea cubierto con los rendimientos.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a

través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR** efectuada el 31 de octubre de 1994 (fl. 141, 143), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita solo con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, si bien el demandante ha realizado aportes a la AFP demandada desde 1994, a la vez que suscribió formulario de Fondo de Pensiones Voluntarias de **PORVENIR** el día 28 de noviembre de 2014 (fl. 142), lo cierto es que tal formulario no acredita la cantidad y calidad de presunta información que suministro de forma previa el Fondo, a la vez que se concluye que no realizó aportes voluntarios conforme la relación de aportes que allegó dicha AFP no realizó ningún aporte voluntario (fl. 148 a 153), por ende, la AFP no cumplió con su carga de la carga de la prueba de acreditar que brindó una adecuada, completa y comprensible asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada.

Costas de primera instancia a cargo de la AFP, porque se declara la ineficacia del traslado toda vez que dicho fondo no acreditó el cumplimiento del deber de información con el demandante. Sin costas en esta instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **declarar** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación

pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: MODIFICAR el numeral sexto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR S.A.** a las costas de primera instancia.

CUARTO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0160-2020

Radicado N° 19 2018 00074 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demanda **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 14 de agosto de 2019, por el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó al fondo demandado a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MYRIAM CECILIA LOPEZ SERNA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la ineficacia del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 19 de noviembre de 1955, que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 16 de julio de 1976 hasta el 31 de marzo de 2000, por un total de 595 semanas, que el 9 agosto de 2000 se trasladó al RAIS administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir. Aduce que al momento de efectuar el traslado de régimen el Fondo no la asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado. Que solicitó simulación pensional ante Porvenir, quien le proyectó el valor de su mesada pensional, al cumplir la edad de 63 años por la suma de \$1.085.700; que de igual forma fue solicitada la simulación pensional ante Colpensiones, conforme a la Ley 797 de 2003, aplicando una tasa de reemplazo del 75.05% al cumplir 63 años de edad, le correspondería la suma de \$3.068.788. Dice que solicitó ante Colpensiones el traslado de Régimen, mediante radicado del 20 de noviembre de 2017 y ésta fue resuelta de manera desfavorable, que de igual manera fue elevada la solicitud ante Porvenir, quien igualmente resolvió la petición desfavorablemente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, el traslado de régimen y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, improcedencia de los intereses moratorios e indexación, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas (fls. 103 a 115).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la

edad, traslado de régimen y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 132 a 140).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 14 de agosto de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó a Porvenir a devolver a Colpensiones los valores que hubiera recibido con ocasión de la afiliación de la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado de la señora MYRIAM CECILIA LOPEZ SERNA, identificada con C.C N. 41.734.799 del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado pro LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. identificada con NIT Nª 800.144.331-3, realizado el 9 de agosto de 2000, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** DECLARAR válidamente vinculada a la demandante MYRIAM CECILIA LOPEZ SERNA, identificada con c.c. Nª 41.734.799, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES, desde el 16 de julio de 1976, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO:** CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. identificada con NIT Nª 800.144.331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de MYRIAM CECILIA LOPEZ SERNA, identificada con C.C. 41.734.799, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de conformidad con 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, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA.**”

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en el presente asunto, las AFP demandadas debían acreditar el cumplimiento del deber de información en el momento en que se efectuó el traslado de la demandante pero no se aportaron pruebas en ese sentido y por ello el traslado de régimen es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que el traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien mediante su decisión suscribió los formularios para efectuar dicho traslado, indicando que la ley 797 de 2007, establece la libre escogencia de régimen pensional, sin que esto conlleve a vicios del consentimiento, de igual forma hizo mención al artículo 1° del Decreto 3800 de 2003, referente al límite del derecho que tiene el afiliado para el traslado de régimen cuando le falten 10 años o menos para acceder a la pensión.

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que el traslado de la demandante fue una decisión libre y voluntaria y no se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento.

El apoderado de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto la AFP demandada no acreditó el cumplimiento al deber de información.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de Colpensiones.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP Horizonte hoy Porvenir, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 19 de noviembre de 1955 (fl. 91); **ii)** que la demandante estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 16 de julio de 1976 hasta el 31 de marzo de 2000 y cotizó a dicha entidad un total de 595 semanas (fls. 35 y 36); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Horizonte hoy Porvenir S.A. el 9 de agosto de 2000 (fl. 161); **iv)** que el 20 de noviembre de 2017 solicitó a Porvenir la nulidad del traslado de régimen y ésta fue negada (fls. 56 y 57); **v)** que el 20 de noviembre de 2017 solicitó a Colpensiones activar su afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fl. 53 a 55).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de

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

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar

suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **Caso concreto**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MIRYAM CECILIA LOPEZ SERNA se trasladó a la AFP Horizonte (hoy Porvenir) el 9 de agosto de 2000 (fl. 161), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 3 min. 20:00), pues ésta solo manifestó haber suscrito un formulario de afiliación a Horizonte porque recibió la visita de una asesora de la AFP Horizonte, hoy Porvenir, quien la contactó en su puesto de trabajo convenciéndola de trasladarse al RAIS, ofreciéndole beneficios superiores a los que podría obtener en el ISS hoy Colpensiones, indicándole además que el Seguro Social se iba a liquidar, dijo que no le dieron información alguna ni explicación sobre las implicaciones que tenía dicho traslado.

Tampoco se advierte nada relevante del testimonio rendido por la señora María del Pilar Rodríguez Gutiérrez, (CD 3 min. 36:58), quien indicó que conoce a la demandante porque eran compañeras de trabajo para el momento del traslado de régimen, manifestó que el traslado se surtió con ocasión de la visita de un asesor de AFP Horizonte, quien los invitó a cambiarse de fondo, aduciendo mayores beneficios que los existentes en el ISS, hoy Colpensiones, y les indicó que esta última entidad se liquidaría.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones Porvenir en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado.

En relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz,

han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como la juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Ahora bien, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, definir el término que tiene la AFP demandada para dar cumplimiento a la obligación a su cargo, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además se adicionará la sentencia en el sentido de autorizar a Colpensiones para que obtenga, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0161-2020

Radicado N° 20 2019 00001 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 12 de noviembre de 2019, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

HILDA MARINA GONZALEZ QUINTERO, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada a reliquidar la pensión de vejez, a pagar las diferencias generadas, junto con los intereses moratorios y corrientes causados y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que el 28 de mayo de 2009 el ISS hoy Colpensiones le reconoció pensión de vejez mediante Resolución N° 024126 de 2009, que mediante derecho de petición presentado el 23 de diciembre de 2016 solicitó la corrección de la su historia laboral, que por dicha corrección la entidad mediante Resolución GNR 48033 del 14 de febrero de 2017 reliquidó la pensión de vejez en cuantía de \$3.317.621 y reconoció un retroactivo pensional desde el año 2014, aplicando de manera incorrecta el término de prescripción.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión y su reliquidación, frente a los demás manifestó que no son ciertos. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia del pago de intereses corrientes e intereses moratorios, cobro de lo no debido, prescripción del retroactivo pensional y buena fe (fls. 68 a 76).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 12 de noviembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“**PRIMERO:** ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra por la señora Hilda Marina González Quintero, conforme las consideraciones anotadas en la parte motiva. **SEGUNDO:** Se condena en costas a la parte demandante. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente. **TERCERO:** De no ser apelada la presente providencia, envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta”.*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante tiene derecho al retroactivo pensional que reclama. Para resolverlo indicó que de acuerdo a los documentos aportados, operó la excepción de prescripción propuesta por la demandada, sobre el retroactivo pensional reclamado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que debe darse aplicación al principio de indubio pro operario y tenerse en cuenta el precedente jurisprudencial definido por la Corte Constitucional en sentencias C-055 de 1999 y C-022 de 1995, en la medida en que para resolver el caso bajo estudio debe realizarse el examen de razonabilidad respectivo para definir que el término de prescripción debe correr desde el momento en que la entidad demandada resolvió de manera definitiva la situación pensional de su poderdante, pues dicha entidad fue quien excedió los términos descritos en la Ley 1437 de 2011 para resolver los recursos interpuestos¹.

¹ “De manera respetuosa interpongo el recurso de apelación con base en los siguientes argumentos, de forma previa me permito señalar que de conformidad con las sentencias C 816 de 2011 el precedente jurisprudencial de las Altas Cortes es aplicable tanto en sede administrativa como en sede judicial, siendo que en el evento en que existan el mal llamado choque de trenes, es decir entre diferentes corporaciones judiciales en sede de cierre, señalen dentro de su conocimiento argumentos contrapuestos, con base en lo siguiente me permito formular los siguientes cargos. Primer cargo por la vía directa por defecto sustantivo por desconocimiento de los artículo 74, 86 y 81 de la Ley 1437 de 2011 y desconocimiento del medio de prueba documental con referencia acto administrativo N° GNR 48033 del 14 de febrero de 2017, señala el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 que el recurso de queja es facultativo de la entidad, es subsidiario del de apelación y es reconocido por el organismo que la entidad delegue para esta función, con base en los argumentos de la voluntad de la administración del acto administrativo GNR 48033 de 2017 puede evidenciarse que la entidad evidencia que la solicitud radicada por mi defendida en noviembre de 2016 no es acogida como un derecho de petición reiterativo y en consecuencia no le aplica la regulación para esta situación administrativa regulada en los artículo 20 y 22 de la Ley 1437 de 2011 sino que le aplica el mismo procedimiento del recurso de queja de conformidad con el artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, en este sentido señala que esta solicitud será estudiad bajo los parámetros del radicado N° 201614785813 dentro del cual se estudia los actos administrativos del anterior Instituto de Seguro Social, en ese sentido si bien el artículo 86 de la Ley 1437 de 2011 señala que para el estudio de los recursos en vía gubernativa el periodo es de 2 meses la omisión de este término no libera la entidad respecto del estudio extemporáneo de los mismos en cuanto a resolución, en ese sentido bien mi defendida radicó su solicitud en noviembre de 2016, es decir aproximadamente 4 años después de su solicitud radicada en 2011, esta solicitud se reitera no constituye una nueva solicitud o solicitud reiterativa sino que por el contrario, es la entidad la

Administradora Colombiana de Pensiones quien decide de conformidad con el artículo 86 de la Ley 1437 y el 74 de la misma norma aplicar el recurso de queja y en consecuencia no puede entenderse que es una solicitud independiente sino que hace parte de los mismos recursos propuestos por mi defendida el pasado 29 de septiembre de 2011, en ese sentido si bien excede por bastante y en ese sentido si la entidad excede por bastante tiempo el periodo consagrado en el artículo 86 de la norma precitada, no puede, teniendo en cuenta que incluso en la actualidad la entidad demandada ahora no encuentra liberada de los recursos de la vía gubernativa propuestas por mi defendida, para todos los efectos procesales se debe entender que este recurso constituye el agotamiento de la vía gubernativa, señala la misma norma que en sede administrativa el recurso de apelación suspende el periodo de caducidad o de prescripción de los medios de control en sede contenciosa administrativa y ordinarios en sede laboral, en ese sentido si bien el recurso de queja no constituye por sí mismo una suspensión del periodo de caducidad y o prescripción, lo cierto es que el mismo por definir la situación administrativa pensional de mi defendida se encuentra relacionado dentro del particular y en ese sentido de conformidad con la sentencia C055 de 1999 de la honorable Corte Constitucional a favor de mi defendida le es aplicable el principio del indubio pro operario, es decir, la situación más favorable para el trabajador, es decir, teniendo en cuenta la conformación de un solo cuaderno administrativo a favor de su situación pensional, el efecto de suspensión administrativo se entiende finalizado a partir de la resolución del recurso de queja a partir de la Resolución GNR 4833 del 14 de febrero de 2017, como bien lo analiza la misma entidad en los argumentos relacionados con su voluntad en el acto administrativo precitado, acto administrativo que adicionalmente por encontrarse dentro del periodo de ejecutoria, de conformidad con el artículo 88 se entiende legal, constitucional y presta mérito ejecutivo. Segundo cargo por la vía indirecta conformación de una vía de hecho por desconocimiento del precedente jurisprudencial de la honorable Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral, de conformidad con la sentencia SL731 de 2018 radicación 3333300 del magistrado ponente Rigoberto Echeverry Bueno sentencia del 14 de marzo de 2018, puede evidenciarse que la honorable Corte Suprema de Justicia a través del recuento jurisprudencial de sus propias sentencias entre la vigencia comprendida entre el 1° de enero de 2003 hasta 14 de marzo de 2018 analiza el fenómeno de la caducidad y/o prescripción en materia de seguridad social, evidencia la honorable Corte Suprema de Justicia que el paradigma de la línea jurisprudencial sufrió diferentes cambios durante el periodo de 2004 a 2008, de 2014 a 2016 y en 2017, en el siguiente sentido, inicialmente la prescripción en materia de la seguridad social, señala la honorable Corte Suprema de Justicia, si era susceptible de prescripción acogiendo la tesis de la prescripción de los tres años contados a partir de la causación del derecho y/o del nacimiento del derecho, sin embargo evidencia la Corte que en los eventos en los cuales se alegaba la no cobertura del sistema y/o fallas administrativas en la afiliación del trabajador este derecho no prescribía, toda vez que no es imputable al trabajador la carga, esta carga administrativa teniendo en cuenta el principio de favorabilidad, esto es, la situación más favorable al trabajador, de la misma forma señala la honorable Corte que igualmente en las sentencias rendidas durante 2015 y 2016 se aplicó igualmente el periodo de prescripción de los tres años, en los eventos en los cuales la solicitud no hay sido estudiada y/o no haya sido resuelta por parte de la entidad pese haber sido solicitada en ese sentido, la honorable Corte a través del estudio del principio de vocación de permanencia evidencia que si bien es cierto es una obligación de las entidades resolver las solicitudes dentro de los términos consagrados en la norma, también es cierto que no se le puede imputar al trabajador la omisión que pueda deprecar las entidades en la solución de las solicitudes planteadas, en ese sentido para todos los efectos se entiende que la seguridad social en estos eventos no prescribe, dentro del particular resalta la sentencia N° SU640 de 2019 toda vez que dentro de la misma se establece el término de prescripción trienal a favor de la seguridad social y es en ese sentido que los dos conceptos jurídicos colisionan, es decir, mientras la sentencia de la honorable Corte Suprema de Justicia precitada en aplicación del principio de favorabilidad establece las sub reglas de razonabilidad por las cuales la prescripción trienal no es aplicable en materia de seguridad social, la honorable Corte Constitucional señala que esta prescripción si es aplicable y de la misma forma establece sus propias reglas de la razonabilidad, en ese sentido habría que aplicar de conformidad con la sentencia C-022 de 1995 dentro del particular, teniendo en cuenta la colisión de los conceptos jurídicos habría que aplicar el examen de razonabilidad regulado en esta misma sentencia, a partir del planteamiento de los tres problemas jurídicos es decir, la necesidad del amparo, la idoneidad del medio de control o proceso que ampara el derecho y la necesidad del derecho fundamental al acceso de justicia, dentro del particular y en ese sentido resalta la sentencia C-055 de 1999 de la honorable Corte Constitucional en el sentido que se reitera uno de los principios aplicables a favor de los trabajadores es el

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder al Dr. JHEISSON SANTIAGO BERNAL PIAMONTE, identificada con C.C. 1.018.435.921 y portador de la T.P. 277.810 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderado sustituto de dicha entidad.

El referido apoderado, presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, pues la demandante no tiene derecho a la reliquidación que reclama.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si operó la prescripción de la acción respecto de las diferencias pensionales reclamadas por la demandante.

indubio pro operario, en ese sentido dentro del particular, teniendo en cuenta que la situación pensional de mi defendida fue consolidada a través del recurso de queja estudiado por la entidad ahora demandada, para todos los efectos el período de prescripción trienal se debe contar a partir de la definición de su situación administrativa de su situación pensional y no antes, toda vez que es la misma entidad, el Instituto de Seguros Sociales y ahora Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, ahora demandada quienes superan los términos consagrados en el artículo 86 de la Ley 1437 sin ningún argumento razonable como puede evidenciarse del estudio de los argumentos que conforman la razonabilidad del acto administrativo precitado, razón por la cual en ese sentido la sentencia emitida por el despacho concurre con lo que la jurisprudencia nacional reconoce como vía de hecho por desconocimiento del precedente jurisprudencial en este caso por inaplicación del examen de razonabilidad, muchas gracias su señoría”

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: **i)** HILDA MARINA GONZALEZ QUINTERO nació el 2 de marzo de 1958 (Cd. 93 expediente administrativo); **ii)** que durante toda su vida laboral cotizó un total de 1.813,14 semanas al ISS hoy Colpensiones (fl. 77); **iii)** que mediante Resolución N° 024126 del 28 de mayo de 2009 el ISS reconoció pensión de vejez a la demandante a partir del 1° de junio de 2009 en cuantía inicial de \$2.415.570 (fl. 31); **iv)** que mediante Resolución GNR 48033 del 14 de febrero de 2017 la demandada reliquidó la pensión de vejez de la demandante en cuantía de \$3.317.621 y pagó el retroactivo generado por las diferencias pensionales a partir del año 2017, por aplicación de la prescripción (fls. 16 a 29).

- **Sobre la Prescripción.**

Para resolver el problema jurídico planteado los artículos 488 del CST y 151 del CPT definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales cuando han transcurrido más de 3 años desde que se hayan hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez esto ocurre frente a cada mesada. Dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se advierte que la demandante solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez el día 7 de abril de 2009 (fl. 31), y ésta fue resuelta por el ISS hoy COLPENSIONES mediante Resolución N° 024126 del 28 de mayo de 2009 (fl. 31), posteriormente la actora presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la anterior decisión, los cuales fueron resueltos por la entidad mediante Resoluciones N° 017327 del 26 de mayo de 2011 y 4496 del 29 de septiembre de 2011, decisión ésta

última que fue notificada a la demandante en octubre de ese año (así consta en los actos administrativos y constancia de notificación que se encuentran dentro del CD. 2 que contiene el expediente administrativo). En este orden de ideas, según lo prevé el artículo 6° del CPL (declarado exequible condicionalmente por la sentencia C-792 del 20 de septiembre de 2006), el término de prescripción en el caso de la demandante, se mantuvo suspendido hasta octubre de 2011, fecha en que la entidad demandada notificó el acto administrativo mediante el cual resolvía el recurso de apelación interpuesto.

Como la demandante HILDA MARINA GONZALEZ QUINTERO dejó vencer el término trienal, procedía, como lo hizo la entidad en el acto administrativo que dispuso la reliquidación de la pensión, aplicar la prescripción de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 23 de diciembre de 2013, pues la solicitud de reliquidación había sido presentada el 23 de diciembre de 2016 (fls. 16 a 29).

Ahora, no puede entenderse, como lo pretende el recurrente, que el término de prescripción se mantuviera suspendido hasta el momento en que COLPENSIONES expidió la Resolución GNR 48033 del 14 de febrero de 2017 (fl. 16), mediante la cual reliquidó la pensión de la demandante, pues la vía gubernativa a la que se refiere en el recurso, se agotó con la Resolución 4496 del 29 de septiembre de 2011, que resolvió el recurso de apelación interpuesto. Si bien COLPENSIONES ordenó la reliquidación de la pensión mediante la Resolución referida, ello obedeció a una solicitud presentada por la demandante el 23 de diciembre de 2016, no porque se encontrara algún recurso pendiente por resolver, respecto de la solicitud inicial que es la única que tenía vocación de interrumpir el término prescriptivo.

Para responder los argumentos de apelación referidos a la configuración de una vía de hecho por desconocimiento del

precedente jurisprudencial constitucional, se advierte que las sentencias de constitucionalidad que el recurrente refiere, nada tienen que ver con la aplicación de la prescripción en materia de seguridad social, y si lo pretendido es que a través de esta jurisprudencia se aplique el principio de favorabilidad para definir que el término de prescripción no operó en la forma como lo definió la entidad en el acto administrativo que ordenó el pago de las diferencias pensionales, conviene precisar que la favorabilidad establecida en el artículo 21 del CST, solo opera ante la duda de aplicación de dos normas vigentes sobre la materia que se estudia, situación que no ocurre en el caso bajo estudio; y de todas formas, no puede Sala, desconocer o inaplicar las normas sobre prescripción de las acciones judiciales que regulan el ejercicio de los derechos sustanciales de ambas partes dentro del proceso judicial, pues su inaplicación respecto de una de ellas terminaría afectando los derechos sustanciales de la otra. En el caso bajo estudio, si la demandante consideraba equivocado el acto administrativo con el cual se agotó la vía gubernativa debió reclamar su anulación por un juez dentro de los términos que regula la ley, estos forman parte del derecho fundamental al debido proceso no de una sino de ambas partes.

Así las cosas, y dado que operó la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales que se reclaman en este proceso, se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0101-2020

Radicado N° 20 2018 00287 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 1° de agosto de 2019, por el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la nulidad y/o ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS y condenó al fondo demandado a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes recibidos por concepto de cotizaciones a pensión de la demandante a dicho régimen.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARTHA CECILIA OLARTE MORALES, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al

Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que la demandante nació el 14 de diciembre de 1962; que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 12 de diciembre de 1984 y cotizó a dicha entidad hasta el 30 de abril de 1996; que el 1° marzo de 1996, se trasladó al RAIS administrado por PORVENIR. Aduce que al momento de efectuar el traslado el Fondo no la asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado. Dice que solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado y que éstas resolvieron de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos los aceptó todos, exceptuando el relacionado con la omisión de brindar información sobre las implicaciones del traslado por parte de la AFP, frente al cual manifestó que no le consta. Como excepciones propuso las de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe y prescripción (fls. 47 a 58).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen y la respuesta dada a la solicitud presentadas por la demandante, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 71 a 78).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 1°

de agosto de 2019, declaró la nulidad de afiliación de la demandante al RAIS y condenó a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiera recibido por concepto de aportes a pensión de la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad efectuada por la señora MARTHA CECILIA OLARTE MORALES a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. realizada el 1° de marzo de 1996, 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:** ORDENAR a la sociedad PORVENIR S.A. FONDO DE PENSIONES Y CENSATÍAS, devolver la totalidad de aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones a pensiones de la afiliada MARTHA CECILIA OLARTE MORALES, junto con los rendimientos causados. Con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. **CUARTO:** CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR S.A. y COLPENSIONES a favor de la señora MARTHA CECILIA OLARTE MORALES, tásense por secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a cuota parte. **QUINTO:** Consúltese la decisión con el superior.

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en el presente asunto, la AFP demandada debía acreditar el cumplimiento del deber de información en el momento en que se efectuó el traslado de la demandante pero no se aportaron pruebas en ese sentido y por ello el traslado de régimen es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la Régimen de Ahorro Individual, en cuanto su decisión de traslado fue libre e informada, dice además que la demandante se encuentra dentro de una prohibición legal para regresar al Régimen de Prima Media y que la decisión de primera instancia desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al permitir el retorno de una persona que no ha cotizado a dicho régimen por más de 15 años y que tampoco ejerció ninguna acción tendiente a consultar la información¹.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

¹ “Respetuosamente interpongo recurso de apelación contra la decisión que se acaba de proferir y solicito al honorable Tribunal que se absuelva a mi representada Colpensiones de acuerdo a las siguientes consideraciones. Es importante resaltar que la demandante Martha Cecilia Olarte Morales se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, toda vez que ella misma decidió de manera libre y voluntaria con ocasión a la información a ella brindada en la asesoría por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir, que su régimen pensional estuviera regido por las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo tanto se entiende que la información a ella brindada fue suficiente para que ella tomara la decisión de trasladarse a este régimen, más aun cuando se trataba de un derecho tan importante dentro de nuestro ordenamiento jurídico, como lo es el derecho pensional, es importante señalar que para el caso la demandante se encuentra inmersa en una prohibición legal de traslado, por lo tanto la misma tiene que aplicarse en el caso y no permitir su retorno al régimen administrado por mi representada, esto es importante señalar en razón a que este principio o prohibición legal de traslado se estableció con miras a salvaguardar principios constitucionales más específicamente frente al principio constitucional de sostenibilidad financiera, por lo tanto cualquier acción que se tome dentro del sistema general de pensiones debe ser en pro de tal principio. Por lo tanto al permitir que la demandante que se encuentra inmersa en una prohibición regrese al Régimen de Prima Media administrado por mi representada, sabiendo que no ha efectuado cotizaciones al mismo por más de 15 años y que además no fue tenida en cuenta para efectuar el cálculo actuarial para conocer a futuro cuál sería su mesada de pensión en el régimen administrado por mi representada traería consigo una descapitalización del fondo común y lo que más preocuparía es que también llegaría a afectar la garantía constitucional de aquellos afiliados que si han venido cotizando al sistema al régimen administrado por mi representada de manera constante, cualquier acción que se tome debe ser en pro de salvaguardar dicho principio constitucional, por lo tanto en este proceso no se vería protegido el mismo, al permitirse que la señora Martha Cecilia Olarte Morales regrese al Régimen de Prima Media administrado por Colpensiones, el vicio que se alega aquí por parte de la demandante se basa en la información que a ella se le entregó en una proyección pensional, la cual Colpensiones no tiene conocimiento alguno, pues desconoce la información allí consignada, pero lo más importante es que las proyecciones pensionales son una mera simulación y no son derechos consolidados, por lo tanto esto no da a entender que existió dentro del proceso un vicio en el consentimiento y por lo tanto no debería declararse para el caso la ineficacia y/o nulidad efectuado por la demandante el 1° de marzo de 1996, también se le pone de presente a los honorables Magistrados que con la firma del formulario de afiliación tal como se señala, no solo en el decreto 692 de 1994 sino también en el decreto 2555 de 2010 con la firma del formulario se entiende que el afiliado acepta todas las condiciones propias del régimen al cual se está afiliando, además los afiliados al ser consumidores financieros ostentan una obligación de información, tal obligación, se pudo ver aquí en el caso, no fue cumplida por la parte demandante, pues ella no ejerció ningún tipo de acción tendiente a consultar la información a ella brindada, por lo tanto este desconocimiento de la ley por parte de la demandante, generaría que para el caso estuviéramos frente a un error de derecho, que tal cual como lo ha señalado la Corte Constitucional no vicia el consentimiento, siendo así las cosas no debería declararse la ineficacia o nulidad del traslado de la aquí demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, en estos términos dejo sustentado mi recurso de apelación”

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la AFP PORVENIR solicitó en sus alegaciones revocar la sentencia de primera instancia, pues no se dan los presupuestos para declarar la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de la actora.

Por su parte la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la Dra. YESBY YADIRA LOPEZ RAMOS, identificada con C.C. 1.022.947.861 y portadora de la T.P. 285844 del C.S.J., a quien se tiene como apoderada sustituta de dicha entidad. La referida apoderada presentó alegaciones en esta instancia. Solicita que se revoque la sentencia apelada y para el efecto reitera los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante solicita que se confirme la decisión de primera instancia, pues se encuentran acreditados los requisitos establecidos en la jurisprudencia para que opere la ineficacia declarada en primera instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 14 de diciembre de 1962 (fl. 10); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy COLPENSIONES desde el 12 de diciembre de 1984 hasta el 30 de abril de 1996 y realizó cotizaciones a dicha entidad durante 375.71 semanas (fl. 11); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE (hoy PORVENIR S.A.) el 1° de marzo de 1996 (fl. 80); **iv)** que el 16 de abril de 2018 radicó ante PORVENIR solicitud de nulidad del traslado de régimen, la cual fue resuelta de manera desfavorable (fls. 21 a 23); **v)** que el 10 de abril de 2018 solicitó a COLPENSIONES activar su afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fl. 24 a 26).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de

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

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora MARTHA CECILIA OLARTE MORALES se trasladó a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR) el 1° de marzo de 1996 (fl. 80), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el

formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se ordenará a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Dado que el juez de primera instancia no definió la devolución de los gastos de administración, para mejor proveer la Sala adicionará el numeral tercero de la sentencia y definirá la condena como corresponde.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios

que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral TERCERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo los rendimientos generados por estos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos. **ORDENAR** a COLPENSIONES actualizar la historia laboral de la demandante, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en

el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



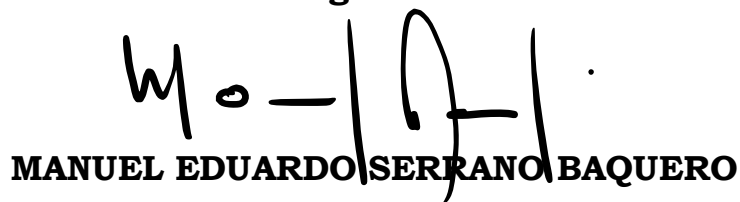
HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0168-2020

Radicado N° 21 2016 00249 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de ambas partes en contra de la sentencia proferida el 30 de abril de 2019, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y se condenó al pago de prestaciones sociales e indemnización moratoria.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA FANNY VERGARA ARENAS, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 18 de julio de 1997 hasta el 16 de enero de 2013; y en consecuencia, se condene al pago de las prestaciones legales y extralegales tales como cesantías, intereses a las cesantías, prima de vacaciones, prima de antigüedad, incrementos anuales, quinquenio, prima de servicios, prima de navidad, auxilio de alimentación, subsidio de transporte,

devolución del valor pagado por aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, indemnización moratoria, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 22 de septiembre de 1941, que firmó órdenes de prestación de servicios y contratos de arrendamiento de servicios personales de carácter privado con el Hospital Meissen II nivel entre el 18 de julio de 1997 y el 31 de enero de 2013, que realizaba labores de aseo, desinfección en las áreas indicadas y recolección de desechos en las diferentes dependencias del Hospital, que en virtud de los contratos celebrados prestó servicios de manera ininterrumpida, que el objeto de los contratos siempre fue el mismo, desempeñar labores de auxiliar de servicios generales en las instalaciones del Hospital demandado, que debía cumplir horarios de más de 8 horas de lunes a domingo, que las dependencias en las cuales prestó servicios fueron las de RX, urgencias y odontología, entre otras, que quien asignaba la dependencia y horario era el jefe de servicios generales del Hospital, que el Hospital de manera permanente le entregaba el protocolo de limpieza y desinfección, que en caso de no cumplir los turnos asignados recibía llamados de atención, que como retribución del servicio recibía el último mes de labores la suma de \$836.000, que tenía compañeras de trabajo que desempeñaban las mismas funciones y estaban vinculadas directamente con el Hospital, que sus compañeros eran beneficiarios de la Convención Colectiva de Trabajo de la entidad, que mediante solicitud presentada el 3 de octubre de 2014 solicitó a la entidad el pago de sus prestaciones sociales e indemnizaciones y mediante comunicación del 27 de octubre de 2014, la entidad resolvió su solicitud de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó los hechos relacionados con la existencia de contratos de prestación de servicios, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan: Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad,

inexistencia de la obligación y del derecho, pago, ausencia de vínculo de carácter laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes y cosa juzgada (fls. 730 a 752).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 30 de abril de 2019, declaró la existencia de un contrato de trabajo entre las partes y condenó a la demandada al pago de prestaciones sociales. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora MARIA FANNY VERGARA ARENAS y el HOSPITAL DE MEISSEN NIVEL II ESE existió una relación laboral vigente entre el 18 de julio 1997 y el 31 de enero de 2013. **SEGUNDO:** CONDENAR al HOSPITAL DE MEISSEN NIVEL II ESE a pagar a la demandante las siguientes sumas y conceptos: \$1.060.060 por concepto de auxilio de transporte, la cual deberá cancelarse de manera indexada al momento de su pago; \$1.021.163 por concepto de prima de navidad; \$436.511 por concepto de prima de vacaciones; \$9.556.458 por concepto de auxilio de cesantías; \$1.066.644 por concepto de devolución de aportes a pensión, la cual deberá pagarse de manera indexada al momento del pago. **TERCERO:** CONDENAR al HOSPITAL DE MEISSEN NIVEL II ESE la indemnización moratoria de que trata el artículo 1° del Decreto 797 de 1949, suma que para el 30 de abril de 2019 asciende a la suma de \$80.254.080. **CUARTO:** DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las restantes. **QUINTO:** ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por MARIA FANNY VERGARA ARENAS. **SEXTO:** COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Fijando como agencias en derecho la suma de \$4.000.000”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si concurrieron los elementos constitutivos de un contrato de trabajo. Para resolverlo indicó que la prueba aportada al expediente acredita que la demandante

prestó servicios al HOSPITAL MEISSEN de manera personal, continua y subordinada y por ello condenó al pago de prestaciones sociales e indemnización moratoria. Definió que la convención colectiva allegada no cumple los requisitos definidos en la norma y por ello negó las condenas relacionadas con los derechos convencionales.

III. RECURSO DE APELACION

La parte demandante interpuso recurso de apelación. Solicita que se condene a la entidad demandada al pago de los intereses a la cesantía, pues este derecho de carácter laboral es procedente teniendo en cuenta que quedó demostrado la existencia de la relación de trabajo entre las partes¹.

Por su parte la apoderada de la demandada pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones. Para sustentar el recurso aduce que entre las partes no existió un contrato de trabajo, pues no se probó dentro del proceso el elemento

¹ “Respetuosamente doctora presento recurso de apelación ante el Tribunal Superior Sala Laboral, frente a la pretensión 13 que se condene a la demandada al pago de los intereses a las cesantías desde el 18 de julio de 1997 al 16 de enero de 2013, teniendo en cuenta como lo presente en los alegatos que quedó demostrado que existe un contrato realidad de María Fanny Vergara Arenas, cada vez que firmó ordenes de prestación de servicios, como la doctora lo sustenta durante la motivación de esta sentencia y se demostró los oficios que ella también venía presentado, de acuerdo a la sentencia al en virtud del acuerdo 641 del 2016 donde quedó demostrado que hubo una fusión de empresas sociales del estado y la demandada y otros hospitales se fusionaron en empresa social del Estado denominado subred integrada de servicios de salud sur ESE, quien será esta entidad quien debe entrar a cumplir con las obligaciones que en este momento estoy apelando frente a la señora María Fanny Vergara, toda vez que quedó demostrado que ella venía realizando un contrato realidad desde esa fecha y lo más justo es que se le reconozcan estos intereses a las cesantías por cuanto siempre estuvo bajo continua subordinación y dependencia con sus jefes inmediatos, siempre tuvo como sueldo básico, no le dieron el subsidio de transporte, además la entidad demandada le exigía a esta señora desde el 18 de julio rehacer mes por mes de manera ininterrumpida los pagos al sistema de seguridad de manera independiente y en este caso es necesario tener en cuenta que el principio constitucional de prevalencia de la realidad sobre las formalidades por los sujetos de relaciones laborales, tiene plena operancia, en este asunto es evidente que la demandada optó por celebrar en este asunto diversos contratos de prestación de servicios para ocultar una verdadera relación laboral y como lo viene sosteniendo la jurisprudencia se configuraba esa relación laboral dentro de un contrato de esa modalidad el efecto normativo y garantizador del principio se concretará en la protección del derecho al trabajo y garantías laborales sin reparar en la calificación o denominaciones que haya adoptado el vínculo que la incumbe, desde el punto de vista formal, de resultar vulnerados con estos comportamientos derechos de los particulares frente a un litigio ordinario, donde también se están reclamando intereses a las cesantía por lo que nuevamente reitero que presento apelación frente a este punto, no más gracias”.

subordinación, y por el contrario quedó demostrado que la vinculación de la demandante fue a través de contratos de prestación de servicios que eran celebrados en virtud de la oferta que la actora presentaba a la entidad, que las funciones siempre correspondían a la oferta de servicios que ella realizaba y sus labores eran desarrolladas con total autonomía e independencia, dice además que la ley 10 de 1990 autoriza la contratación de personal a través de contratos de prestación de servicios, por lo que no proceden las condenas impuestas. Agrega que no procede la devolución de los pagos realizados por concepto de seguridad social en pensiones, pues dichos aportes constituían una obligación para la demandante y eran un requisito para la suscripción de los contratos de prestación de servicios.²

² Presento recurso de apelación para que ante el inmediato superior se revoque parcialmente la sentencia emitida por su despacho bajo las siguientes consideraciones. En relación al elemento de subordinación que estudió la señora juez en su sentencia, la ley 10 del 90 por la cual se reorganiza el sistema nacional de salud contempla la posibilidad de que las entidades suscriban contratos de prestación de servicios con personas naturales, es decir que aunque la demandante haya desarrollado actividades a favor de la entidad no indica que existiera el elemento de subordinación, al momento de estudiar el interrogatorio de parte rendido por la señora María Fanny Vergara fue ella también clara y enfática en indicar que ella vendía sus servicios a partir de la oferta de servicios y de su hoja de vida, en el cual ella podía establecer que actividades vendía a la entidad y la entidad de esta manera a través de los contratos de prestación de servicios que suscribió con la parte actora ofertaba también lo que podía ofrecerle a la señora María Fanny Vergara, ella también insistió en su declaración que realizaba aquellas actividades que estaban descritas estrictamente en cada uno de los contratos de prestación de servicios que suscribió con la entidad, el artículo 6° de la Ley 10 del 90, parágrafo expresa: “todas las entidades públicas a que se refiere el presente artículo concurrirán a financiación de los servicios de salud de que trata el artículo 5° de esta ley pudiendo prestar los servicios de salud mediante contratos celebrados para el efecto, con funciones o instituciones definidas como corporaciones o asociaciones sin ánimo de lucro, las entidades de que trata el artículo 22 de la ley 10 del 86 con otras entidades públicas o personas naturales que presten servicios de salud en el capítulo tercero de la presente ley, es decir, tanto la ley 100 de 1993 como la ley 10 del 90, artículo 6° parágrafo permiten suscribir contratos de prestación de servicios con personas naturales, incluso para cumplir con el objeto misional de la institución, de hecho los contratos que suscribe la entidad en general fueron para cumplir con el objeto misional de la entidad, por otro lado lo que ha quedado claro, incluso a través de la demandante es que las actividades que cumplía eran las propias de los diferentes contratos de prestación de servicios como indiqué anteriormente, queda claro que de conformidad con lo que se extracta del fallo proferido es que las funciones realizadas por la parte actora se ejercían de manera autónoma tanto en la persona demandante no tenía la necesidad ni fue sujeta a ningún tipo de orden o de instrucción, ni recibió tampoco algún tipo de llamado de atención, ni tampoco alguna anotación a su hoja de vida o algún tipo de proceso o sanción disciplinaria, en relación a la autonomía de la voluntad e independencia de la contratista, se observa que la demandante en la ejecución de sus actividades si bien debía cumplir un horario por turnos, lo cierto es que no logra demostrar de forma fehaciente que las actividades derivadas del contrato de prestación de servicios, las realizara bajo una continuada subordinación o dependencia por parte de la entidad, en esta primera parte de la apelación que presento señora juez es claro, que la entidad que represento en ningún momento obró de mala fe para con la demandante como quiera que incluso la demandante en cada uno de los contratos de prestación de servicios que suscribía podía leer claramente que estos contratos estaban fijados o se podían desarrollar de acuerdo a la ejecución presupuestal que se podía dar en cada uno de ellos, es decir que el valor del contrato era cancelado por el hospital siempre y cuando existiera una base presupuestal para poder ejecutar la carga de cada uno de los contratos de prestación de servicios, en los mismos contratos también se indicaba que no se hallaba la persona que firmaba esos contratos en ninguna de las causales de inhabilidad o incompatibilidad para celebrarlos bajo las modalidades que los pudo celebrar con la entidad, esto es, los contratos de prestación de servicios más sus prorrogas o adiciones, por lo tanto la demandante concedora de las

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se revoque parcialmente la decisión de primera instancia en cuanto negó el pago de la sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

Por su parte, la parte demandada presentó alegatos de conclusión para solicitar la absolución de su representada, para el efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso y agregó que de todas formas no procede la sanción moratoria en cuanto la entidad siempre actuó de buena fe y convencida del tipo de vinculación que tenía la demandante.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

condiciones designadas en los mismos aceptó la única alternativa contractual que le podía ofrecer la entidad, de hecho durante los 15 años y poco más que prestó servicios para la entidad la demandante nunca presentó ningún tipo de reclamación o insatisfacción en relación a la forma en como fue contratada ni mucho menos en relación con los pagos relacionados en cada uno de los contratos de prestación de servicios, en todo caso mi mandante siempre actuó de conformidad con cada uno de los contratos de prestación de servicios que suscribió con la parte actora, así las cosas considero que no se logra desvirtuar de ninguna manera o no se logra demostrar que la demandante haya trabajado para el hospital demandado y en ese sentido no se puede declarar que ha existido un contrato laboral entre la parte actora y la demandada y por tanto no es dable el reconocimiento de las sumas de dinero que la señora juez en este momento depreca como son los intereses a las cesantías, las cesantías, subsidio de transporte, prima de navidad, de vacaciones, ni tampoco la devolución de los pagos a seguridad social, teniendo en cuenta que los pagos a seguridad social eran una obligación propia de la demandante de acuerdo con cada uno de los contratos de prestación de servicios, en todo caso es importante tener en cuenta que cada uno de los contratos de prestación de servicios nació siempre y cuando existiera el presupuesto aprobado para la ejecución de cada uno de los mismos, la ley 909 de 2004 dispone en el capítulo tercero, artículo 17, planes y plantas de empleo de la siguiente manera, todas las entidades de personal o quienes hagan sus veces de los organismos o entidades a las cuales se les aplica la presente ley, deberán elaborar y actualizar anualmente planes de previsión de recursos humanos que tengan el siguiente alcance, cálculo de los empleos necesarios de acuerdo con los requisitos y perfiles profesionales establecidos en los manuales de funciones, identificación de las formas de cubrir las necesidades cualitativas y cuantitativas para el personal considerando las medidas de ingreso para su acceso, capacitación y formación, estimación de todos los costos de personal debido a las medidas anteriores y al aseguramiento de la financiación con el presupuesto asignado, en todo caso durante todo el tiempo que prestó servicios la parte actora tampoco se presentó ante la entidad con el fin de querer hacer parte de la planta de personal fija de la entidad, pues cada uno de los contratos de prestación de servicios que ella suscribió indicaban la voluntad y la aquiescencia de firmarlos bajo las consideraciones y las condiciones únicas que le podía ofrecer en ese momento la entidad, por esta razón señora juez considero que ante el honorable Tribunal se deberá revocar la sentencia emitida no teniendo por probadas ninguna de las súplicas de la demanda y por tanto no acceder al pago de las sumas reconocidas en esta sentencia de instancia, gracias”

fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de la demandada.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si entre la demandante y el HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE se ejecutó una relación laboral, y en dado caso establecer el valor de las condenas.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** la demandante estuvo vinculada al Hospital Meissen II Nivel ESE a través de contratos administrativos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1993, entre el 18 de julio de 1997 y el 31 de enero de 2013 desempeñando funciones de auxiliar de servicios generales (hecho aceptado por la demandada en la contestación de la demanda, fl. 730 cuaderno 2, fls. 428 a 430 y 476 a 478 cuaderno 1); **ii)** y que el día 7 de octubre de 2014 la demandante presentó ante la demandada reclamación administrativa. (fl. 5 cuaderno 1).

- Sobre la existencia del contrato de trabajo

Para resolver la controversia conviene precisar que conforme el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, los contratos de prestación de servicios son aquellos que celebran las entidades estatales para desarrollar actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad y sólo se podrán celebrar con personas naturales cuando dichas actividades no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados. La sentencia C-154 de 1997, estudió la constitucionalidad de la citada norma y señaló que estos contratos se caracterizan porque la prestación de servicios es para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, cuentan con autonomía e independencia desde el punto de vista técnico y científico y su vigencia es temporal.

Por su parte, el art. 2° del Decreto 2127 de 1945 -norma propia de los trabajadores oficiales-, dispone la existencia de un contrato de trabajo cuando concurren tres elementos, a saber: a.) La actividad personal del trabajador; b.) La dependencia del trabajador respecto del patrono, que otorga a éste la facultad de imponerle un reglamento, darle órdenes y vigilar su cumplimiento, la cual debe ser prolongada, y no instantánea ni simplemente ocasional; y c.) El salario como retribución del servicio.

Así mismo, el artículo 3° *ibídem* prescribe que, reunidos los elementos referidos, el contrato de trabajo no deja de serlo por el nombre que se le dé, ni por las condiciones particulares que le asigne el empleador, como la forma de pago o duración, ni de cualquier otra circunstancia. El artículo 20 de la misma norma, dispone que entre quien se presta cualquier servicio personal y quien se beneficie de éste, se presume la existencia de un contrato de trabajo, correspondiendo a éste último desvirtuar dicha presunción legal.

Definido lo anterior y descendiendo al caso bajo estudio, se advierte que no fue objeto de la controversia la prestación personal del servicio de la demandante al HOSPITAL MEISSEN II NIVEL ESE, en los extremos temporales definidos por el Juez de primera instancia y sobre los cuales no planteó oposición alguna la actora, ni el Hospital demandado, pues así lo aceptó en la contestación de la demanda (fl. 730 cuaderno 2). La demandante cumplió sus funciones en las instalaciones del Hospital demandado en el área de servicios generales, como consta en los diferentes contratos (fls. 799 a 999 cuaderno 2 y 1001 a 1185 cuaderno 3) y la certificación obrante a folios 8 a 10 del expediente, sin que la convocada a juicio desvirtuara la presunción legal que pesa en su contra. Al efecto, solo se manifestó que la vinculación de la demandante estuvo regida por varios contratos de prestación de servicios y que ésta conocía y aceptaba este tipo de vinculación, sin que se aportara prueba alguna, documental o testimonial, tendiente a demostrar la autonomía e independencia de

la actora en la ejecución de sus funciones. Si bien, la demandante rindió interrogatorio de parte (CD. 2 min. 06:39) ésta solo informó sobre las labores que debía desempeñar, que debía cumplir un horario de 8 horas todos los días, que debía pedir permisos por escrito a su jefe inmediato para ausentarse del lugar de trabajo o no asistir y en general refirió las instalaciones del Hospital donde debía prestar servicios.

Tampoco se solicitó prueba testimonial por parte de la demandada tendiente a desvirtuar la presunción que recae en su contra. Para responder el argumento de la demandada referido a que las mismas normas autorizan a la entidad a celebrar contratos de prestación de servicios cuando sea necesario para cumplir con las necesidades de la entidad, la Sala dirá que lo que queda claro de las pruebas documentales referidas es que la actividad que desarrolló la demandante se ejecutó por más de 15 años (entre el año 1997 y el año 2013), lo que descarta la temporalidad que menciona el art. 32 de la Ley 80 de 1993, pues a pesar de que esta norma permite la celebración de contratos de prestación de servicios cuando las actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad no puedan realizarse con personal de planta o requieran conocimientos especializados, solo es posible “por el término estrictamente indispensable”. Ver sentencia SL981-2019. Luego independientemente de las razones aducidas en el recurso no puede desconocerse el verdadero vínculo que unió a las partes.

Así las cosas, en aplicación del artículo 53 Constitucional que dispone la primacía de la realidad sobre las formalidades se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto declaró la existencia de una relación laboral regida por un contrato de trabajo vigente entre el 18 de julio de 1997 y 31 de enero de 2013.

Ahora sobre el argumento de apelación referido a la improcedencia de la devolución de los dineros pagados por la demandante por concepto de seguridad social en pensiones en cuanto ésta era un requisito para la suscripción de los contratos de prestación de servicios, resulta claro

que al desvirtuarse la naturaleza contractual que defendía la demandada y establecerse que la verdadera relación que se ejecutó fue laboral, procede la devolución de dichos valores en tanto, forma parte de las obligaciones a cargo del empleador de acuerdo a lo previsto en los artículos 17 y 161 de la ley 100 de 1993 realizar el pago de las cotizaciones correspondientes. Como la demandante probó con los documentos de folios 1.186 a 1.331 haber realizado dichas cotizaciones, procede la devolución de dichos valores, advirtiendo que no se estudiaran argumentos adicionales en este aspecto, pues no fueron planteados en el recurso de apelación y en consecuencia se confirmará.

- Sobre los intereses a las cesantías

Para resolver este punto de la controversia planteado por la parte demandante en el recurso, se advierte que de acuerdo a lo definido en el artículo 33 del Decreto 3118 de 1968 modificado por el artículo 3° de la Ley 41 de 1975, estos intereses se encuentran a cargo del Fondo Nacional del Ahorro y por ello no procede condena en contra de la demandada por este concepto.

Ahora bien, sobre el argumento expuesto por la parte demandante en los alegatos de conclusión, referido a que se dicta condena por la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, la Sala se abstendrá de estudiar dicho punto, pues éste no fue planteado previamente en el recurso de apelación y en virtud de lo definido en el artículo 66 A del CPL y de la SS. La decisión de segunda instancia debe estar en consonancia con las materias objeto de apelación.

En consecuencia de todo lo anterior, se confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

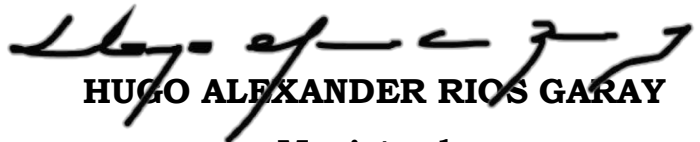
En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE




HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0149-2020

Radicado N° 21-2018-00228-01

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **JAIME ALONSO CASTILLO MARÍN**, en contra de la sentencia proferida el 08 de mayo de 2019, por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 04 de julio de 2006, declaró probada la excepción de inexistencia de voluntad de las partes de modificar las condiciones contractuales, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la parte demandante (fl. 262, 20:04 cd fl. 261).

I. ANTECEDENTES

• **CUESTIÓN PREVIA**

Mediante auto del 30 de julio de 2020 se aceptó el desistimiento de las pretensiones por parte de ARNOLD LÓPEZ CAMACHO, motivo por el cual el proceso continuó únicamente respecto del demandante **JAIME ALONSO CASTILLO MARÍN** (fl. 269).

• **DEMANDA (fl. 3 a 19).**

JAIME ALONSO CASTILLO MARÍN solicitó declarar que existió un contrato de trabajo a término fijo con la demandada, vigente a la presentación de la demanda, que se calificó una PCL del 18.45%, en consecuencia, condenar al pago de la indemnización convencional por PCL de origen laboral, intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se vinculó como trabajador de la sociedad demandada en la fecha y modalidad indicadas, vínculo que continúa vigente. Que su ARL lo calificó con una PCL del 18.45%, de origen laboral, cancelando una indemnización de \$34.338.582. Afirmó que se afilió a SINTRAIME, organización sindical con la cual la pasiva suscribió la XXVII Convención Colectiva de Trabajo, que en su artículo 87 consagró una indemnización del 150% del valor recibido conforme el artículo 209 CST, pagando su empleador \$16.554.420, cifra inferior al monto establecido convencionalmente de \$51.507.873. Señaló que el 05 de diciembre de 2017 radicó derecho de petición solicitando el pago de la anterior diferencia, solicitud que rechazó la demandada el 02 de enero de 2018.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (210 a 217).**

GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la relación laboral, la existencia de la indemnización convencional y que negó la petición del demandante. Indicó que celebró con SINTRAIME la Convención Colectiva de Trabajo XXVII, en cuyo artículo 87 acordó el pago de una indemnización equivalente al 150% de la tabla establecida en el artículo 209 CST y no respecto del Decreto 2644 de 1994, por lo cual el referente para la liquidación de dicho beneficio no es el alegado por el demandante. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones por falta de causa, enriquecimiento sin causa, pago, compensación y prescripción.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 262, 20:04 cd fl. 261).

El 08 de mayo de 2019, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(...) **PRIMERO: DECLARAR** que entre GENERAL MOTORS – COLMOTORES S.A. y los señores ARNOLD LÓPEZ CAMACHO y JAIME ALONSO CASTILLO MARÍN existe un contrato de trabajo individual de trabajo a término fijo vigente desde el 4 de julio de 2006.*

***SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción de “INEXISTENCIA DE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES DE MODIFICAR LAS CONDICIONES CONTRACTUALES” propuesta por la parte demandada.*

***TERCERO: ABSOLVER** a GENERAL MOTORS – COLMOTORES S.A., de las demás pretensiones elevadas en su contra por los señores ARNOLD LÓPEZ CAMACHO y JAIME ALONSO CASTILLO MARÍN, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.*

***CUARTO: CONDENAR EN COSTAS** a los demandantes. Por Secretaría inclúyase en su liquidación la suma de \$300.000 a cargo de cada uno de ellos y a favor de la entidad demandada, por concepto de agencias en derecho.*

***QUINTO: CONSÚLTESE** la presente sentencia con el Superior, por ser adversa a las pretensiones de la parte demandante. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si le asiste o no derecho a **JAIME ALONSO CASTILLO MARÍN** a que se declare que existe un contrato de trabajo a término fijo vigente con la demandada y que se calificó una PCL de origen laboral, para establecer la procedencia o no de condenar al pago de la indemnización convencional del 150% del valor reconocido por la ARL y demás pretensiones.

Para resolver indicó que la demandada aceptó la existencia del contrato de trabajo a término fijo, hecho que tiene soporte documental, así mismo, que está probado que el demandante es afiliado a SINTRAGMCOLOMBIA y que en la Convención XXVII entre **COLMOTORES S.A.** y SINTRAIME se extendieron los beneficios convencionales a dicho sindicato, así mismo, encontró demostrado que el demandante fue calificado con una PCL del 18,45% de origen laboral y que SURA ARL le canceló \$34.338.582 por indemnización por incapacidad

permanente parcial y que la demandada le pagó \$16.554.420 por indemnización convencional del artículo 87. Afirmó que las convenciones colectivas de trabajo, sometidas a interpretación judicial sobre su alcance, se valoran como pruebas y no como normas conforme la posición de la H. CSJ, motivo por el cual no es aplicable el principio de favorabilidad sino su valoración conforme los principios de la sana crítica, a fin de establecer la voluntad de las partes. Señaló que de un estudio histórico de las convenciones de trabajo suscritas por **COLMOTORES S.A.**, se acordó y se ha sostenido en el tiempo que la liquidación convencional se liquida conforme el artículo 209 CST, al cual se hizo alusión directa y expresa, sin que exista prueba de que tal disposición hubiera sido alguna vez denunciada, por tanto, concluyó que ha sido voluntad de las partes definir que con esa norma se iba a determinar el monto del beneficio y no con las normas que con posterioridad regularon el asunto, por cuanto el Decreto 2644 está vigente desde 1994, sin que en ningún momento las partes hubieran acordado hacer referencia al mismo en todas las negociaciones colectivas y convenciones suscritas desde entonces.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **JAIME ALONSO CASTILLO MARÍN** solicitó revocar la sentencia y acceder a las prestaciones. Indicó que si bien los jueces no deben interpretar o fijar el alcance de las convenciones colectivas, no procede estudiar las anteriores convenciones colectivas porque el derecho convencional en discusión está consagrado en el artículo 87 de la Convención Colectiva XVII, la cual en un capítulo especial habló de la integralidad de las normas legales y beneficios convencionales a favor de SINTRAGMCOL, remitiendo a las normas del Código Sustantivo del Trabajo y las normas que lo adicionen o modifiquen, lo que implicó la actualización integral de la convención, sin que el empleador se manifestará en el sentido de mantener la aplicación del artículo 209 CST, siendo que se demostró que la demandada no tiene claro que norma es la aplicable porque canceló la indemnización convencional conforme lo pretendido en la demanda a algunos trabajadores, mientras que a los demandantes les aplicó una interpretación más restrictiva, por tanto, se debe aplicar el Convenio

111 de la OIT que garantiza un trato igual, así mismo, debe prevalecer la interpretación más favorable de los acuerdo convencionales, sin que el hecho de la falta de denuncia expresa de la indemnización convencional conlleve a desconocer que las partes tienen la posibilidad de discutir puntos y modificarlos durante las negociaciones, aún de aspectos no denunciados inicialmente, por tanto, cuando se actualizó la norma al incluir el actual concepto de ARL se hizo necesario a la regulación de dichas entidades que no es otra que la legislación de la seguridad social y no el artículo 209 CST¹ (21:05 cd fl. 261).

¹ Gracias señora Juez. Me permito interponer recurso de apelación y así mismo solicitar al señor magistrado ponente se proceda a revocar la sentencia de la señora Juez, no sin antes manifestar mi respeto a la misma. Primeramente, si bien es cierto que la señora Juez hace un estudio detallado frente a la jurisprudencia convencional, en lo que corresponde a la Corte Suprema de Justicia, en un estudio detenido de que los Jueces no deben interpretar los acuerdos colectivos de las convenciones pactadas, también es cierto que me aparto de dicha interpretación que ella da en este caso. Lo primero, se hace alusión o hago yo alusión a la sentencia SL5392 de 2019, en donde la H. CSJ respaldó la decisión de instancia que señaló que no corresponde al Juez interpretar o fijar el alcance de las convenciones, en lo que estamos de acuerdo con la señora Juez, sino que no estoy de acuerdo como se interpreta frente a la convención colectiva, en donde no fue la convención XXII sino la XXVII, última que nos compete discutir en esta litis, la cual fue muy clara en su artículo 87, señor o señora magistrada ponente, donde literalmente dice que las indemnizaciones por accidente de trabajo o enfermedades laborales, convención XII de 2006 a 2007, de la cual esta transcrita: “además de las indemnizaciones que el Instituto de Seguros Sociales (EPS) o Administradoras de Riesgos Laborales (ARL) concedan, la empresa pagará al trabajador una indemnización en dinero equivalente al ciento cincuenta por ciento (150%) de lo establecido en la tabla del artículo 209 del Código Sustantivo del Trabajo”, el debate se abre en el sentido de si se interpreta la convención vigente o el espíritu de las convenciones anteriores, esta discusión, bien lo dice la señora Juez, en el capítulo especial habla de integralidad de normas legales y beneficios convencionales, dice que la integralidad de normas y beneficios convencionales, se consideran incorporadas todas las disposiciones legales pertinentes, en especial las de la XXVII Convención Colectiva de trabajo suscrita entre COLMOTORES con SINTRAIME, así mismo, las normas del Código Sustantivo de Trabajo, a eso no hizo alusión la señora Juez, también las leyes que le adiciones o modifique que sean aplicables a la República de Colombia. Cuando se dijo literalmente que todas las normas establecidas en el Código Sustantivo de Trabajo, hace referencia a toda la legislación vigente a la firma de la Convención Colectiva, no es cierto como interpretó el a quo, que la norma que se modificó correspondió solamente al concepto ARL o EPS, sino que el concepto es claro y el testigo así lo manifestó, se modifica integralmente las normas convencionales, no parcialmente señora Juez, si eso fuera así, señor o señora Magistrado, hagan el análisis que se modifica el concepto integral y entre esos entra el 209, yo interpretaría totalmente diferente a lo que dijo la señora Juez, si el 209 hubiera quedado en firme, hubiera sido totalmente este caso concreto porque la parte que tenía que manifestarse cuando se modifica la convención colectiva de forma integral a las normas del Código Sustantivo de Trabajo, no era el sindicato sino el empleador el que tenía que hacer la aclaración al 209, porque debió indicar que si se está tramitando una actualización integral de todo el artículo convencional, no se debe interpretar que sea integral sino parcial para que el 209 se mantuviera, situación que no se dio, luego el empleador guardó silencio frente a esa norma convencional, lo que permite presumir que la integralidad de la interpretación debe acogerse de manera total y no de manera parcial. Si tenemos en cuenta esta diferencia con la señora Juez, como lo ve ella y como lo vemos nosotros, la señora o señor magistrado debería entrar a mirar que aunque se manifiesta que no es correcto hacerlo, aplicar el principio frente a la norma convencional, porque si este vacío, fuera integral o parcial, debería analizarse en esta instancia. En lo que corresponde a la circunstancia que habló la señora Juez de que el artículo 209 inicial se encuentra vigente a la convención XXVII, ello no es cierto, porque lo que ha planteado la CSJ en sentencias que ha mencionado la parte demandada, la cual no se trae a colación, es que esa norma permanece vigente mientras las partes, sindicato y empresa, no la modifiquen o no la condicionen o no la aclaren, en ese sentido si podríamos aplicar la teoría de la señora Juez, porque quiere decir que la CSJ ha dicho que si ese principio de que la convención colectiva ha mantenido intacta en todas sus condiciones no podemos entrar a decir que si una norma fue derogada entonces no se va a aplicar la principal, porque se aplicaría el principio favorable al trabajador. Así mismo, señor o señora magistrada, tengamos en cuenta que lo que corresponde al concepto agravado, que no se tuvo en cuenta y no entiendo porque no se tuvo en cuenta, es que quedó demostrado tanto por el testigo, que no se desvirtuó, como así mismo en actos, es que la empresa de una u otra manera nunca ha tenido claro cual es la norma aplicable, porque se anexó al expediente algunos casos donde se demostró que la empresa sí cancelaba conforme lo que buscamos en la pretensión de la demanda, situación

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó acceder a las pretensiones, por cuanto indicó que el capítulo especial de SINTRAGMCOL dispuso la aplicación integral de las normas del CST y las leyes que lo adicionen y modifiquen, por tanto, el artículo 209 CST hoy en día debe ser interpretado conforme el

que no se vio, entonces, dese cuenta que el mismo convenio de la OIT, 111, en su apartado 11 literal indica que los trabajadores deben gozar de igualdad de trabajo y tratamiento igualitario en su contexto laboral cuando se encuentren en igualdad de condiciones y no tratos diferentes, convenio que podemos traer, como también al principio tuitivo y de favorabilidad, situación que la señora Juez no entiendo como lo fundamento, de lo cual nos apartamos para que se tenga también en cuenta esa decisión. En lo que corresponde a que no presenta duda frente a la interpretación de los acuerdos convencionales, como dije inicialmente, debe prevalecer el más favorable, en este caso, el que se actualizó, porque si se actualizó señora o señor magistrado, por qué la Juez no tiene en cuenta otras decisiones que el mismo Tribunal ha tenido claro que cuando no presenta vacíos el artículo 209 para la vigencia de la estructuración, en este caso de los demandante y se aplique el 209 para la vigencia de la solicitud del derecho, simplemente por lógica se diría que el 209 no presentaría duda para la fecha en que las partes lo actualizaron; la señora Juez manifestó que no hubo una denuncia convencional, lo cual es supremamente molesto y raya con toda interpretación jurídica, uno no tiene que denunciar una convención para discutir puntos y modificarlos, porque si eso fuera cierto, los famosos y mal usados contraplegios no tendrían efecto alguno y que yo sepa los contraplegios la H. CSJ ha asignado valor cuando se discuten en mesa, puntos que tiene relevancia constitucional sin que sea necesario haberlos denunciado sino haberlos discutido en mesa, para que tuvieran un valor y si el acuerdo se logra con mutua autocomposición producen efectos de obligatoriedad entre las partes y para los Jueces laborales, luego no es válido traer estos conceptos tan extraños, que los acuerdos que se hacen así no hayan sido denunciados no tengan un valor probatorio y más en estos casos. En lo que corresponde al punto especial de la norma convencional, de la integralidad de normas que había dicho, también solicitó que se tengan en cuenta porque esta integralidad de normas frente a una discusión de un punto que se actualiza debe ser tenida en cuenta. El concepto de ARL es muy válido, así mismo, se trae a colación y me gustaría que la señora magistrada escuchara decisiones de Salas como la del Dr. Miller Esquivel y sus magistrados, en la cual coinciden en un sentido claro y totalmente diferente al de la señora Juez de que la norma que se esta aplicando al caso determinado no presenta duda alguna en lo que corresponde al tiempo de su aplicación y se remite a la legislación del derecho del artículo 27 CC, cuando la norma que se aplique, en este caso la convención XXVII artículo 87 remite al artículo 209 CST no hay duda que se tiene que remitir a la vigencia de la ARL y la vigencia de la ARL, que yo sepa, es la Ley 1562 de 2012, Ley que trae en su interior como se deben liquidar las indemnizaciones y hace referencia a la Ley 776 de 2002, a la cual hizo referencia, lo más curioso es que ellos retoman el Decreto 2644 de 1994 donde en su parte introductoria dice que se debe liquidar el artículo 209, entonces yo no entiendo como es posible que si eso esta tan claro, el artículo 27 dice que cuando no hay duda alguna frente a esa claridad no se debe aplicar ningún espíritu, al contrario, se debe aplicar la norma como esta establecida en ese momento; esta Sala, en cabeza del doctor Miller Esquivel, ha desarrollado más de 5 o más casos favorablemente frente a esa teoría que es muy válida. Teniendo en cuenta lo anterior, de manera de conclusión, frente a todos los fundamentos que he manifestado, solicitó a la señora o señor magistrado que tenga bien claro que la norma convencional aplicable no es la que se manifestó inicialmente por la señora Juez sino la XXVII Convención, segundo, tener claro que los trabajadores demandantes se encontraban en vigencia de esa convención, tercero, que su estructuración se dio en vigencia de esa convención, cuarto, que la convención colectiva nunca ha permanecido estable y permanente frente a su contenido, sino que esta fue modificada, actualizada, en convención por autocomposición de las partes, quienes consideraron que se debía aplicar integralmente la norma convencional y como consecuencia, esta norma convencional al ser integral, debe aplicarse con la norma vigente, quinto, que se debe aplicar el concepto convencional de integralidad de normas legales y beneficios convencionales, que remite que cuando se actualiza la norma se debe tener en cuenta las normas vigentes del CST y la Leyes que lo adicionen o modifique que sean aplicables en la República de Colombia, sexto, que el señor o señora magistrada tenga en cuenta que no es cierto como dijo el a quo, que si se violó el principio tuitivo y de igualdad al quedar demostrado que algunos trabajadores si les pagaban y a otros les pagaron de forma diferente, por último, tener en cuenta que todas las normas no es cierto que deban haber una denuncia para que produzca valor de obligatoriedad cuando las partes lo modifiquen y actualicen, modificación o actualización que fue integral, en caso contrario, la parte demandada debería demostrar que se manifestó al momento de actualizarla de que el 209 tenía vigencia y que no iba a cambiar su espíritu, situación que no se dio en este caso. Por lo anterior, solicito respetuosamente al señor o señora magistrada ponente revocar la sentencia y condenar en las pretensiones incoadas en la demanda. Muchas gracias.

Decreto 2644 de 1994, situación que en caso de duda debe ser resuelta con los principio del indubio pro operario y condición más beneficiosa, así mismo, que se puede mantener la aplicación de una norma derogada solo si es mas favorable al trabajador según la H. CSJ, siendo que el derecho a la indemnización convencional se generó en vigencia de la XVII convención colectiva que ya había actualizado la norma convencional. Por su parte, la demandada **COLMOTORES S.A.** otorgó poder especial al Dr. Alejandro Miguel Castellanos López, identificado con CC 79.985.203 y T.P. 115.849 del C.S.J., a quien se le reconoce personería como apoderado principal de la demandada, quien solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, por cuanto que fue voluntad de las partes establecer, de forma expresa, que la indemnización convencional se liquidará con el derogado artículo 209 CST, sin hacer alusión alguna al Decreto 2644 de 1994, disposición convencional que no ha sido objeto de modificación en las negociaciones realizadas en los más de 16 años siguientes a la expedición de dicho Decreto.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si procede el reconocimiento a favor del demandante de la indemnización convencional consagrada en el artículo 87 de la XVII Convención Colectiva de trabajo suscrita entre **COLMOTORES S.A.** y SINTRAIME, liquidada considerando el Decreto 2644 de 1994, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el demandante **JAIME ALONSO CASTILLO MARÍN** y la demandada **GENERAL MOTORS - COLMOTORES S.A.** suscribieron contrato de trabajo “de duración temporal” el 28 de junio de 2016 (fl. 236 a 237), relación que certificó la demandada continúa vigente bajo un contrato de trabajo a término fijo (fl. 238); **ii)** la organización sindical SINDICATO DE TRABAJADORES DE GENERAL MOTORS COLMOTORES – SINTRAGMCOL certificó que el demandante se encuentra afiliado a dicho sindicato (fl. 169); **iii)** el 02 de mayo de 2017, ARL SURA realizó la calificación de PCL en primera oportunidad del demandante, determinando que padece una PCL del 18,45%, de origen laboral y con fecha de estructuración del 14 de marzo de 2017 (fl. 161 a 165), con el subsecuente pago de \$34.338.582 por concepto de indemnización por incapacidad permanente parcial (fl. 166); **iv)** **COLMOTORES S.A.** y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA, METAL-MECÁNICA, METÁLICA, METALÚRGICA, SIDERÚRGICA, ELECTROMECAÁNICA, FERROVIARIA, COMERCIALIZADORAS, TRANSPORTADORES, AFINES Y SIMILARES DEL SECTOR- SINTRAIME suscribieron el 10 de abril de 2015 la XXVII Convención Colectiva de Trabajo, con vigencia del 1° de mayo de 2015 al 30 de abril de 2017, depositada ante el MINTRABAJO el 10 de abril de 2015 (fl. 54 a 74), instrumento en el cual se suscribió el denominado Capitulo SINTRAGMCOL – GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. (fl. 74 a 76); **v)** la demandada canceló al demandante la suma de \$16.554.420 por concepto de indemnización convencional por accidente de trabajo y enfermedad profesional del artículo 87 de la XVII Convención Colectiva de Trabajo (fl. 167).

- Sobre la Naturaleza y Alcance de las Convenciones Colectivas de Trabajo.

La convención colectiva de trabajo, conforme el artículo 467 CST y el artículo 46 de la Ley 6 de 1945 para el caso de los trabajadores oficiales, corresponde al acuerdo celebrado entre el empleador o asociaciones patronales y entre uno o más sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia.

Por su parte, el artículo 469 CST establece que la convención debe celebrarse por escrito y debe ser depositada ante el Ministerio de Trabajo, a más tardar dentro de los 15 días siguientes al de su firma, so pena de no producir efectos. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que la carencia de la nota de depósito impide asignar efectos jurídicos a la convención colectiva de trabajo aportada a juicio, salvo que no exista controversia entre las partes relativa a su validez, tal y como señaló en las sentencias SL Rad. 37.572 del 22 de agosto de 2012, SL3398 de 2018, SL4792 de 2019, entre otras.

Ahora bien, la H. CSJ señaló que el artículo 467 del CST establece que las convenciones colectivas regulan las condiciones que rigen los contratos de trabajo durante su vigencia, la cual se puede prorrogar por términos sucesivos de seis meses en virtud del artículo 477 CST, mientras que el artículo 474 CST establece que la convención surte efectos aun si se disuelve el sindicato contratante. Por las anteriores consideraciones, la Alta Corporación concluyó que las convenciones surten efectos más allá de la existencia jurídica del empleador o sindicato que las suscriben, respecto de los derechos que se originaron en vigencia del contrato laboral, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 32.598 del 30 de septiembre de 2008, SL9951 de 2014, SL5341 de 2019, entre otras.

Así mismo, la H. CSJ ha sostenido que son las partes de la convención las llamadas a fijar su sentido y alcance en virtud de su libertad de negociación, sin embargo, cuando se somete la convención a apreciación judicial, la misma debe ser considerada como una prueba y, por ende, el Juez laboral podrá apreciarla conforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPTSS a fin de establecer de forma lógica y razonable su alcance, tal y como indicó en las sentencias SL4929 de 2015, SL20748 de 2017, SL3781 de 2019, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo vigente entre las partes, declaró probada la excepción de inexistencia de voluntad de las partes de modificar las condiciones contractuales, absolvió a la demandada de las demás pretensiones y condenó en costas al demandante.

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que no procede estudiar las anteriores convenciones colectivas porque el derecho a la indemnización convencional se causó en vigencia de la XVII Convención Colectiva, que estableció un capítulo a la integralidad de las normas convencionales y legales y dispuso expresamente la remisión al Código Sustantivo del Trabajo y normas que lo adiciones o modifiquen, lo que conllevó a la actualización del artículo 87 convencional, más aún porque se hizo referencia expresa a al termino ARL y ello implica aplicar la legislación que las regula, siendo que la pasiva ha reconocido a otros trabajadores la indemnización en los términos pretendidos, pese lo cual la niega a los demandantes desconociendo su derecho a un trato igual, la interpretación más favorable, sin que su no denuncia inicial permita desconocer que fue modificada durante las negociaciones.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que en el presente asunto no existe discusión entre las partes respecto de la calidad de trabajador del demandante, su afiliación activa a SINTRAGMCO, que es beneficiario de la XVII convención colectiva de trabajo suscrita entre **COLMOTORES S.A.** y SINTRAIME y del capítulo especial a favor de SINTRAGMCO, que fue calificado con una PCL del 18,45%, de origen laboral y con fecha de estructuración del 14 de marzo de 2017 y que la pasiva le pagó \$16.554.420 por concepto de la indemnización del artículo 87 de la precitada Convención Colectiva.

Así las cosas, la controversia se limita exclusivamente a establecer si le asiste o no el derecho al demandante a que el artículo 87 convencional, en lo que respecta a la remisión al artículo 209 CST

para efectos de liquidar la convención, sea interpretado en el sentido de establecer que por tal remisión ha de entenderse que incluye a las normas que adicionaron y modificaron dicho artículo, conforme los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Sea lo primero indicar que siguiendo los antecedentes normativos expuestos, la convención colectiva de trabajo, conforme el artículo 467 CST y el artículo 46 de la Ley 6 de 1945, es el pacto entre empleador y uno o más sindicatos, a fin de fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia. La convención debe celebrarse por escrito y depositarse dentro de los 15 días siguientes a su firma, conforme el artículo 469 CST.

Ahora bien, la H. CSJ ha sostenido que son las partes las llamadas a fijar el sentido y alcance de la convención, sin embargo, cuando la misma es sometida a apreciación judicial, la convención se asimila a una prueba y debe ser apreciada conforme el principio de libre formación del convencimiento del artículo 61 CPTSS, para establecer de forma lógica y razonable su alcance, tal y como indicó en las sentencias SL4929 de 2015, SL20748 de 2017, SL3781 de 2019, entre otras.

En el presente asunto, **COLMOTORES S.A.** y SINTRAIME suscribieron el 10 de abril de 2015 la XXVII Convención Colectiva de Trabajo, con vigencia del 1° de mayo de 2015 al 30 de abril de 2017, depositada ante el MINTRABAJO el 10 de abril de 2015 (fl. 54 a 74), instrumento en el cual se suscribió el denominado Capítulo SINTRAGMCOL – GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. (fl. 74 a 76).

En el precitado instrumento, las partes acordaron en su artículo 87 que además de la indemnización que reconozca el extinto ISS o ARL, la empresa pagará en caso de accidente laboral o enfermedad laboral una indemnización de dinero equivalente al 150% del valor establecido en la tabla del artículo 209 CST (fl. 72).

Reiterando la posición de la H CSJ, el sentido y alcance de la anterior norma convencional esta sujeto al acuerdo de las partes, no

obstante, éstas tienen posiciones interpretativas contradictorias, por tanto, corresponde al Juez establecer dichos aspectos valorando la convención como una prueba, bajo los postulados de la libre formación del convencimiento del artículo 61 CPTSS.

Realizando dicho ejercicio, llama la atención que la parte demandante allegó copia de las Convenciones Colectivas de trabajo suscritas entre **COLMOTORES** y SINTRAIME XXI 2001-2003 (fl.124 a 155), XXII 2006 a 2007 (fl. 77 a 123), XXVII 2015-2017 (fl. 54 a 76) y XXVIII 2017 a 2019 (fl. 30 a 53), siendo importante aclarar que si bien manifestó que el derecho convencional reclamado corresponde al consagrado en la Convención Colectiva XXVII, lo cierto es que un análisis histórico en conjunto de todas las anteriores convenciones colectiva permite observar que en todas ellas se acordó el pago de la indemnización reclamada liquidada conforme el artículo 209 CST.

Lo anterior permite inferir que no obstante que el testigo Sr. LUIS EDUARDO PARRA, en su calidad de presidente de SINTRAIME desde hace más de 10 años al momento de rendir su declaración, manifestó que lo usual es que aproximadamente cada 2 años se realizan procesos de negociación colectiva a fin de actualizar la convención colectiva suscrita con **COLMOTORES**, lo cierto es que no se observa, desde 2001, que se haya modificado la redacción de los artículos que consagraron la denominada indemnización por accidente o enfermedad laboral para cesar la referencia expresa al artículo 209 CST, tal y como se aprecia de la lectura del artículo 88 de la Convención XXI (fl.153), artículo 85 de la Convención XXII (fl. 120), artículo 87 de la Convención XXVII 2015-2017 (fl. 72vto) y artículo 86 de la Convención XXVIII (fl. 50), a pesar de que al momento de suscripción de cada una de ellas ya se encontraba vigente el Decreto 2644, el cual fue publicado en el Diario Oficial 41.620 del 30 de noviembre de 1994, lo que permite inferir, de forma razonable, la ausencia de voluntad de las partes de cesar la referencia al artículo 209 CST por otra normatividad para efectos de liquidación del derecho convencional reclamado.

En lo que respecta al argumento de que en el denominado Capítulo SINTRAGMCOLO – GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. (fl. 74 a 76) implicó la actualización integral del artículo 87 de la XXVII Convención Colectiva de Trabajo, al disponer que se entienden incorporadas todas las disposiciones convencionales y las normas del CST y las leyes que lo adicionen o modifiquen a favor de los afiliados de SINTRAGMCOLO, a juicio de la Sala tal disposición debe entenderse en el sentido de dicha estipulación no es otro que garantizar a los afiliados de dicha organización sindical la aplicación, en igualdad de condiciones con los afiliados de SINTRAIME, al disponer de forma expresa la aplicación a su favor de todas las normas convencionales y las normas del CST, con sus adiciones y modificaciones.

En tal sentido, al momento de valorar el texto del artículo 87 convencional, conforme el principio de libre formación del convencimiento y bajo los parámetros de la sana crítica, concluye la Sala que la interpretación dada a dicha disposición, en su carácter de prueba, por parte de la *a quo* no resulta notoriamente desatinada, por cuanto se tiene que dicho beneficio extralegal, para su liquidación, por lo menos desde 2001, remite expresamente al artículo 209 CST, norma que a pesar de encontrarse derogado tácitamente por el Decreto Ley 1295 de 1994, tal y como concluyó la H. Corte Constitucional en la sentencia C-184 de 2010, no ha sido modificada por las partes como parámetro de liquidación del derecho convencional, a pesar de que desde 1994 esta vigente el Decreto 2644 de 1994.

La Sala aclara que la anterior conclusión no implica el desconocimiento de los principios de favorabilidad, por cuanto a juicio de esta Corporación la norma convencional bajo estudio es clara en su intención, espíritu y tenor literal al remitir expresamente a una norma derogada a fin de liquidar la indemnización convencional, aspecto que no ha variado en el tiempo pese las múltiples negociaciones colectivas surtidas entre las partes. De otra parte, no se observa una vulneración del principio de igualdad, por cuanto de las pruebas aportadas por la parte demandante no se observa que el valor pagado a NELSON ORTEGÓN RUBIO por parte de la demandada de \$12.344.753 (fl. 156) sea el 150% del valor que le pagó la ARL de \$4.937.901 (fl. 157 a 158),

ni que el valor pagado por la demandada en 2012 a ARNOLD LÓPEZ CAMACHO de \$9.540.050 (fl. 159) se corresponda al 150% del valor pagado por la ARL de \$7.555.335 (fl. 160), lo que implica que no existe prueba de la afirmación de **COLMOTORES S.A.** si efectuó el pago de la indemnización convencional conforme lo pretendido y luego cesó dicho reconocimiento al aplicar otra interpretación.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0165-2020

Radicado N° 22 2018 00264 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandas **COLFONDOS y COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 7 de octubre de 2019, por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó a COLFONDOS a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

SILVANA CAICEDO OLIVERA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** con el fin de que se declare la nulidad del

traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que la demandante nació el 26 de septiembre de 1960, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 21 de julio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2001, para un total de 149.14 semanas, que el 1° de enero de 2002 se trasladó al RAIS administrado por el Fondo de Pensiones y Cesantías COLFONDOS S.A., que al momento de efectuar el traslado de régimen el Fondo no la asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado. Que solicitó ante Colfondos, el traslado de Régimen, mediante radicado del 24 de agosto de 2017 y esta solicitud fue resuelta de manera desfavorable, que de igual manera con fecha 7 de mayo de 2018, elevó solicitud ante Colpensiones, quien igualmente resolvió la petición desfavorablemente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la fecha de afiliación al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, el traslado de régimen y la solicitud de traslado presentada, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (fls. 126 a 150).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad de la demandante, la solicitud de traslado de régimen y la respuesta dada a la solicitud, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de

inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad y buena fe (fls. 69 a 96).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de octubre de 2019, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante y condenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones los valores que hubiera recibido con ocasión de la afiliación de la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“**PRIMERO.** Declarar la ineficacia del traslado efectuado por la señora Silvana Caicedo Olivera, c.c. número 25.611.850 al RAIS, acaecido el 27 de noviembre del 2001 conforme quedo expuesto en esta sentencia. **SEGUNDO.** Ordenar a Colfondos S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quién está la obligación de recibirlos y efectuar los ajuste de la historia laboral de la promotora conforme quedo explicado anteriormente. **TERCERO.** Declarar no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. **CUARTO.** Condenar en costas a Colfondos S.A. Fijense como agencias en derecho la suma \$1.500.000. **QUINTO.** Se ordena la consulta de la presente sentencia, en favor de Colpensiones, como lo tiene es sentado el artículo 69 del código procesal del trabajo y de la seguridad social”.*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en el presente asunto, la AFP demandada debía acreditar el cumplimiento del deber de información en el momento en que se efectuó el traslado de la demandante pero no se aportaron pruebas en ese sentido y por ello el traslado de régimen es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de COLFONDOS pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en la ley 100, aduce que se encuentra cobijada por una prohibición legal expresa, considera además que no resulta procedente la aplicación de la jurisprudencia porque no se encontraba vigente para la época de la afiliación de la demandante. Solicita que se evalúe la tasación de las agencias en derecho realizada en la sentencia de primera instancia¹.

El apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que la demandante se encuentra dentro de una prohibición legal, señalada por la ley que no ha sido condicionada o excepcionada, de igual manera solicita revisar el acervo probatorio, porque a su modo de ver no se logró demostrar la falta del deber de información por parte de la AFP, ni tampoco vicios en el consentimiento².

¹ “Señor juez respecto de la decisión erigida, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá, en los siguientes términos: en primer lugar, reitero mi argumentación relacionada con que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición establecido en la ley 100, en modo a lo anterior, se encuentra cobijada por una prohibición legal expresa, en tercer lugar, ruego se tenga en cuenta que en virtud del debido proceso y la legalidad, no resulta procedente la aplicación de la jurisprudencia y legislación vigente para la época de la afiliación del demandante y finalmente someto a su consideración el pleno cumplimiento a la normatividad al momento en que se efectuó el traslado y como consecuencia de ello se evalué la tasación de las agencias en derecho realizadas en la sentencia”.

² Su señoría, interpongo el recurso de apelación ante el TSB, en su especialidad Sala Laboral, para que los magistrados que integren la Sala a la cual por reparto corresponda, revoquen la sentencia proferida el día de hoy, entre tanto considera este apoderado judicial, que en primera medida la aquí demandante se encuentra dentro de una prohibición legal ya mencionada en los alegatos de conclusión, prohibición legal que la ley señala, que no ha sido derogada pero tampoco en la misma ley ha sido condicionada o excepcionada y en ese sentido es un lineamiento legal que se debe cumplir a rajatabla, toda vez que por mandato constitucional la ley será a la cual los jueces se someterán a su imperio totalmente y la jurisprudencia no es más que un criterio auxiliar para emitir sentencias judiciales. En tal sentido considero también que el Despacho de los Honorables Magistrados deberá analizar el acervo probatorio arrimado a este proceso, entre tanto no se logra demostrar la falta del deber de información por parte de la AFP privada, ni tampoco el vicio en el consentimiento de la demandante, toda vez que ella

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal de COLFONDOS sustituyó poder al Dr. FRANCISCO JOSE MOLANO ACHURY, identificado con C.C. 1.023.929.755 y portador de la T.P. 313751 del C.S.J., a quien se tiene como apoderado sustituto de dicha entidad.

El referido apoderado presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

El apoderado de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia aduciendo que el traslado de la demandante es válido.

El apoderado de la demandante presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, con fundamento en que se dan los presupuesto definidos por la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

misma confiesa haber suscrito el formulario de afiliación de manera voluntaria y libre y en ese sentido pues no cabría entonces en este proceso el retorno al régimen de prima media con prestación definida; en tal sentido dejo esgrimido mi alegato para que la decisión sea revocada en segunda instancia.

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP Colfondos, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 26 de septiembre de 1960 (fl. 3), **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 21 de julio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 2001, para un total de 149.14 semanas (fl. 15); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Colfondos el 1° de enero de 2002 (fl. 97); **iiii)** que el 24 de agosto de 2017 solicitó a Colfondos la nulidad del traslado de régimen, la cual fue negada (fls. 5 a 8); **v)** que el 7 de mayo 2018 solicitó a Colpensiones activar su afiliación al RPM y ésta fue resuelta de manera desfavorable (fl. 13 a 14).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con

el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora SILVANA CAICEDO OLIVERA se trasladó a la AFP COLFONDOS a partir del 1° de enero de 2002 (fl. 97), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 3 min. 08:11), pues ésta solo manifestó haber suscrito un formulario de afiliación a Colfondos porque en una charla realizada por un asesor de Colfondos a los empleados de la empresa para la que laboraba, le ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener en el ISS hoy Colpensiones, indicándole además que el Seguro Social se iba a liquidar, dijo que no le dieron información alguna ni explicación sobre las implicaciones que tenía dicho traslado.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del

deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para COLFONDOS S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019

y SL 1688-2019). Como el juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Ahora bien, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, definir el término que tiene la AFP demandada para dar cumplimiento a la obligación a su cargo, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en

el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0166-2020

Radicado N° 23 2018 00620 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 27 de mayo de 2019 por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MIGUEL ANGEL MARTINEZ SALAMANCA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P. Y LA EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA**. Solicita que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 2 de septiembre de 2013 hasta el 27 de noviembre de 2017; que el 20 de febrero de 2014, fue trasladado a la oficina de control interno disciplinario y le fueron modificadas las funciones asignadas; que desde el 24 de abril de 2015 hasta el 27 de noviembre de 2017, desempeñó las mismas funciones asignadas a la trabajadora **CARMEN PAOLA**

PACHECO BERRIO, que no le realizaron el reajuste salarial correspondiente. En consecuencia pide que se condene a las demandadas a la reliquidación de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones cotizaciones a pensión, indemnización moratoria, sanción por no consignación de las cesantías a un fondo e indexación.

Fundamentó las pretensiones en que en el año 2012 las demandadas suscribieron contrato interadministrativo N° 1-07-10200-08009-2012 de 2012 con el objeto de *“Realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C., bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP”*; que se vinculó con la Empresa Aguas de Bogotá mediante contrato individual de trabajo por duración de la obra desde el 2 de septiembre de 2013 como auxiliar de PQR; que el 19 de febrero de 2014, solicitó traslado a la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario; que mediante memorial del 24 de febrero de 2014, fue trasladado a esa oficina, asignándole nuevas funciones propias del cargo; que el 9 de enero de 2015, la empresa formalizó mediante formato de perfil del cargo y competencias las funciones propias de los trabajadores en el área de Control Interno Disciplinario; que fue reconocido como trabajador de esa área con la instrucción impartida mediante correo electrónico del 29 de mayo de 2015; que ese mismo día, fue reconocido como sustanciador del área referida y se remitió la instructiva interna CCD 002 informando la fecha de vacaciones y solicitando adelantar el máximo de decisiones disciplinarias en casos de exceso de velocidad, mismas funciones designadas a la trabajadora Carmen Paola Pacheco Berrio, que en la evaluación anual de mejoramiento continuo por el periodo comprendido entre el 21 de octubre de 2014 y el 20 de octubre de 2015 obtuvo un puntaje de 128 sobre 135 posibles; que el puntaje obtenido por la trabajadora Carmen Paola Pacheco Berrio fue similar.

Informa que el 30 de noviembre de 2015 solicitó a la demandada nivelación salarial y pago del retroactivo correspondiente en razón a que desempeñaba las mismas funciones de la trabajadora Carmen Paola

Pacheco Berrio, quien devengaba un salario superior, que no recibió respuesta a tal solicitud, que la trabajadora referida para el año 2015 devengaba la suma de \$3.011.033 mientras que su salario era de \$1.531.649, cuando realizaban las mismas funciones, que mediante comunicación del 27 de noviembre de 2017, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo; que el 28 de noviembre le entregaron el proyecto de liquidación final por la suma de \$6.491.130 y solo le fue consignada la suma de \$5.226.573.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó el vínculo laboral con el demandante y frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos. Propuso como excepciones las de cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado, pago y compensación (fls. 96 a 106).

La **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ.** Se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a los hechos aceptó el referente al contrato interadministrativo suscrito con Aguas de Bogotá y frente a los demás manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe de la demandada y mala fe del demandante (fls. 128 a 139).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 27 de mayo de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA S.A. ESP de las pretensiones incoadas por el demandante MIGUEL ANGEL MARTINEZ SALAMANCA, por las razones expuestas.
SEGUNDO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de las

*demandadas. **TERCERO:** REMITIR el expediente al Tribunal para surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, en caso de no ser apelada por éste”.*

El Juez definió el problema jurídico en determinar si se dan los presupuestos del principio trabajo igual salario igual respecto del demandante y la trabajadora que refiere en la demanda. Para resolverlo indicó que de acuerdo a la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia al trabajador le corresponde acreditar la existencia de diferencia salarial y la identidad del cargo, mientras que las razones objetivas de la diferenciación deben ser acreditadas por el empleador. Concluyó que si bien el actor acreditó una diferenciación salarial respecto de Carmen Paola Pacheco Berrio, con quien desempeñaba las mismas funciones, lo cierto es que ésta se dio porque la trabajadora había sido trasladada al área donde trabajaba el actor por presuntas conductas de acoso laboral en su contra, y devengaba un salario superior porque el cargo que venía ocupando era el de coordinadora y no podía la entidad desmejorarle el salario por un traslado de dependencia.

III. RECURSO DE APELACION

La parte demandante interpuso recurso de apelación. Solicita que se condene a la entidad demandada teniendo en cuenta que en el proceso se demostró el trato diferenciado de que fue objeto el actor en materia salarial y que independientemente de que la entidad justifique su trato discriminatorio en que la empleada Carmen Paola Pacheco Berrio fue trasladada al área de control interno disciplinario por una presunta conducta de acoso laboral en su contra, lo cierto es que ha debido realizar la reubicación en un área donde le garantizara similares o superiores condiciones y no donde pasara a desconocer derechos laborales fundamentales del demandante y otros 6 trabajadores¹.

¹ “Su señoría me permito presentar recurso de apelación contra la decisión antes expuesta por las siguientes razones. En primer lugar por el mismo artículo 10 que usted mencionó del CST de que todos los trabajadores y trabajadoras son iguales ante la ley, tiene la misma protección y garantías en consecuencia queda abolido cualquier tipo de distinción por razón

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la demandada AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP. Presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

de carácter intelectual o material de la labor su forma o retribución, el género o sexo, salvo las excepciones establecidas por la ley, ahora bien usted nos da la razón en que nosotros cumplimos con la carga probatoria pero manifiesta de que la demandada demostró objetivamente esta discriminación salarial que tenía frente a la señora Carmen Paola y mi mandante por un presunto acoso laboral del que ella ya venía. Al respecto me permito manifestar que cuando se trata de una conducta de acoso laboral o cualquier otro fuero laboral reforzado esta reubicación debe desarrollarse bajo los mismos o mejores beneficios correspondientes al cargo que ya venía ocupando, hecho que claramente como usted lo manifestó no quedo demostrado en este proceso, pues ella estaba asignada como supervisora a gerencia general mas no a una coordinación interna y mucho menos disciplinaria, ahora bien, no hubo ninguna reestructuración organizativa que es la supuesta razón objetiva por la que utilizó la demandada para no igualar los salarios de todos los 6 trabajadores que estaban en el área de control interno disciplinario, un derecho de acoso laboral no puede llegar a trasgredir los derechos laborales y mucho menos el principio de igualdad de seis trabajadores más cuando era la demandada la encargada de reubicarla a la trabajadora en un puesto de igual o mejores condiciones, caso que no está comprobado en este proceso, como bien se mostró ella estaba en un puesto a cargo de la gerencia general y no de control interno disciplinario, de otro lado como bien usted lo manifestó en su fallo esta empresa tenía una constante desorganización en la denominación de cargos, sin embargo quedó demostrado que Miguel Ángel Martínez y Carmen Paola Pacheco desempeñaron las mismas funciones sin importar de que ella viniera de un presunto acoso laboral, pues insisto este derecho fundamental o de estabilidad laboral reforzada no puede trasgredir los demás derechos de seis trabajadores más como ocurrió en este caso y al respecto me permito manifestar y recordar que en materia salarial ya la Corte se pronunció para determinar los eventos en los cuales ella debe ser igual entre dos trabajadores y esto ocurre cuando ejecutan la misma labor, cuando tienen la misma categoría, cuando cuentan con la misma preparación, condición en el horario y funciones son iguales tal y como quedó demostrado en el testimonio que se aportó en este proceso, por último me permito poner de presente la sentencia T 545 de la sexta de revisión de la Corte Suprema de Justicia sobre el presunto desconocimiento del principio trabajo igual, salario igual que dice lo siguiente: “el empleador debe otorgar y garantizar la igual de trato en la relación laboral, no obstante, tal y como lo ha conocido esta Corporación en múltiples oportunidades no se trata de establecer una equiparación matemática del trabajador, pues este principio es objetivo y no informal él se predica de la identidad de los iguales y de la diferencia entre los desiguales, por lo tanto no toda desigualdad en materia salarial constituye una vulneración de la constitución, pues se sigue aquí la regla general la cual señala que el trato diferente solo se convierte en discriminatorio cuando no obedece a causas objetivas y razonables y no es objetivo ni razonable poner encima un derecho fundamental de una trabajadora sobre los derechos fundamentales y laborales de 6 trabajadores más y en este caso de mi defendido, razón que hace que la diferencia se fundamenta en criterios inválidos y que trasgreden los principios constitucionales, laborales y los mismos convenios de la OIT, no es más su señoría.

La apoderada de la demandada Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá presentó alegatos de conclusión. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto si bien se acreditó la existencia de una diferencia salarial no se probó que éste fuera por un trato discriminatorio sino que obedeció a razones objetivas.

Por su parte la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si se presentó una desigualdad salarial injustificada por parte de la demandada, en los términos que define la ley y la jurisprudencia, en relación con la remuneración de la trabajadora Carmen Paola Pacheco Berrio que se aduce en la demanda.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre el demandante y AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP existió un contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada desde el 2 de septiembre de 2013 hasta el 27 de noviembre de 2017 (fls. 76, 107 y 108); **ii)** que desempeñó el cargo de Auxiliar de PQR (fl. 107); **iii)** que el último salario devengado por el actor corresponde a la suma de \$1.731.426 (fl. 78); **iv)** que mediante comunicación del 27 de noviembre de 2017 la demandada dio por terminado el contrato al

actor sin justa causa y realizó el pago de la indemnización respectiva (fl. 76 y 78).

- **Sobre la Nivelación Salarial**

Al efecto, el artículo 143 del CST dispone el derecho de los trabajadores a recibir como remuneración la que corresponde a la labor desarrollada en condiciones de igualdad con quienes cumplen la misma función y con similar eficiencia. Con esta disposición el legislador fijó parámetros bajo los cuales un empleador puede hacer distinciones salariales entre trabajadores por diferencias en las funciones o diferencias en la eficiencia.

Sobre este punto se ha pronunciado reiteradamente la Corte Constitucional para definir que solo cuando existen diferencias objetivas entre los servidores que cumplen la misma función se podrá disponer un salario diferencial², razones que la Constitución Política, en el artículo 153 definió, al establecer el principio de igualdad salarial como el derecho que tienen los trabajadores a recibir una *“remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y la calidad del trabajo”*.

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha dicho reiteradamente que quien pretende una nivelación salarial por aplicación del principio a trabajo igual salario igual, debe demostrar que existe otro trabajador en el mismo cargo con similitud de funciones y eficiencia. También dijo esa Corporación que de acuerdo a la modificación introducida por el artículo 7 de la Ley 1496

² Sentencia SU-517 de 2009 y *“Toda distinción entre las personas, para no afectar la igualdad, debe estar clara y ciertamente fundada razones que justifiquen el trato distinto. Ellas no puede proceder de la voluntad, el capricho o el deseo del sujeto llamado a impartir las reglas o a aplicarlas, sino de elementos objetivos emanados cabalmente de las circunstancias distintas, (...) [PUES] si dos trabajadores ejecutan la misma labor, tienen la misma categoría, igual preparación, los mismos horarios e idénticas responsabilidades, deben ser remunerados en la misma forma y cuantía, sin que la predilección o animadversión del patrono hacia uno de ellos pueda interferir el ejercicio del derecho al equilibrio en el salario, garantizado por la Carta Política en relación con la cantidad y calidad de trabajo”*.

de 2011 al artículo 143 del CST, según la cual “*todo trato diferenciado en materia salarial o de remuneración, se presumirá injustificado hasta tanto el empleador demuestre factores objetivos de diferenciación*”, se invierte la carga de la prueba y de este modo al trabajador solo corresponde probar el trato discriminatorio en los términos referidos y al empleador justificar la razón de ese trato discriminatorio (Sentencias. SL, 5 feb. 2014. Rad. 39858, SL 17462-2014, SL 3165-2018).

Teniendo en cuenta los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales, para que proceda la nivelación salarial que se pide en este proceso corresponde a la parte demandante acreditar que CARMEN PAOLA PACHECO BERRIO desempeñaba el mismo cargo con similitud de funciones y eficiencia para que se invierta la carga de prueba y sea la demandada, quien acredite las razones que justifican el trato discriminatorio.

Una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, se observa que el demandante inició la prestación del servicio a la demandada Aguas de Bogotá como Auxiliar de PQR (fl. 40), que posteriormente por solicitud del actor fue trasladado a la Oficina de Control Interno Disciplinario a partir del 24 de febrero de 2014 (fl. 42), donde no se realizó ningún cambio en la denominación de su cargo y para agosto de 2016 devengaba la suma de mensual de \$1.615.890 (fl. 71).

De la documental aportada también se deduce que CARMEN PAOLA PACHECO BERRIO se desempeñaba en Aguas de Bogotá como Supervisora de la Gerencia Jurídica del proyecto aseo desde el 12 de febrero de 2013; que el día 24 de abril de 2015, fue asignada a la Coordinación de Control Interno Disciplinario, sin cambio alguno en la denominación del cargo y para julio de 2016 devengaba la suma mensual de \$3.122.442 (fl. 67).

De los documentos referidos se deduce claramente que el demandante y CARMEN PAOLA PACHECO BERRIO ocupaban cargos

diferentes dentro de la demandada AGUAS DE BOGOTÁ, y aun cuando ambos trabajadores desempeñaban las mismas funciones al ser trasladados a la Oficina de Control Interno Disciplinario, según lo acreditan las certificaciones de folios 67 vto., 68 y 71, éstos devengaban un salario distinto que había sido fijado desde el inicio de la relación laboral y de acuerdo al cargo para el cual habían sido inicialmente contratados.

En efecto, el testigo JESUS ANTONIO CARDENAS BENAVIDES (CD. 1 audio 1 min. 37:45), en la diligencia manifestó ser el Coordinador de la Oficina de Control Interno Disciplinario de Aguas de Bogotá y constarle que el demandante y CARMEN PAOLA CHAPARRO BERRIO trabajaban en la misma área y desempeñaban las mismas funciones, que todos los trabajadores de esta dependencia tenían denominaciones de cargos distintos aun cuando cumplían funciones similares porque la empresa nunca realizó formalmente los cambios. También informó que CARMEN PAOLA CHAPARRO devengaba un salario superior porque venía trasladada de un área de gerencia y su traslado se había dado por presuntas conductas de acoso laboral en su contra y teniendo en cuenta que no podía disminuirse su salario por el traslado de dependencia se le mantuvo la asignación que venía devengando.

De dichas pruebas, no se deduce la existencia de un trato discriminatorio en materia salarial frente al demandante respecto de la persona citada, por el contrario, lo que advierte la Sala es una razón objetiva sobre la diferencia salarial que tenían los dos trabajadores referidos, en la medida en que si bien CARMEN PAOLA realizaba las mismas funciones que el actor en la Oficina de Control Interno Disciplinario, su salario fue fijado al inicio de la relación laboral, teniendo en cuenta las funciones que ésta desempeñaba como Supervisora de la Gerencia Jurídica, luego su remuneración se basó en las condiciones de eficiencia y desempeño del cargo que ocupaba inicialmente y para el cual había sido contratada.

Ahora, si bien CARMEN PAOLA CHAPARRO fue reubicada posteriormente por presuntas conductas de acoso laboral en su contra, como lo manifestó el testigo y el mismo demandante en el interrogatorio de parte que absolvió (CD. 1 audio 1 min. 16:06), y se envió a la Oficina de Control Interno Disciplinario, donde terminó realizando las mismas funciones del actor, ésta venía con unas condiciones salariales que habían sido fijadas con anterioridad y no precisamente teniendo como parámetros las funciones que iba ejecutar en esta área, sino aquellas que estaban definidas para el cargo de Supervisora de la Gerencia Jurídica, de modo que no fue una conducta caprichosa y voluntaria del empleador que estos trabajadores tuvieran una diferencia salarial, pues en virtud de la reubicación de que fue objeto CARMEN PAOLA, la demandada no podía desmejorar sus condiciones laborales.

De acuerdo a lo dicho, a juicio de la Sala no obedeció a una decisión arbitraria del empleador que dos trabajadores tuvieran una asignación salarial distinta cuando materialmente desempeñaban la misma actividad, pues claro está de las pruebas aportadas al expediente, que ello fue con ocasión de la reubicación de la trabajadora con la que el actor se compara y quien previo a su reubicación desempeñaba funciones que no son equiparables a las que el actor ejecutaba (fl. 62), y que finalmente eran las que se habían tenido en cuenta para fijar el salario de quien había sido contratada y había realizado funciones diferentes a las que ambos trabajadores cumplían en la Oficina de Control Interno Disciplinario. Así lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 4362-2020, al resolver un caso similar.

Por lo anterior, y dado que está suficientemente claro que no existía un trato discriminatorio por la diferenciación salarial de los dos trabajadores, sino que ésta diferencia estaba amparada en una causa legítima y razonable, como lo fue la reubicación de la trabajadora con quien se compara el actor, se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0159-2020

Radicado N° 23-2018-00698-01

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIÓN – COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 19 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante con su afiliación a **PORVENIR S.A.**, condenó a dicha AFP a retornar las sumas de la CAIP, sin descuento por gastos de administración ni ningún otro concepto y declaró como afiliación válida al RPM la de **COLPENSIONES**, absolvió a la **UGPP** y condenó en costas a la AFP (fl. 304 a 305, 57:45 cd fl. 306).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 168 a 195).**

DILSA QUINTERO VILLAREAL solicitó declarar la nulidad o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a

PORVENIR S.A., en consecuencia, condenar a dicha AFP a trasladar el saldo de su CAIP, sin deducción por gastos de administración, hacia **COLPENSIONES** o de forma subsidiaria hacia la **UGPP** y ordenar a la Entidad que corresponda reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad y actualizar su historia laboral, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 14 de mayo de 1961, que se afilió desde mayo de 1990 al RPM administrado por la extinta CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL; que el 30 de mayo de 2002 se trasladó el RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, sin que dicha AFP brindara información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que el 15 de marzo de 2016 solicitó a la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA informar sobre los programas de capacitación de promotores de AFP, frente lo cual se le informó que antes del 2011 no existen tales planes. Señaló que el 16 de febrero de 2018 solicitó a la AFP anular su afiliación, petición que fue rechazada; el 21 de febrero de 2018 y el 06 de noviembre de 2018 solicitó a **COLPENSIONES** la nulidad de su afiliación, quien no dio respuesta; de otra parte, el 09 de octubre de 2018 la AFP cumpliendo un fallo de tutela realizó proyección pensional de que a los 57 años en el RAIS sería de \$1.052.100 y de que en el RPM sería de \$6.480.100. De otra parte, indicó que el 06 de noviembre de 2018 solicitó a la **UGPP** similares peticiones, siendo rechazadas por dicha Entidad

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y que rechazó la última petición de nulidad que presentó. Indicó que el traslado y afiliación a la AFP son válidas, no acreditó ningún vicio del consentimiento, no era beneficiaria de régimen de transición ni tenía ninguna expectativa legítima al traslado, reafirmando su voluntad con sus muchos años de permanencia en el RAIS. Interpuso las excepciones de 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 genérica (fl. 214 a 228).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad y peticiones que le radicó la demandante. Indicó que los elementos de prueba acreditan que la actora se afilió de forma libre y voluntaria a la AFP; sin que demuestre ninguna causal de nulidad, traslado que se efectuó conforme derecho y sin que se demuestre que le hubiera generado ninguna lesión al momento en que se realizó; en todo caso, manifestó que en caso de retornó al RPM no es la **UGPP** la llamada a reactivar dicha afiliación conforme el Decreto 2196 de 2009. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción, imposibilidad de condena en costas y la genérica (fl. 231 a 257).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solo contestó la demanda pero no su reforma. Se opuso a las pretensiones salvo las relativas a la **UGPP**. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante y su traslado del RPM al RAIS y las solicitudes de la demandante. Indicó que el traslado y afiliación a la AFP se realizó con el lleno de los requisitos y la demandante no acreditó ningún vicio del consentimiento ni la omisión del deber de información por cuanto la afiliación estuvo precedida de una debida asesoría. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe y la innominada o genérica (fl. 112 a 121).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 304 a 305, 57:45 cd fl. 306).

El 19 de febrero de 2020, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante **DILSA QUINTERO VILLAREAL** a régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.*

***SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a devolver o trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la **DILSA QUINTERO VILLAREAL**, como cotizantes, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado del régimen pensional.*

***TERCERO: DECLARAR** que la demandante **DILSA QUINTERO VILLAREAL**, para los efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por las razones expuestas.*

***CUARTO: ABSOLVER** a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de la sentencia.*

***QUINTO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.*

SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a la demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

***SÉPTIMO: ORDENAR** así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA** ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a **COLPENSIONES**. (...)”*

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la forma como se efectuó el traslado del RPM al RAIS para

establecer si se puede o no declarar su ineficacia, para determinar si puede o no considerarse afiliado al RPM y demás pretensiones.

Para resolver indicó que la afiliación al RAIS es controvertida por la demandante, quien manifestó que hubo falta de información por parte de la AFP, siendo relevante que CAJANAL era la entidad a donde estuvo afiliada, sin embargo, desde el 1 de agosto de 2001 realizó aportes a COLPENSIONES, única entidad que regula el RPM, por ende, absolvió a la UGPP. Afirmó que el derecho a la libertad de escogencia de régimen pensional se funda en la debida información, so pena de ineficacia, siendo que la prueba de la diligencia le corresponde a quien debe emplearla, por ende, es la AFP quien tiene la carga de la prueba en tal sentido. Revisado el expediente, afirmó que la demandante se trasladó del RPM al RAIS en julio de 2002, siendo que la H. CSJ indicó que la AFP debe brindar asesoría completa sobre las características de cada régimen e informar las consecuencias de traslado en el caso particular del potencial afiliado y que opera la inversión de la carga a favor del afiliado, deber que esta desde la creación de las AFP, sin que exista prueba de que se suministró dicha información necesaria y relevante, lo que no se demuestran con un formulario preimpreso. Declaró la ineficacia, ordenó la devolución de la CAIP y gastos de administración ni ningún otro concepto. Declaró que la pretensión es imprescriptible. Costas a cargo de la AFP que suscitó la ineficacia.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** solicitó revocar la condena a la devolución de los gastos de administración. Indicó que dicho cobro no es caprichoso sino que tiene sustento en la Ley 100 de 1993, los cuales fueron destinados en un amplio porcentaje al pago de los seguros provisionales, porcentaje que ya no esta en posesión del Fondo, por lo que ordenar su devolución genera un perjuicio¹ (00:43 cd fl. 306).

¹ Interpongo recurso de apelación parcial en cuanto la condena a devolver los gastos de administración causados, porque no son caprichosos sino tienen sustento jurídico en la Ley 100 de 1993 y devolverlos genera un perjuicio en contra de la AFP porque tales descuentos fueron destinados en un amplio porcentaje en las pólizas del seguro provisional de invalidez y muerte, porcentaje que fue depositado en la aseguradora y ya no están en posesión del Fondo.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Indicó que no hay prueba de vicios del consentimiento ni dolo, no se generó ninguna lesión con el traslado porque la demandante no tenía ni un derecho adquirido, ni expectativas legítimas, ni derecho a su retorno conforme la sentencia Su-130 de 2013, siendo que la inconformidad en el monto pensional no es prueba de engaño o información errada por parte del Fondo, siendo que el demandante, en su interrogatorio, evidenció que conoce características del RAIS; por tanto, hubo descuido de la demandante pero no engaño² (01:38 cd fl. 306).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto indicó que se resolvió el litigio conforme la jurisprudencia de la H. CSJ aplicable a la ineficacia del traslado de régimen pensional. La apoderada sustituta de **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia, alegando falta de prueba de vicios del consentimiento o dolo, inexistencia de perjuicio por falta de régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima al momento del traslado, improcedencia de aplicar de forma retroactiva las normas que actualmente regulan el deber de información e imposibilidad de considerar el reparo sobre el monto pensional como prueba de engaño o información errónea por parte de la AFP, siendo que la demandante no puede retornar por la restricción de edad y porque ello atenta contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema. La apoderada sustituta de la **UGPP** solicitó confirmar la sentencia, por cuanto indicó que la demandante al momento de su

² Recurso de apelación. No existe elementos que acrediten vicios del consentimiento o dolo, ni expectativa legítima porque la demandante tenía menos de 750 semanas al momento del traslado y le faltaban 25 años para pensionarse y no tenía los requisitos señalados en la Sentencia SU-130 de 2013 para su retorno en cualquier tiempo, por tanto, deberá someterse a los mandatos del régimen al cual se afilió de forma voluntaria con la AFP. Solicitó considerar la sentencia del Tribunal Superior de Pereira 20168701 del 17 de enero de 2016, donde indicó que la inconformidad del valor de la pensión no es prueba de que el traslado fue fruto de engaño o equivocada información, falencias que no se probaron frente a Porvenir, siendo que en su interrogatorio la demandante manifestó que se le informaron algunas características del RAIS como pensión anticipada, rentabilidad y el ahorro de los aportes, siendo que para esa fecha solo debía dar información de las condiciones al momento del trasladarse, siendo que hubo descuido de la demandante pero no engaño.

traslado estaba afiliada a la extinta CAJANAL, cuyos afiliados fueron trasladados al ISS hoy **COLPENSIONES** en virtud del Decreto 2196 de 2009. Finalmente, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia, por cuanto alegó la falta de prueba de vicios en el consentimiento, no procede aplicar el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ni se demostró causal de ineficacia conforme el artículo 899 CCO, siendo que si se acreditó la voluntad de permanencia en el RAIS con el formulario de afiliación y los años de permanencia, no se pueden imponer cargas no vigentes a la fecha de traslado, de forma subsidiaria, solicitó aplicar el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 para determinar los valores que deben ser devueltos por la AFP y el artículo 1746 CC ordena la devolución de los gastos de administración solo cuando se acredita mala fe, lo cual no ocurrió, por ende, no procede la devolución de gastos de administración y primas de seguro, porque no pertenecen al afiliado y no financian su pensión, además que se desfinanciaría el sistema permitiendo el retorno al RPM.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar sí el traslado pensional de la demandante al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR**, cumplió con los requisitos

sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **DILSA QUINTERO VILLAREAL** nació el 14 de mayo de 1961 (fl. 29); **ii)** la demandante estuvo afiliada al RPM a través de la extinta CAJANAL entre enero de 1991 con su vinculación a la Rama Judicial del Poder Público (fl. 31); posteriormente la demandante estuvo vinculada a **COLPENSIONES** a partir del 1 de mayo de 1998 al 30 de junio de 2002, Administradora donde acumuló 197,29 semanas conforme su historia laboral (fl. 95); **iii)** la demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a **PORVENIR** el 30 de mayo de 2002 (fl. 124), el cual se hizo efectivo el 1° de julio de 2002 (fl. 123), Fondo donde permanece afiliada y donde acumuló 822 semanas cotizadas al RAIS a agosto de 2018 (fl. 38).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de

suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como

requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la demandante con su afiliación a **PORVENIR S.A.**, condenó a dicha AFP a retornar las sumas de la CAIP, sin descuento por gastos de administración ni ningún otro concepto y declaró como afiliación válida al RPM la de **COLPENSIONES**, absolvió a la **UGPP** y condenó en costas a la AFP.

La apoderada de **PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la condena a la devolución de gastos de administración, indicando que tal cobro tiene sustento legal y que se destinaron en un amplió porcentaje al pago de los seguros provisionales.

A su vez, el apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que no se acreditó vicio del consentimiento ni dolo, no se generó ninguna lesión con el traslado de la demandante, que no tiene derecho al retorno en cualquier tiempo y que la inconformidad sobre el monto pensional no es prueba de engaño o información incorrecta, más aún cuando en su interrogatorio la demandante evidenció conocer el RAIS.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante indicar que en los alegatos de conclusión, el apoderado principal de la AFP demandada presentó argumentos que no fueron en su momento incluidos en la sustentación del recurso de apelación, por tanto, esta Corporación se abstendrá de pronunciarse sobre los mismos habida cuenta que es lo dicho en el recurso de apelación lo que fija la competencia del Juez colegiado, conforme el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

La jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente caso, no existe prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante la afiliación a **PORVENIR** efectuada el 30 de mayo de 2002 (fl. 124), la demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y

negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita solo con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

No desconoce esta Sala que la demandante, en su interrogatorio, manifestó que los aportes en el RAIS generan rentabilidad y la posibilidad de pensionarse a una edad anticipada a la establecida en el RPM, sin embargo, tales manifestaciones no equivalen a un conocimiento completo de las características, ventajas y desventajas de cada régimen pensional y las consecuencias de la decisión de traslado del RPM al RAIS en el caso particular de la demandante, sin que las pruebas documentales aportadas demuestren la cantidad y calidad de presunta información que suministro de forma previa el Fondo, por ende, la AFP no cumplió con su carga de la carga de probar que brindó una adecuada, completa y comprensible asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro.

Así las cosas, esta Sala confirmará la decisión en primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PORVENIR** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP de la demandante hacia **COLPENSIONES**.

Teniendo en cuenta que se también se conoce la sentencia de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta y que a su vez fue objeto del recurso de apelación, respecto de los gastos de administración y comisiones debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR**, según el tiempo de vinculación de la demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989

del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR los demás numerales de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0174-2020

Radicado N° 27 2017 00300 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, contra la sentencia proferida el 6 de noviembre de 2019, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se condenó a la demandada a reliquidar una pensión de sobrevivientes.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

VIRGINIA NARVAEZ TOLE, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada a pagar el acrecimiento de la mesada de pensión de sobrevivientes a partir del año 2002, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que mediante Resolución N° 5608 del 2000 le fue reconocida una pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su cónyuge ADAN DURAN OSUNA en cuantía del 50%, que el otro 50% fue reconocido en favor de sus hijos LORENZO, WILSON y MARIA ISABEL DURAN NARVAEZ y a favor de la otra hija del causante MIREYA DURAN CARDOZO, que una vez éstos cumplieron la mayoría de edad la entidad no demandada no acreció como correspondía el valor de la mesada pensional, que el 8 de octubre de 2013 solicitó a COLPENSIONES el pago del 100% de la pensión y ésta mediante Resolución GNR 384263 del 31 de octubre de 2014 resolvió de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión y la solicitud presentada. Como excepciones propuso las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 34 a 40).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 6 de noviembre de 2019, condenó a la demandada a reliquidar la pensión de sobrevivientes que recibe la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

*“**PRIMERO:** CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a reliquidar la pensión de sobrevivientes que cancela a la señora VIRGINIA NARVAEZ TOLE a partir del 8 de junio de 2014 en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a pagar a la señora VIRGINIA NARVAEZ TOLE la suma de \$27.295.951 por concepto de las diferencias mensuales causadas entre el 8 de junio de 2014 y el 31 de octubre de 2019 y las que se causen con posterioridad, hasta que tales diferencias sean incluidas en nómina, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.*

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones a indexar el valor de cada diferencia en la mesada pensional debida a la señora VIRGINIA NARVAEZ TOLE, desde cuando cada uno se hizo exigible hasta cuando el pago de la obligación se efectúe, conforme lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO:** DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las de inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo no debido formuladas por Colpensiones. **QUINTO:** CONDENAR en costas a la demandada en la suma de \$3.000.000 como agencias en derecho”.

La Juez definió el problema jurídico en determinar si la demandante tiene derecho al acrecimiento de la mesada pensional que reclama. Para resolverlo indicó que los documentos aportados al expediente acreditan que la demandada COLPENSIONES suspendió el pago de la porción de la mesada pensional que correspondía a MIREYA DURAN CARDOZO en calidad de hija del causante desde junio del año 2012, porque ésta no acreditó la condición de estudiante, por ello definió que la demandante tiene derecho al acrecimiento de su mesada pensional desde esta fecha. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las diferencias causadas con anterioridad al 8 de junio de 2014.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante pide que se revoque parcialmente la sentencia. Fundamentó el recurso en que no es procedente declarar probada de manera parcial la excepción de prescripción, pues si bien la actora presentó la reclamación a COLPENSIONES el día 8 de octubre de 2013, lo cierto es que la demandada solo dio respuesta mediante la resolución del 31 de octubre de 2014 y por ello el término debe contarse desde ésta última fecha¹.

¹ “Como apoderada de la parte demandante manifiesto que interpongo recurso de apelación parcial contra la sentencia dictada anteriormente, esto puntualmente frente a la prescripción parcial que se emitió frente a la mesada de junio de 2012 a la mesada de junio de 2014, porque si bien es cierto la señora demandante presentó reclamación administrativa el 8 de octubre del año 2013, no es menos cierto su señoría que la Resolución que desató y que puso fin a la petición requerida por la señora Virginia Narváez Tole se dio solo hasta Resolución GNR 4832 del 31 de octubre de 2014, fecha en la cual queda establecida o finalizada ese tipo de reclamación administrativa y desde

Por su parte el apoderado de la demandada presentó recurso de apelación para que se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia. Para sustentar el recurso aduce que de acuerdo al principio de inescandibilidad de la norma no procede el acrecimiento que se reclama.²

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la Dra. MONICA ESPERANZA TASCO MUÑOZ, identificada con C.C. 1.018.451.024 y portadora de la T.P. 302.509 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderada sustituta de dicha entidad.

La referida apoderada, presentó alegatos solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que no es procedente ordenar el acrecimiento de la mesada pensional de la demandante, en tanto MIREYA DURAN CARDOSO aún se encuentra activa en el sistema como hija del causante porque no ha cumplido 25 años de edad y si bien no ha acreditado su condición de estudiante, para poder acrecer la mesada de la actora se debe contar

ese momento es que debería a la señora Virginia Narváez Tole, corrérsele los 3 años posteriores a la presentación de la demanda y no desde la fecha de la reclamación, puesto que desde esa misma fecha la señora no estaba facultada para demandar de manera inmediata a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, entonces su señoría para que el Tribunal Superior Sala Laboral modifique parcialmente el numeral primero de la sentencia, en cuanto no se ordene el reconocimiento de esa reliquidación desde el 8 de junio de 2014 sino desde junio del año 2012, donde la última hija de la señora Mireya fue la que recibió o percibió la pensión como hija del causante, situación ésta, que como lo dije deberá tomársele desde la Resolución que puso fin a la reclamación en el año 2014 y no desde la presentación de la reclamación, entonces así dejo presentada mi apelación, muchas gracias.

² “Su señoría igualmente hago intervención del recurso de apelación respecto de que como lo manifesté dentro de los alegatos de conclusión el incremento pensional al que hace referencia la parte demandante, es de igual manera, como lo reitero dentro de la Ley 100 de 1993 y no es procedente porque de acuerdo al principio de inescandibilidad de la norma no cabe la posibilidad de hacer la liquidación de la mesada pensional a partir del 8 de junio de 2014, tal como lo dijo su señoría porque ésta como lo dije anteriormente, forma parte de la Ley 100 de 1993 e iría en contra igual del derecho como tal, de igual manera señora juez solicito se tenga en cuenta para los fines pertinentes el cobro de lo no debido, debido a que siempre las mesadas pensionales fueron canceladas como se probó dentro del último oficio allegado por Colpensiones, muchas gracias”

con una manifestación bajo la gravedad de juramento de dicha beneficiaria de que no tiene la condición de estudiante.

Por su parte, la apoderada de la parte demandante en sus alegatos, solicita que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la contestación de la demanda.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si la demandante tiene derecho o no al acrecimiento de la mesada de pensión de sobrevivientes.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de la controversia que: **i)** El ISS hoy COLPENSIONES mediante Resolución N° 005608 del 23 de noviembre de 2003 reconoció una pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de ADAN DURAN OSUNA en proporción del 50% a VIRGINIA NARVAEZ TOLE en condición de compañera supérstite y el 50% restante en favor de los hijos del causante (fls. 8 y 9); **ii)** que WILSON DURAN NARVAEZ, hijo del causante nació el 19 de marzo de 1988 (fl. 13); **iii)** que MARIA ISABEL DURAN NARVAEZ nació el 30 de septiembre de 1991 (fl. 14); **iv)** que LORENZO DURAN NARVAEZ nació el 6 de octubre de 1984 (fl. 12); **v)** que MIREYA DURAN CARDOSO nació el 24 de mayo de 1994 (fl. 25); **vi)** que la demandante solicitó a la demandada el acrecimiento de la mesada pensional el 4 de diciembre de 2014 (fls. 19 y 20); **vii)** que

mediante Resolución GNR 384263 del 31 de octubre de 2014 la demandada resolvió de manera desfavorable la solicitud (fls. 17 a 18).

- **Sobre el acrecimiento de la mesada pensional.**

Para resolver el problema jurídico planteado el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, define en el literal C) como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

“c) Apartes tachados INEXEQUIBLES> Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes ~~y cumplan con el mínimo de condiciones académicas que establezca el Gobierno;~~ y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, ~~esto es, que no tienen ingresos adicionales,~~ mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuándo hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993”.

De dicha norma se deduce que la pensión de sobrevivientes reconocida a los hijos de un causante no es de carácter vitalicio, sino que subsiste mientras perduren las causas que define la norma, por ello una vez cesa el derecho reconocido en su favor, este porcentaje estará destinado a acrecer la mesada reconocida a otros beneficiarios, como ocurre en el caso bajo estudio, a la compañera permanente del causante. En este sentido se pronunció la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL 5002-2019.

En dicha providencia dijo la Corte que cuando cesa el derecho al pago del porcentaje de la mesada pensional reconocida a los hijos del causante, este porcentaje debe acrecer la mesada pensional reconocida a otros beneficiarios de la pensión. Dice esa Alta Corporación que cuando se trata de los hijos, la entidad de

seguridad social que reconoció la prestación debe acreditar si el derecho pensional se mantuvo luego de que cumplieran la mayoría de edad.

En este sentido, corresponde a la Sala verificar si el derecho pensional reconocido en proporción del 50% a WILSON DURAN NARVAEZ, LORENZO DURAN NARVAEZ, MARIA ISABEL DURAN NARVAEZ y MIREYA DURAN CARDOSO, en calidad de hijos del causante ADAN DURAN OSUNA cesó, para que proceda el acrecimiento que reclama la demandante en su condición de compañera permanente supérstite.

Revisadas las pruebas aportadas al expediente se advierte que LORENZO DURAN NARVAEZ nació el 6 de octubre de 1984 (fl. 12), de lo cual se deduce que su derecho pensional ya cesó, en cuanto cumplió 25 años de edad el 6 de octubre de 2009; frente a WILSON DURAN NARVAEZ se advierte que nació el 19 de marzo de 1988 (fl. 13), y que pese a que cumplió 25 años de edad el 19 de marzo de 2013, según certificación expedida por COLPENSIONES y que obra a folios 70 a 72 del expediente, éste fue retirado de nómina desde el mes de noviembre del año 2008 por no acreditar su condición de estudiante; sobre MARIA ISABEL DURAN NARVAEZ se advierte que nació el 30 de septiembre de 1991 (fl. 14) y según certificación expedida por COLPENSIONES el último pago girado por concepto de mesada pensional fue en el mes de septiembre de 2011, y con posterioridad no se le efectuó pago alguno por no acreditar la condición de estudiante (fl. 88 y vto.); finalmente frente a MIREYA DURAN CARDOSO se advierte que nació el 24 de mayo de 1994 (fl. 25) y que el último pago efectuado por concepto de mesada pensional se realizó en el mes de mayo del año 2012 porque la beneficiaria no acreditó su condición de estudiante, pues así lo certificó COLPENSIONES (fl. 92 vto.).

Así las cosas, concluye la Sala que la última mesada girada a los beneficiarios del causante por su condición de hijos, fue en el

mes de mayo del año 2012, porque aun cuando MIREYA DURAN CARDOSO cumplió la edad de 25 años el 24 de mayo de 2019, nunca recibió el pago de las mesadas posteriores al cumplimiento de la mayoría de edad por no acreditar su condición de estudiante.

Por ello procede el acrecimiento de la mesada pensional en favor de la demandante a partir del 1° de junio de 2012 en cuantía total de un salario mínimo legal mensual vigente (valor que corresponde al 100% de la mesada pensional), fecha en que cesaron los pagos por el 50% restante de la mesada pensional que se pagaba en favor de los hijos del causante. El valor del retroactivo causado por las diferencias deberá pagarse de manera indexada, como lo dispuso la sentencia de primera instancia.

Sobre la excepción de prescripción declarada parcialmente por la juez de primera instancia y que es objeto del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se advierte que VIRGINIA NARVAEZ TOLE solicitó el acrecimiento de su mesada pensional a COLPENSIONES el 8 de octubre de 2013 (fl. 6) y que la demandada mediante Resolución GNR 384263 del 31 de octubre de 2014 negó la solicitud realizada, por ello el término de prescripción previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPL y SS, inició a correr nuevamente desde esta última fecha y dado que la demanda se presentó el 8 de junio de 2017, no operó la prescripción de las diferencias aquí reclamadas. Teniendo en cuenta que la juez de primera instancia declaró probada esta excepción de manera parcial, como se dijo, para mejor proveer se revocaran los numerales primero y segundo de la sentencia de primera instancia para dictar la condena como corresponde y se modificará el numeral cuarto que definió la prosperidad de la excepción.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los numerales PRIMERO y SEGUNDO de la sentencia de primera instancia; en su lugar, CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a acrecer la mesada pensional de la pensión de sobrevivientes de VIRGINIA NARVAEZ TOLE en un 50% adicional a partir del 1° de junio de 2012 y en cuantía total de un salario mínimo legal mensual vigente, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia en cuanto declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y en su lugar declararla no probada.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0173-2020

Radicado N° 27 2017 00674 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 11 de diciembre de 2019, por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos por la afiliación de la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

YULY DEL CARMEN CEPEDA CAMACHO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de 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**, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del

Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 4 de marzo de 1962, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 5 de junio de 1991 hasta el 28 de febrero de 1995, que el 16 de enero de 1995 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS, que no le dieron información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado, que en junio de 2000 se trasladó de la AFP PORVENIR, donde el informaron que tenían mejores rendimientos y le ofrecían una mejor negociación del bono pensional. Dice que ninguno de los fondos fue claro y no le brindaron información que le permitiera decidir de manera objetiva, pues las manifestaciones que realizaron al momento del traslado no eran ciertas porque su mesada pensional terminaría siendo inferior en el RAIS. Aduce que suscribió formulario de traslado al RPM y éste fue negado por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (fls. 61 a 73).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones

laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 99 a 107).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso la de validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (fls. 131 a 141).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 11 de diciembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora YULY DEL CARMEN CEPEDA CAMACHO del RPM administrado por COLPENSIONES al RAIS administrado por COLFONDOS y el que posteriormente efectuó a PORVENIR, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora YULY DEL CARMEN CEPEDA CAMACHO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: ORDENAR** a COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora YULY DEL CARMEN CEPEDA CAMACHO al RPM y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento y prescripción formuladas por COLPENSIONES; falta de causa para pedir e

*inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa formuladas por PORVENIR S.A.; y las de validez de la afiliación a COLFONDOS, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción formuladas por COLFONDOS S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO:** CONDENAR a las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho”.*

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, las AFP demandadas tenían la carga de probar el cumplimiento de la obligación de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la nulidad del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Aduce que el acto de traslado de la demandante cumplió con la totalidad de los requisitos legales y por ello es un contrato válidamente efectuado. Pide que en caso de que se confirme la decisión de primera instancia se ordene también la devolución de los gastos de administración, pues éstos forman parte del aporte realizado y que son producto del acto ineficaz.

Por su parte la demandada PORVENIR pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que debe tenerse en cuenta la buena fe de esta entidad en cuanto el traslado de régimen se efectuó ante otra administradora, que la demandante manifestó en el interrogatorio de parte que sabía algunas características del RAIS y que su cambio de AFP había sido motivado porque los rendimientos

de Porvenir eran superiores, luego si conocía el funcionamiento de este régimen. Por otra parte, solicita que no se atienda la solicitud de COLPENSIONES referida a que se ordene la devolución de los gastos de administración, pues este cobro lo realizan las AFP por su gestión en la administración de los aportes y por mandato legal. Aduce finalmente que no le corresponde a PORVENIR asumir el pago de costas en cuanto la falta al deber de información se predica respecto de la entidad que efectuó el traslado de régimen.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de PORVENIR presentó sus alegaciones. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia de traslado de la demandante y que de todas formas no procede la devolución de los gastos de administración.

La apoderada de COLPENSIONES presentó alegaciones, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia reiterando al efecto los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, pide en sus alegatos que se confirme la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, pues se acreditaron los requisitos definidos en la jurisprudencia para la procedencia de la ineficacia solicitada.

El apoderado de COLFONDOS no presentó alegaciones en segunda instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que

fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 4 de marzo de 1962 (fl. 20); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 5 de junio de 1991 hasta el 31 de agosto de 1995 (fl. 81); **iii)** que el 13 de enero de 1995 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS (fl. 142); **iv)** que el 1° de julio de 2000 se trasladó a la AFP PORVENIR (fl. 108); **v)** que en julio de 2017 solicitó su afiliación al RPM a COLPENSIONES y esta entidad resolvió de manera desfavorable su solicitud (fl. 28).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También dijo la Corte que

para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora YULY DEL CARMEN CEPEDA CAMACHO se trasladó a la AFP COLFONDOS el 13 de enero de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 2 min. 05:49) ésta solo afirmó que cuando trabajaba en el IFI, algunos asesores de COLFONDOS habían acudido a sus puestos de trabajo para ofrecer el cambio de régimen informándoles que el ISS se iba acabar y que en dicho fondo tendrían mejores condiciones pensionales y que era muy conveniente el cambio para personas jóvenes.

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por

parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreado para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima

media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Dado que la juez de primera instancia no definió la devolución de los gastos de administración, para mejor proveer la Sala adicionará el numeral segundo de la sentencia y definirá la condena como corresponde.

Precisa la Sala frente a este último aspecto, que la AFP COLFONDOS deberá asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en este Fondo y en este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e

imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Para responder el argumento de apelación del apoderado de PORVENIR S.A. referido a que la entidad no tiene responsabilidad sobre la falta del deber de información por parte de COLFONDOS, lo cierto es que tampoco acreditó el cumplimiento de dicho deber al momento en que la actora realizó el traslado de AFP, además la consecuencia de la ineficacia, como se dijo, es retrotraer las cosas al estado en que se encontraban y ello conlleva necesariamente que el traslado de AFP que se realizó con posterioridad al traslado de régimen también lo sea.

Sobre la condena en costas, conviene precisar que PORVENIR se opuso a las pretensiones de la demanda y por ello en los términos del artículo 365 del CGP procede la condena impuesta en primera instancia por este concepto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: ORDENAR a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia apelada para disponer que **COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** deberá asumir el pago de los gastos de administración y comisiones que corresponda en proporción al tiempo en que la actora estuvo afiliada en dicho fondo.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0167-2020

Radicado N° 28 2017 00810 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**, contra la sentencia proferida el 28 de febrero de 2020, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se declaró la nulidad del traslado de régimen de la demandante y se ordenó a la AFP Porvenir trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

NUBIA RUBIANO ABRIL, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES**, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima

Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, se ordene el traslado de los aportes realizados y se disponga su afiliación al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 26 de junio de 1964, que realizó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones desde el 15 de junio de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1994, cotizando un total de 193 semanas, que el 20 de junio de 1994 se trasladó al RAIS administrado por la AFP BBVA HORIZONTE hoy AFP PORVENIR. Aduce que al momento de efectuar el traslado el Fondo no la asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado y le dijeron que podría pensionarse antes de la edad requerida. Dice que solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado y que éstas resolvieron de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y cotizaciones efectuadas a esta entidad, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 81 a 85).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, el traslado de régimen y la solicitud presentada por la demandante, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el

demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y debida asesoría del fondo (fls. 115 a 120).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 28 de febrero de 2020, declaró la nulidad del traslado de régimen de la demandante y ordenó a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO. DECLARAR la nulidad de traslado de régimen pensional efectuado por la señora Nubia Rubiano Abril al RAIS, realizado el día 20 de junio de 1994, a través de la AFP Porvenir SA, en consecuencia declarar como afiliación válida la del RPM con prestación definida, administrado hoy por Colpensiones, todo conforme a las consideraciones dadas en antelación. **SEGUNDO.** CONDENAR a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones Porvenir, para que traslade los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la Sra. Nubia Rubiano Abril, C.C. 51.796.970 a Colpensiones. **TERCERO.** CONDENAR a Colpensiones para que active la afiliación de la aquí demandante en el RPM, y proceda a actualizar su historia laboral. **CUARTO.** DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por las administradoras demandadas. **QUINTO.** Las costas de esta instancia a cargo de la parte demandada, señalándose como agencias en derecho la suma de \$300.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora. **SEXTO.** En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá confirmar con el superior en cuanto le resulto adversa a los intereses de la demandada Colpensiones”.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que, según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia sobre este asunto, las AFP tienen el deber de brindar información clara, suficiente y concreta sobre las implicaciones del traslado, y las AFP tienen la carga de probar el cumplimiento de dicha obligación, concluye que en el caso bajo estudio la AFP demandada no acreditó haber cumplido con el deber de información y por ello el traslado de régimen de la actora es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES**, pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que la decisión de nulidad o ineficacia del traslado definida en este proceso afecta gravemente el principio de sostenibilidad del sistema pensional¹.

El apoderado de la demandada **PORVENIR**, pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que no se ha probado que la demandada incumplió con el deber de información al afiliado y que para el momento de esta afiliación, no existía el deber de buen consejo, doble asesoría, comparaciones y proyecciones pensionales, dijo que no obstante, Porvenir suministró en su momento la información suficiente y necesaria para que la afiliada conociera la dinámica del régimen. De otra parte solicita que no se ordene la

¹ “Me permito interponer recurso de alzada en contra de su sentencia, solicitando al ad quem, revocar esta sentencia en cuanto a la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen afecta gravemente el principio de sostenibilidad del sistema pensional, lo anterior con ocasión de la sentencia C242 de 2009, Magistrado Ponente Mauricio González Cuervo, donde expresa: “estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación de sacrificios individuales y beneficios al sistema, se puede interpretar lo anterior con la sentencia C1024 de 2004, en cuanto la corte expresa que no es justo que una persona que nunca ha estado en el RPM se beneficie de los mismos y teniendo en cuenta que el origen de este proceso no es más que económico, en cuanto busca una mesada pensional más alta, pues afecta gravemente el principio de sostenibilidad del sistema pensional”.

devolución de los valores descontados por gastos de administración, pues de todas formas la entidad realizó una gestión de administración de los recursos para que éstos generaran un rendimiento del cual se beneficia la actora, como también ocurrió con el pago de las primas correspondientes a seguros de invalidez y muerte que en caso de haberse presentado, las aseguradoras hubieren cumplido con su deber de responder al ser parte contratante dentro de las pólizas².

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

² En ningún momento se ha probado, que mi representada no haya cumplido el deber de información, en este sentido le solicito al Honorable Tribunal que revoque la totalidad de la sentencia, puesto que para el momento de la afiliación de la demandante no existían los deberes de buen consejo, doble asesoría, realizar comparaciones y proyecciones pensionales entre uno y otro régimen y al respecto es preciso indicar: las diferencias entre un régimen y otro en ningún caso podrán entenderse como ventajas o desventajas, puesto que ambos están previstos por la ley 100 de 1993 con el objetivo de salvaguardar las contingencias de la muerte la invalidez o la vejez. A su vez también es preciso indicar que para el 94 a la demandante le faltaban más de 20 años para acceder al beneficio pensional, en el caso de la vejez y en este sentido pues es evidente que cualquier tipo de proyección que se le hubiese dado no hubiese podido llegar a la realidad, al día de hoy, teniendo en cuenta que se basa en factores como la densidad de ahorro del demandante o cotización dependiendo el régimen al cual se encuentra afiliado, el Índice base de cotización, la expectativa de vida, el número de beneficiarios al momento de hacer exigible el derecho y en este sentido las variables en ningún caso podrán entenderse como una situación jurídica concreta y real, porque se estaría dando a mi representada como también a Colpensiones en el supuesto de que se solicitara una proyección pensional en dicho régimen, pues es casi imposible que se acierte con total exactitud dichos valores de la proyección pensional. También es preciso indicar que en ese momento no existía el deber de documentar la información que se le brindaba a los afiliados y en este sentido mi representada le brindo la información suficiente y necesaria para que la demandante entendiera la dinámica del régimen, las condiciones, beneficios y características y consecuencias de efectuar el traslado de régimen. También es preciso señalar que la demandante en ningún caso podrá entenderse como una afiliada lega, pues efectuó una afiliación y un aporte al fondo de pensiones voluntarias de horizonte y en este sentido se ratifica el entendimiento pleno de la demandante respecto las condiciones beneficios, como son los tributarios respecto de los aportes voluntarios y la dinámica del régimen de ahorro y en este sentido, presento mi recurso de apelación sin antes mencionar que respecto a la apreciación del a quo en cuanto a la condena de los gastos de administración, mi representada se opone totalmente en el sentido que los gastos de administración en el RPM como en el RAIS existen, en este sentido no tiene sentido realizar una devolución de dichos gastos pues estos fueron destinados para la generación de rendimientos de los cuales es beneficiaria la demandante como también el pago de las primas correspondientes a seguros de invalidez y muerte y en este sentido a la demandante siempre le han asistido estos beneficios y que en el caso que se hubiese presentado alguna de estas dos previsiones, las aseguradoras hubieren cumplido con su deber al ser una parte contratante dentro de estas pólizas de seguro. En este sentido la demandante tendrá derecho a los rendimientos financieros con relación a las restituciones mutuas del negocio jurídico que se celebró y en consecuentica le solicito al Honorable tribunal se revoque la sentencia dictada en su totalidad y se absuelva a mi representada de las pretensiones incoadas en su contra.

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión, pide que se revoque la decisión de primera instancia, pues no se dan los presupuestos para disponer el regreso de la demandante al RPM y además no se probó la existencia de vicios del consentimiento.

Por su parte el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, pues la AFP demandada no probó el cumplimiento del deber de información en los términos señalados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

El apoderado de la AFP PORVENIR presentó alegatos de conclusión. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de Colpensiones.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 26 de

junio de 1964 (fl. 34); **ii)** que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 15 de junio de 1990 hasta el 31 de diciembre de 1994 y realizó cotizaciones a dicha entidad durante 193 semanas (fls. 36 y 37); **iii)** que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir S.A. el 20 de junio de 1994 (fl. 38); **iv)** que el 16 de junio de 2017 radicó ante Colpensiones solicitud de traslado del RAIS al RPM, la cual fue resuelta de manera desfavorable (fls. 47 y 48); **v)** que el 9 de junio de 2017 solicitó a Porvenir la proyección pensional y ésta fue resuelta mediante oficio de junio 29 del 2017. (fls. 49 a 52).

- **Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional**

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las

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

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar

como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora NUBIA RUBIANO ABRIL se trasladó a BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy Porvenir el 20 de junio de 1994 (fl. 38), y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la demandante (CD. 3 min. 08:39), pues ésta solo manifestó que para la fecha del traslado de Régimen, su empleador era Horizonte y al momento de firmar el contrato laboral el empleador le requirió afiliarse a AFP Horizonte hoy PORVENIR, indicándole que debía ser fiel a su empleador, que lo único que le habían dicho era que el ISS se iba acabar y que en Horizonte por ser entidad privada, tendría respaldo financiero bueno, pero no le dieron información detallada y concreta sobre las implicaciones de trasladarse.

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones Horizonte hoy PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de

información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación. Por ello la Sala confirmará la decisión de primera instancia, precisando que en el caso bajo estudio no operó una nulidad sino la ineficacia del traslado y para dar claridad a la decisión se modificará en lo pertinente la sentencia apelada.

Como la Sala declarará la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, esto conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para Porvenir, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP Porvenir a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrino que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como la juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en la apelación.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de la demandante NUBIA RUBIANO ABRIL al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR.

SEGUNDO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

CUARTO: SIN COSTAS en la apelación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0164-2020

Radicado N° 28 2018 00072 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia proferida el 7 de marzo de 2019, por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a **PORVENIR** a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

LUZ MARINA ALFARO GONGORA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES**, y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS**

PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 23 de febrero de 1955, que estuvo afiliada a la Caja de Previsión Municipal de Armenia entre 1982 y 1984, a Cajanal entre 1985 y 1991 y al ISS hoy Colpensiones entre 1992 y 1997, que el día 10 de noviembre de 1997 se trasladó al RAIS administrado por HORIZONTE (hoy PORVENIR), que al momento de efectuar el traslado el Fondo no la asesoró, ni le dio información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado, que nadie le informó que el valor de su mesada pensional sería superior en el RPM, ni que podía regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Dice que solicitó a PORVENIR la nulidad de su afiliación el 29 de noviembre de 2017 y a COLPENSIONES el 30 de noviembre de 2017, y que ambas entidades se resolvieron de manera desfavorable la petición.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (fls. 51 a 55).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, traslado de régimen y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan o no son ciertos. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e

inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 68 a 74).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 7 de marzo de 2019, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICAZ el traslado de régimen efectuado por la demandante señora LUZ MARINA ALFARO GONGORA a la demandada PORVENIR de conformidad con las razones antes expuestas. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual, esto es, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora y comisiones cobradas con todos los frutos e intereses legales, por las razones antes expuestas. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: CONDENAR en costas a Porvenir y a favor de la parte actora las cuales serán tasadas por secretaría una vez quede ejecutoriada la presente decisión. Sin costas para COLPENSIONES. SEXTO. En caso de no ser apelada la presente decisión consúltese con el superior”.

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, la AFP demandada tenía la carga de probar el cumplimiento de la obligación de información, lo

cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto, señaló que el formulario de afiliación no es prueba idónea para ello porque contiene manifestaciones genéricas y no acredita el cumplimiento del deber de información. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, sobre la materia, procede la ineficacia solicitada.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada PORVENIR pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que la sentencia se funda en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que no es aplicable al caso bajo estudio, pues está acreditado que la demandante no era beneficiaria del Régimen de Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y éste es un requisito definido por la jurisprudencia para que proceda la nulidad o ineficacia del traslado, dice que en este caso la carga de la prueba la tenía la demandante en los términos del artículo 167 del CGP y que no procede la devolución de los frutos e intereses, pues ésta desconoce aspectos propios del Régimen de Ahorro Individual que fueron cubiertos en su momento por el Fondo¹.

¹ Su señoría dentro de la oportunidad pertinente me permito interponer respetuosamente recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho, teniendo en cuenta los siguientes argumentos. Si bien dentro del análisis esbozado en la sentencia se hace mención a que mi representada no cumplió o faltó al deber de información que debió suministrarle a la demandante, es necesario tener en cuenta, tal como se expresó en los alegatos de conclusión que ese deber de información que ha mencionado la Corte en sus sentencias referente a la nulidad de afiliación y la ineficacia del traslado que se citaron dentro del presente fallo, como es la 31989 y demás, pues estamos frente a situaciones especiales diferentes a lo que nos atañe con la demandante, teniendo en cuenta que la misma no tenía unas expectativas legítimas, ni unos derechos adquiridos como ocurría en estos casos de las sentencias y es por eso que estando en esa condición especial donde los demandantes cumplían ya la edad, tenían las semanas de cotización, para ser beneficiarios de su pensión en el régimen de prima media, los fondos incurrieron en trasladarlos de régimen, es por eso que la Corte hace ese traslado de la carga de la prueba, y es por eso porque tenían todas las posibilidades de comprobar y cerciorarse de que contaban con una situación especial y que podían probarlo dentro del proceso, en el presente caso, pues como bien se mencionó, y contrario sensu al argumento esbozado en la sentencia, pues no es beneficiaria del régimen de transición porque si bien el artículo 36 menciona que para ser beneficiario del régimen de transición mismo de la ley 100 se requiere 35 años de edad en el caso de la demandante o 750 semanas al 1° de abril de 1994, es bien que la jurisprudencia sentó que quienes pasaban al régimen de ahorro individual seguían siendo beneficiarios de ese régimen de transición, siempre y cuando acreditaran a 1° de abril de 1994 las 750 semanas cotizadas o los 15 años de servicio, la demandante como bien se manifestó y como obra en la historia laboral de la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda, contaba con 432 semanas, lo que no la hace beneficiaria del régimen de transición y esto nos lleva a que aspectos fácticos como jurídicos no puedan aplicárseles de las sentencia de la Corte, es decir una línea jurisprudencial que pues no le compete a la demandante, también se

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión. Solicita que se revoque la decisión de primera instancia, con fundamento en que la demandante no probó la existencia de vicios en el consentimiento que prestó en la suscripción del traslado de régimen.

El apoderado de la AFP demandada presentó alegatos de conclusión. Solicita que se revoque la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, pide en sus alegatos de conclusión que se confirme la decisión de primera

menciona que con la única prueba que cuenta mi representada y teniendo en cuenta ese análisis de la carga de la prueba era el formulario de afiliación, pues bien es cierto que mi representada cuenta con ese formulario de afiliación como única prueba documental, pues porque era el único que se exigía en el decreto 656 de 1994 y 692 del 94 y el artículo 13 de la Ley 100 donde decía que pues para la vinculación con mi representada se requería la voluntad de que se hiciera de manera libre y voluntaria y por escrito, la forma de dejarlo por escrito era el formulario de vinculación que cumplía los parámetros de la Superintendencia Financiera en su momento, no era un formato que realizara o que fuera capricho de mi representada y mencionar también que era mi representada quien contaba con todas las posibilidades de probar, pues es un aspecto que en su medida y dentro del presente proceso no se evidenció ya que como bien se especifica dentro del momento de la afiliación, esto es para el año 97 no se exigía y no se disponía por parte de mi representada una documental anexa a ese formulario de afiliación que permitiera dejar de manera individual o particular esa asesoría con todos los puntos que se le diera a la demandante, si bien pues tampoco se tuvo en cuenta el interrogatorio de parte, tal como se consideró en el fallo, que a la demandante le mencionaron dentro de la asesoría que surtió cómo funcionaban esos fondo privados que conocía las oficinas y puntos de información pero nunca se acercó por poco tiempo que contaba en el trabajo y que su vinculación la hizo de manera libre y voluntaria, aun así, también pues dentro del mismo interrogatorio quedo más que evidente como lo manifestó la demandante que le mandaban sus extractos de aportes donde verificaba los rendimientos que generaba su cuenta de ahorro individual, por los anteriores argumentos queda claro que la carga de la prueba, bien como lo define el CGP en su artículo 167, está en cabeza de quien tenga esa posibilidad de probar el hecho y mi representada, pues está en unas condiciones fácticas completamente imposible de cumplir, pues más de 10 años para consolidarse ese derecho pensional y no existía una cobertura del Régimen de Transición a la demandante, por último también es objeto del recurso la condena al numeral segundo referente a las sumas adicionales frutos o intereses, por parte que en su momento fue beneficiaria la demandante, es de tener en cuenta que condenar a mi representada a este rubro son aspectos que fueron cubiertos en su momento por la aseguradora, en el momento de vinculación de la mi representada, esto es en el año 1997, para contingencias como lo es de invalidez y muerte y condenar este tipo de aspectos es desconocer el régimen de ahorro individual ya que son aspectos propios del régimen que fueron cubiertos en su tiempo con la demandante, por los anteriores argumentos dejo presentado mi recurso de apelación para que el Tribunal – Sala Laboral de Bogotá se sirva revocar la sentencia emitida por el despacho y absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, gracias”

instancia que accedió a las pretensiones de la demanda. Fundamentó su pedimento en que la AFP demandada no acreditó en el expediente el cumplimiento del deber de información que las normas le imponen.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Teniendo en cuenta que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público, permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por ello, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado pensional de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP accionada, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 23 de febrero de 1955 (fl. 40); **ii)** que cotizó a la Caja de Previsión de Social

del Municipio de Armenia entre el 18 de marzo de 1982 y el 25 de junio de 1984 (fl. 27); **iii)** que cotizó a Cajanal entre el 1° de abril de 1985 y el 30 de noviembre de 1991 (fl. 32); **iv)** que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 17 de septiembre de 1992 hasta el 30 de noviembre de 1997 (fl. 20); **v)** que el 10 de noviembre de 1997 se trasladó al RAIS administrado por Horizonte (hoy Porvenir) (fl. 19); **vi)** que el 29 de noviembre de 2017 solicitó a PROVENIR la nulidad de su traslado al RAIS (fl. 13); **vii)** que el 30 noviembre de 2017 solicitó a COLPENSIONES su afiliación al RPM por nulidad del traslado efectuado al RAIS (fl. 16).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las

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

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar

como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora LUZ MARINA ALFARO GONGORA se trasladó a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR) el 10 de noviembre de 1997, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy Colpensiones.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de la demandada (CD. 4 min. 08:06) y la demandante (CD. 4 min. 4:37), pues la representante del Fondo solo manifestó que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición y por ello no se le dijo nada sobre el particular al momento del traslado; y por su parte la demandante solo afirmó al efecto que asesores del Fondo asistieron a la empresa donde trabajaba y en una reunión le dijeron que los Fondos tenían condiciones pensionales más favorables, y que el ISS se iba terminar, que sabe que el Fondo cuenta con canales de información y asistencia pero no ha hecho uso de ellos.

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones Porvenir en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su

situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreado para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP Porvenir a Colpensiones debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrino que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como la juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar

cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto, teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia de primera instancia para AUTORIZAR a COLPENSIONES para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

C03-0040-2020

Radicado N° 29 2018 00012 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandante, sobre la sentencia proferida el 5 de noviembre de 2019, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

FABIO EMILIO CASTRILLON QUICENO presentó demanda ordinaria laboral contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, FIDUAGRARIA S.A. Y FIDUCIAR S.A. como integrantes del CONSORCIO DE REMANENTES DE TELECOM**, con el fin de que se condene a las demandadas, a reliquidar la pensión convencional aplicando como

tasa de remplazo el 95% de acuerdo a lo establecido en la Convención Colectiva, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que mediante Resolución N° 1431 del 27 de junio de 2005 CAPRECOM le reconoció una pensión de jubilación convencional en cuantía inicial de \$1.410.861, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 75% del IBL, que solicitó a CAPRECOM la reliquidación de su pensión y dicha entidad mediante Resolución N° 1088 del 15 de mayo de 2006, reliquidó la prestación en cuantía de \$1.448.694, que para el efecto la entidad tuvo en cuenta el IBL de los últimos 10 años y aplicó una tasa de remplazo correspondiente al 75%, que de acuerdo a lo establecido en la Convención Colectiva de trabajo le correspondía un porcentaje del 95% por haber cumplido 24 años al servicio de Telecom, que además de lo anterior el IBL debía definirse con el promedio de lo devengado en el último año de servicios, junto con todos los factores salariales, que reclamó a la UGPP la reliquidación de la pensión y esta entidad no se ha pronunciado sobre su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión y la solicitud presentada, frente a los demás hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios o indexación, falta de título y de causa en la parte actora y buena fe (fls. 104 a 119).

El Consorcio de Remanentes de Telecom se opuso a las pretensiones de la demanda y frente a los hechos manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de imposibilidad jurídica de dictar sentencia de fondo contra el Consorcio de Remanentes Telecom, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción (fls. 280 a 293).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 5 de noviembre de 2019 negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a las entidades demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante FABIO EMILIO CASTRILLON QUICENO identificado con la CC. N° \$4.602.850, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO:** CONDENAR en costas a la parte demandante dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma de \$100.000. **TERCERO:** Si no fuere recurrida la presente sentencia CONSULTESE con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá”

La juez definió el problema jurídico en determinar si se dan los presupuestos para ordenar la reliquidación reclamada. Para resolverlo indicó que la parte demandante no aportó al proceso la Convención Colectiva de Trabajo, de la que solicita aplicación, con el lleno de los requisitos legales y por ello negó las pretensiones de la demanda.

III. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta que la demandada no liquidó en debida forma la pensión convencional dela actora.

Por su parte el apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto la entidad liquidó la pensión aplicando los parámetros establecidos en la convención colectiva de trabajo.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones del demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver la consulta concedida al demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Estudia la Sala si en el presente asunto se acreditó la existencia de la Convención Colectiva de Trabajo con el cumplimiento de los requisitos legales y en dado caso establecer si es procedente la reliquidación reclamada.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución N° 1431 del 27 de junio de 2005 CAPRECOM reconoció una pensión de jubilación convencional al demandante en cuantía inicial de \$1.410.861 (fls. 7 a 10); **ii)** que mediante Resolución N° 1088 del 15 de mayo de 2006 CAPRECOM reliquidó la pensión del actor a partir del 1° de octubre de 2005 en cuantía de \$1.448.694 (fls. 11 a 14); **iii)** que el 31 de octubre de 2017 el demandante solicitó la reliquidación de la pensión a la demandada UGPP (fl. 5).

- **Sobre la validez de la Convención Colectiva.**

Para definir sobre la existencia jurídica de la norma cuya aplicación reclama el demandante, por tratarse de una convención colectiva de trabajo que tiene aplicación inter partes, su contenido se debe acreditar procesalmente para que el juez pueda decidir sobre la forma como se debe interpretar en un caso concreto.

En este orden de ideas, el artículo 469 del CST dispone que: *“La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto”*.

Por ello la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho desde vieja data, que el único texto válido de una convención colectiva es el que se encuentra depositado ante la autoridad del trabajo, y que su acreditación en un expediente judicial solo resulta válida cuando se aporta al proceso una copia de la convención con su respectiva nota de depósito, en palabras de la Corte: *“al ser la convención colectiva de trabajo un acto solemne, la prueba de su existencia está atada a la demostración de que se cumplieron los requisitos legalmente exigidos para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, razón por la cual, si se le aduce en el litigio del trabajo como fuente de derechos, su acreditación no puede hacerse sino allegando [...], así como el del acto que entrega noticia de su depósito oportuno ante la autoridad administrativa del trabajo”*. Sentencia de radicado 5411 del 11 febrero de 1993, 15120 del 16 de mayo de 2001 y SL378-2018.

También ha dicho esa Alta Corporación que esta exigencia no va en contravía de lo dispuesto en el artículo 54 A del CPT y SS, en cuanto dispone que la copia simple de la Convención Colectiva tiene plena validez, pues el depósito de la Convención es un requisito que impone el artículo 469 del CST para que dicho texto tenga efecto y de todas formas el citado artículo 54 A, no derogó el requisito del

depósito, en cuanto solo trata de los requerimientos que debe cumplir un instrumento para que produzca efectos probatorios sin que haya quitado la exigencia de autenticidad del texto convencional.

Teniendo en cuenta el anterior soporte normativo y jurisprudencial, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, al advertir que el texto de la convención colectiva aportado al expediente entre folios 47 a 70 carece de la constancia de depósito ante el Ministerio de Trabajo.

Ningún documento aportado al expediente certifica que la convención colectiva de la cual se reclama aplicación hubiera sido depositada en el Ministerio de Trabajo dentro de los 15 días siguientes a su suscripción, lo que le resta validez procesal para definir la controversia de este expediente. Hace notar la Sala al respecto lo siguiente: i) que al contestar el libelo la demandada negó el contenido literal del texto convencional que transcribió el actor como hecho 12 de la demanda del artículo 3° de la convención colectiva, lo que impide al Tribunal también bajo esta posibilidad tenerlo por probado; y ii) que si bien la decisión de primera instancia se fundamentó precisamente en la falta de prueba de la Convención Colectiva de Trabajo, la parte demandante no manifestó oposición alguna a lo definido por el Juez ni controvertió lo concluido en la medida que el expediente llegó para estudio del grado jurisdiccional de consulta, estudio durante el cual, tampoco se encontró prueba válida de dicho texto, como ya se dijo.

Por lo anterior la Sala confirmará la decisión de primera instancia.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad
de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por
las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

C03-0042-2020

Radicado N° 29 2019 00013 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a la demandante, sobre la sentencia proferida el 25 de noviembre de 2019, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que negó las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MARIA AMPARO MUÑOZ DE CAÑÓN presentó demanda ordinaria laboral contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, con el fin de que se condene a la demandada, a reliquidar la pensión convencional teniendo en cuenta todos los factores salariales devengados, indexación y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en que mediante Resolución N° 000351 del 9 de febrero de 1995 el ISS le reconoció una pensión de jubilación convencional a partir del 1° de enero de 1995 en cuantía inicial de \$536.129, que para su liquidación se tuvo en cuenta lo devengado en el último año de servicios, pero la entidad no incluyó la totalidad de los factores salariales devengados, como lo dispone la convención colectiva de trabajo. Dice que presentó reclamación ante la demandada, quien asumió la administración de las obligaciones pensionales a cargo del ISS empleador, y ésta fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La UGPP se opuso a las pretensiones de la demanda y aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión y la solicitud presentada, frente a los demás hechos manifestó que no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, no pago de intereses moratorios e imposibilidad de condena en costas (fls.54 a 58).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 25 de noviembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: *ABSOLVER a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARIA AMPARO MUÑOZ DE CAÑON. **SEGUNDO:** Sin condena en costas. **TERCERO:** CONSULTESE la presente sentencia con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá en caso de no ser recurrida por resultar adversa a la demandante”*

La juez definió el problema jurídico en determinar si se dan los presupuestos para ordenar la reliquidación reclamada. Para resolverlo indicó que el Instituto de Seguros Sociales al momento de reconocer la prestación, tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales definidos en la Convención Colectiva de Trabajo y por ello no procede la reliquidación que se reclama.

III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la demandante presentó alegatos de conclusión solicitando que se revoque la decisión de primera instancia por ser procedente la reliquidación de la pensión con aplicación de la convención colectiva de trabajo.

Por su parte el apoderado de la parte demandada presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto la pensión de la demandante se liquidó teniendo en cuenta la totalidad de factores definidos en la convención colectiva.

IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Por haber sido la sentencia totalmente desfavorable a las pretensiones de la demandante se remitió el proceso para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 69 del CPT y SS, procede a resolver la consulta concedida a la demandante.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Estudia la Sala si en el presente asunto procede la reliquidación de la pensión convencional reconocida por el Instituto de Seguros Sociales a la demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución N° 000351 del 9 de febrero de 1995 el Instituto de Seguros Sociales reconoció pensión de jubilación convencional a la demandante a partir del 1° de enero de 1995 y en cuantía inicial de \$536.129 (fls. 8 y 9); **ii)** que el 26 de marzo de 2018 la demandante solicitó a la UGPP la reliquidación de su pensión con inclusión de la totalidad de factores salariales y ésta fue resuelta de manera desfavorable mediante Resolución RDP 023796 del 22 de junio de 2018 (fl. 12).

- **Sobre la Reliquidación de la Pensión.**

Para resolver la controversia, basta remitirse al contenido de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para el año 1994, suscrita entre el ISS y SINTRAISS, que aplicó el Instituto de Seguros Sociales para reconocer la pensión de jubilación a la demandante. Dicho texto convencional aportado en folios 20 a 49 del expediente cumple con los requisitos definidos en el artículo 469 del CST, en tanto de él se advierte la respectiva nota de depósito ante el Ministerio de Trabajo.

Ahora bien, el artículo 66 de dicha Convención estableció el derecho a la pensión de jubilación para los trabajadores oficiales que cumplieran 20 años de servicios continuos o discontinuos al extinto ISS y llegaran a 50 años de edad si son mujeres. Frente a la liquidación de la prestación estableció que la cuantía sería: *“equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el último año de servicios por concepto de los siguientes factores de remuneración: a)*

asignación básica mensual; b) prima de servicios y vacaciones; c) auxilio de alimentación y transporte; d) valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras; e) valor de trabajo en días dominicales y feriados” (fl. 34).

Revisado el Cd. que contiene el expediente administrativo de la demandante (fl. 64), se observa el documento de la liquidación de la pensión que realizó el Instituto de Seguros Sociales (archivo 1 fl. 90), en él se advierte que la entidad tuvo en cuenta la totalidad de los factores salariales definidos por la Convención Colectiva de Trabajo, pues consideró para el efecto: la asignación mensual, antigüedad, primas, horas extras, subsidio de alimentación y de transporte. Si bien la demandante aduce en la demanda que se omitió la inclusión del subsidio familiar dentro de la liquidación de la pensión, dicho factor no se encuentra establecido dentro de la Convención Colectiva de Trabajo y por ello no procedía su inclusión.

Definido como está, que en su oportunidad el Instituto de Seguros Sociales, liquidó la pensión de la demandante, considerando la totalidad de los factores salariales definidos en la Convención Colectiva de Trabajo en que se fundamentó el derecho pensional de la actora, se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a igual conclusión.

Sin costas en este grado de jurisdicción.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado de jurisdicción.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RIOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0134-2020

Radicado N° 29-2018-00272-01

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver los recursos de apelación de ambas partes y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, en contra de la sentencia proferida el 11 de octubre de 2019, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó a **COLPENSIONES** a pagar a la demandante la pensión de vejez desde el 1° de mayo de 2018, con una mesada inicial de \$1.031.586 y en 14 mesadas anuales, junto con el pago del retroactivo debidamente indexado, absolvió de la condena al pago de intereses moratorios y condenó en costas a la demandada (fl. 196 a 197, 14:57 cd fl. 195).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 87 a 109).**

MARLENE URIBE ROLDAN solicitó declarar que es beneficiaria del régimen de transición pensional, en consecuencia, condenar al pago de la pensión de vejez desde el 31 de marzo de 2018, conforme el Acuerdo 049 de 1990, junto con las mesadas adicionales de diciembre,

intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 27 de enero de 1954, que contaba con más de 35 años al 1° de abril de 1994, que su historia laboral registra 1018,57 semanas, no obstante, no figuran los aportes realizados a su favor por OSCAR DE JESÚS URIBE ROLDAN desde 1991-05 hasta 1994-12, ni los que efectuó directamente como independiente en los ciclos 1996-06, 1997-06, 1997-07, 1998-07, 1999-01 a 1999-11, 2000-01 a 2001-10, que equivalen a 338,57 semanas, los que no han sido incluidos a pesar de que lo solicitó reiteradamente. Indicó que cumple el requisito de haber cotizado 500 semanas en los 20 años previos a su edad pensional, por lo cual, el 23 de febrero de 2018 solicitó el reconocimiento pensional, por cuanto efectuó aportes hasta el 31 de marzo de 2018, petición que no fue contestada.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 72 a 76)**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la demandante. Indicó que la demandante no cumplió los requisitos para causar su derecho bajo el régimen de transición pensional o la Ley 100 de 1993 modificada con la Ley 797 de 2003. Interpuso las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, no configuración del derecho al pago del IPC, indexación, reajuste, intereses moratorios o indemnización moratoria, buena fe y la genérica.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 196 a 197, 14:57 cd fl. 195).

El 11 de octubre de 2019, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la demandante MARLENE URIBE ROLDAN identificada con la

cédula de ciudadanía N° 41.796.680 la pensión de jubilación por vejez a partir del 1° de mayo de 2018, momento en el cual la demandante acreditó los requisitos para acceder a la misma, reconocimiento que se hará en un monto inicial de \$1.031.586 al cual se le deberán efectuar los incrementos legales anuales, así mismo, se dispone la condena al pago de 14 mesadas anuales, además de las mesadas atrasadas ordinarias y adicionales desde la fecha de reconocimiento de la prestación, las cuales se deberán pagar de manera indexada, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la entidad demandada de los intereses moratorios pretendidos, en razón a que como mecanismo resarcitorio se reconoce la indexación de las sumas adeudadas.

TERCERO: COSTAS a cargo de la parte demandada, inclúyase como agencias en derecho la suma de \$3.000.000

CUARTO: CONSÚLTASE con la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá la presente sentencia en caso de no ser recurrida. (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si a la demandante le asiste el derecho a que **COLPENSIONES** le reconozca y pague la pensión de vejez y demás pretensiones

Para resolver indicó que al 1° de abril de 1995, la demandante superaba los 35 años, por su parte, el Acto Legislativo 1° de 2005 limitó el régimen de transición hasta el 31 de julio de 2010, salvo para aquellos con 750 o más semanas cotizadas al 29 de julio de 2005, a quienes se extendió el régimen hasta el 31 de diciembre de 2014. Frente a la oposiciones de **COLPENSIONES** a la presunta relación laboral de la demandante con su hermano, quien pagó un cálculo actuarial, indicó que la demandante cumplió 55 años el 27 de enero de 2009 y que considerando los periodos en mora que sufragó como trabajadora independiente, que no fueron desconocidos ni tachados de falsos, demostró que entre el 27 de enero de 1989 y el 27 de enero de 2009 cotizó 594 semanas, por tanto, sí cumplió con los requisitos exigidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aún en el supuesto de no considerar el cálculo actuarial y sin necesidad de acreditar las 750 semanas al 29 de julio de 2005. Considerando que la última cotización fue el último día de abril de 2018, ordenó el disfrute de la

pensión desde el 1° de mayo de 2018, cuyo primera mesada conforme el cálculo del grupo liquidador ascendió a \$1.031.586, con un IBL liquidado por los últimos 10 años y del 82% ya que no consideró las semanas del cálculo actuarial en debate, pensión que tiene 14 mesadas anuales porque se causó en 2009, conforme el Acto Legislativo 1° de 2005. Frente a los intereses moratorios, no los condenó porque existía la discusión sobre la contabilización o no del cálculo actuarial y no estaba claro el derecho, por eso ordenó indexar el retroactivo. Condenó en costas

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandante **MARLENE URIBE ROLDAN** solicitó modificar la sentencia. Indicó que procede considerar el cálculo actuarial que se pagó a favor de la demandante, por cuanto de buena fe su empleador realizó todo el trámite administrativo y la Entidad recibió el dinero, por tanto, se modifica la tasa de reemplazo de la pensión hasta el 90%, de otra parte, la Entidad incurrió en mora superior a 4 meses en el reconocimiento pensional y por ende procede la condena a intereses; de forma subsidiaria solicitó la devolución de lo pagado en el cálculo actuarial, a fin de evitar un enriquecimiento sin justa causa¹ (16:15 cd fl. 195).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar la sentencia. Afirmó que la investigación administrativa concluyó que entre la demandante y su hermano OSCAR URIBE no existió un contrato de trabajo, conforme los resultados de la investigación de campo, pese lo cual pretende inducir en error la administradora para mantener el

¹ Gracias Señoría. Muy respetuosamente, en legal termino, me permito formular recurso de apelación contra la providencia previamente dictada, a fin de que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá Sala Laboral, modifique la sentencia previamente dictada en gracia de la siguiente argumentación. En primer lugar, considero que si era de la pena tenerse en cuenta el cálculo actuarial realizado por el empleador de mi representada, que si bien fue su hermano, él realizó toda la gestión administrativa ante la entidad, quien liquidó el cálculo actuarial y recibió el dinero, en gracia de ello, se modificaría en consecuencia la tasa de reemplazo de la mesada previamente liquidada por el Despacho, en el sentido de que la misma se debe liquidar sobre un 90% del IBL determinado por el Despacho. Así mismo, en cuanto a la indexación, solicito que se modifique la providencia acusada, en virtud de que considero que la Entidad incurrió en una mora superior a los 4 meses para el reconocimiento y pago del derecho pensional de mi representada y es la hora que si no hubiéramos acudido a este proceso judicial no se hubiera resuelto la situación jurídica de mi representada, así mismo, si en el segundo grado se confirma el tema expuesto inicialmente en cuanto la tasa de reemplazo, observamos que en efecto COLPENSIONES recibió un dinero y se estaría causando un enriquecimiento sin causa, por tanto, sería loable que se hiciera el estudio de la devolución de tal acreencia al empleador, que se citó en el curso del proceso. Dejo así sentado mi recurso, gracias.

régimen de transición; de otra parte, indicó que conforme el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, la obligación de pago de aportes debía efectuarse en vigencia del contrato de prestación de servicios, de forma mensual anticipada conforme el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, lo que conlleva a la exclusión de mora conforme el artículo 28 del Decreto 692 de 1994, por tanto, no pueden contabilizarse dichas cotizaciones extemporáneas a los periodos declarados por la imposibilidad del pago retroactivo a favor del trabajador independiente, por ende, las pretensiones no están llamadas a prosperar² (18:19 cd fl. 195).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

² Gracias Señoría, Interpongo recurso de apelación frente la sentencia proferida por el Despacho en los siguientes términos. Si bien, como lo arrojó la investigación administrativa de la cual se fundamentó la certificación por el Comité de Conciliación de mi representada, se llegó a la conclusión que la señora MARLENE URIBE y el señor OSCAR URIBE, entre ellos nunca existió un vínculo laboral, esto teniendo en cuenta que las labores de campo realizada se determinó que la trabajadora para 1991 a 1994 era propietaria de una óptica ubicada en la primera de mayo con nombre Unidad Visual Familiar, Sector donde Oscar Uribe también tenía un establecimiento de la misma actividad comercial, adicionalmente se resalta el vínculo familiar entre el señor Oscar y la señora Marleny, por lo que la información aportada durante la entrevista no fue exacta. Es evidente que la señora Marleny pretende con la solicitud de liquidación y pago del cálculo actuarial es declarar una relación laboral inexistente con el fin de recuperar semanas para acceder y mantener el régimen de transición y así lograr el beneficio de la pensión de vejez, a la que en principio no tiene derecho, de forma fraudulenta, razón por la cual, en la aplicación de la política de transparencia y antifraude de la entidad dicho tiempo no será tenido en cuenta. Ahora bien, debe traerse a colación lo contenido en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, que frente a las cotizaciones por relación laboral o de prestación de servicios determinó lo siguientes, que habla sobre la obligatoriedad de las obligaciones y establece que “durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que aquellos devenguen”, en consecuencia, se evidencia que la parte demandante se encontraba en la obligación de efectuar los aportes en seguridad social en pensión, así mismo, dicha cotización debía cancelarse de forma mensual y por mes anticipado conforme el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, el artículo 35 habla sobre la declaración de las novedades de pago en los sistemas de seguridad social en salud y dice “Los trabajadores independientes deberán presentar la declaración de novedades y realizar el pago de las respectivas cotizaciones por periodos mensuales y en forma anticipada. Las novedades que ocurran y no se puedan reportar anticipadamente, se reportarán al mes siguiente”. Concordante con lo anterior, el artículo 28 del Decreto 692 de 1994 estableció que en el caso de los aportes de los independientes, no es factible efectuar una liquidación de los intereses de mora, así: “sin perjuicio de las demás sanciones que puedan imponerse por la demora en el cumplimiento de la obligación de retención y pago, en aquellos casos en los cuales la entrega de las cotizaciones se efectúe con posterioridad al plazo señalado, el empleador deberá cancelar intereses de mora a la tasa que se encuentre vigente por mora en el pago del impuesto sobre la renta y complementarios. Dichos intereses de mora, deberán ser autoliquidados por el empleador, sin perjuicio de las correcciones o cobros posteriores a que haya lugar. La liquidación de los intereses de mora se hará por mes o fracción de mes, en forma análoga a como se liquidan los intereses de mora para efectos de impuestos nacionales. Las sumas canceladas a título de mora serán abonadas en el fondo de reparto correspondiente o en la cuenta de capitalización individual del respectivo afiliado. Tratándose de afiliados independientes, no habrá lugar a la liquidación de intereses de mora, toda vez que las cotizaciones se abonarán por mes anticipado y no por mes vencido”, en consideración a las normas expuestas anteriormente, por parte de la Entidad, no es posible contabilizar los tiempos que se cotizaron de manera extemporánea, porque no está permitido que los trabajadores independientes realicen el pago de aportes al Sistema General en Pensión en forma retroactiva, aunado a lo anterior, es de manifestar que lo pretendido por parte de la accionante va en contravía del principio de que nadie pueden invocar su culpa a su favor, en el entendido que el mismo desconoció fehacientemente la obligación que le asistía en el pago de los aportes en pensión de manera anticipada. Por lo anterior, debe ponerse que las pretensiones de la actora no están llamadas a prosperar. Así de esa manera, dejo sustentado mi recurso de apelación. Gracias.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y portadora de la TP 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó revocar la sentencia de primera instancia, por cuanto indicó la investigación administrativa concluyó eventual fraude en el pago del cálculo actuarial, así mismo, que la normatividad estableció la imposibilidad de efectuar el pago retroactivo de intereses a favor del trabajador independiente. Agotado el término de traslado, la **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de **COLPENSIONES**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho a la demandante a que se tenga por **COLPENSIONES** como periodos efectivamente cotizados en su historia laboral aquellos que fueron pagados a través de cálculo actuarial y de forma extemporánea como independiente, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **MARLENE URIBE ROLDAN** nació el 27 de enero de 1954 (fl. 64); **ii)** **COLPENSIONES**, a través del oficio 2017_3232198 del 07 de julio de 2017, comunicó al señor OSCAR DE JESÚS URIBE ROLDAN, hermano de la demandante, el valor del cálculo actuarial a favor de la demandante por el periodo del 1° de mayo de 1991 al 31 de diciembre de 1994 y le indicó como fecha límite del pago del mismo el 31 de julio de 2017 (fl. 49 a 52), siendo cancelado el mismo por \$28.488.192 el 17 de julio de 2017 (fl. 53); **iii)** la demandante, en su calidad de trabajadora independiente, efectuó pago de aportes al Sistema General de pensión (fl. 9 a 42, 121 a 154, 157 a 182); **iv)** mediante oficio SEM2017-103758 del 24 de abril de 2017, **COLPENSIONES** informó a la demandante que los pagos de los aportes como independiente por los ciclos 1996-08, 1997-01, 1997-06, 1997-07, 1998-07, 1999-01 a 1999-11, 2000-01 a 2001-06, 2001-09 y 2001 son extemporáneos, por tanto, debería solicitar su aplicación a un ciclo posterior a la fecha de pago (cd fl. 84); **v)** el 23 de febrero de 2018 la demandante presentó solicitud de reconocimiento de pensión de vejez (cd fl. 84); **vi)** mediante oficio del 05 de junio de 2018, **COLPENSIONES** informó a la demandante que mediante investigación administrativa concluyó que no existió relación laboral con su hermano, razón por la cual no incluyó en su historia laboral las semanas canceladas con el cálculo actuarial (cd fl. 84).

- **Sobre la Obligación del Trabajador Independiente de Pagar los Aportes al Sistema General de Pensiones.**

El artículo 15 de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, no consagró como afiliado obligatorio a los contratistas y trabajadores independientes. Posteriormente el artículo 3 de la Ley 797 de 2003 modificó dicha norma, estableciendo que toda persona que preste directamente servicios al Estado o en el sector privado, bajo la modalidad de contratos de prestación de servicio o cualquier otra modalidad de servicios adoptada, así como los trabajadores independientes, serían afiliados obligatorios, calidad que fue reiterada

en los artículos 17 y 18 de la Ley 100 de 1993, modificados a su vez por los artículos 4 y 5 de la Ley 797 de 2003.

- Acerca de la Imposibilidad del Contratista y del Trabajador Independiente para Efectuar el Pago Retroactivo de Aportes a Pensión.

El Sistema General de Pensiones cobija a trabajadores dependientes e independientes, incluidos los contratistas. Sin perjuicio de lo anterior, la aplicación de las disposiciones relativas a los efectos del pago retroactivo de los aportes a pensión varía según la calidad del beneficiario de estos.

Para el caso de los trabajadores independientes, el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, compilado en el artículo 2.2.1.1.1.7 del Decreto 780 de 2016, estableció que deben realizar las novedades y pago de los aportes de forma mensual y anticipada, por tanto, toda novedad que no se pueda reportar anticipadamente se reportara al mes siguiente.

Considerando la anterior norma, la H. CSJ, de forma pacífica y reiterada, ha señalado que conforme a la legislación los trabajadores independientes deben efectuar su aporte de forma anticipada, por tanto, las cotizaciones efectuadas de forma extemporánea, pese a ser eficaces, no surten efecto retroactivo, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 26.728 del 05 de diciembre de 2006, SL Rad. 36.648 del 21 de febrero de 2012, SL16204 de 2014, SL5634 de 2016, SL16420 de 2017, SL3445 de 2019, SL513 de 2020, entre otras.

- Sobre el Régimen de Transición Pensional.

El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 consagró un régimen de transición pensional a favor de las personas que a la entrada en vigencia del actual Sistema General de Pensiones tuvieran una edad de 40 años para los hombres, 35 años para las mujeres, o 15 años o más de servicios cotizados.

Posteriormente, el Acto Legislativo 1° de 2005 limitó la vigencia del régimen de transición por cuanto indicó que perdería su vigencia

al 31 de julio de 2010, salvo para aquellas personas que acreditan que a la fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo tienen 750 o más semanas cotizadas, a favor de quienes la norma extendió el régimen de transición hasta el 2014, siendo la fecha límite el 31 de diciembre de 2014, conforme la posición de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ, recientemente reiterada en la sentencia SL4040 del 18 de septiembre de 2019.

En cuanto a los derechos que otorga el régimen de transición, ha sido posición consolidada y sostenida de la H. CSJ que el mismo permite mantener la edad, tiempo de servicio o semanas de cotización y monto de las pensiones consagradas en los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, sin incluir el IBL, el cual se establece conforme las disposiciones consagradas en el artículo 36 o 21 de la Ley 100 de 1993, tal y como indicó la H. CSJ en las sentencias SL3738 de 2019 y SL3841 de 2019, entre otras

- Sobre la Pensión de Vejez Consagrada en el Acuerdo 049 de 1990.

El acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 de 1990, consagró el Reglamento General del Seguro Obligatorio de Invalidez, Vejez y Muerte, régimen anterior al actual Sistema General de Pensiones.

En su artículo 12, determinó que tiene derecho a la pensión de vejez con 60 o más años de edad si son hombre, 55 o más años de edad si son mujeres y que acredite la densidad mínima de semanas, ya sea un mínimo de 500 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o que acrediten 1000 semanas de cotización sufragadas en cualquier tiempo. Por su parte, los artículos 13 y 35 establecen que la pensión de vejez se reconoce previa solicitud del afiliado una vez cumpla los requisitos mínimos antes descritos, pero que para su disfrute será necesaria la desafiliación al régimen de pensiones.

En cuanto el monto de la pensión, el artículo 20 del Acuerdo determinó una cuantía inicial será del 45% del IBL, con aumentos

equivalentes a 3% por cada 50 semanas adicionales cotizadas con posterioridad a las primeras 500 semanas, sin superar el 90%.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia condenó a **COLPENSIONES** a pagar a la demandante la pensión de vejez desde el 1° de mayo de 2018, con una mesada inicial de \$1.031.586 y en 14 mesadas anuales, junto con el pago del retroactivo debidamente indexado, absolvió de la condena al pago de intereses moratorios y condenó en costas a la demandada.

El apoderado de la **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó modificar la sentencia de primera instancia, a fin de considerar los periodos cancelados en el cálculo actuarial a fin de aumentar la tasa de reemplazo de la pensión, así como declarar que la Entidad incurrió en mora y condenar a intereses; de forma subsidiaria, solicitó la devolución de lo pagado con el cálculo actuarial.

El apoderado de la demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación, a fin de revocar la sentencia de primera instancia. Indicó que la investigación administrativa determinó que no existió un contrato de trabajo por el periodo incluido en el cálculo actuarial, así mismo, que conforme la normatividad que regula el pago de aportes a pensión por el independiente, no se pueden contabilizar las cotizaciones extemporáneas a los periodos declarados.

Pasa la Sala a resolver los recursos de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, siendo relevante considerar que en el presente asunto las pretensiones pensionales de la demandante se fundamentan en la inclusión en su historia laboral de los aportes de los periodos pagados a través de cálculo actuarial y de forma extemporánea como independiente.

La demandante manifestó que laboró, como trabajadora dependiente, para su hermano OSCAR DE JESÚS URIBE ROLDAN

desde 1991-05 hasta 1994-12, periodo por el cual su empleador omitió su afiliación a pensión, por lo cual solicitó a **COLPENSIONES** la liquidación del correspondiente cálculo actuarial, conforme el literal d) del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y compilado en el artículo 2.2.16.7.18 del Decreto 1833 de 2016, el cual liquidó la administradora mediante oficio del 07 de julio de 2017 (fl. 49 a 52), cifra que pagó su empleador el 17 de julio de 2017 (fl. 53), pese lo cual los periodos no fueron considerados en su historia laboral.

A su vez, **COLPENSIONES** aportó el expediente administrativo de la demandante, en donde registra que le Entidad, con oficio del 05 de junio de 2018, informó que las averiguaciones administrativas concluyeron que no existió la relación laboral entre la demandante y su hermano, toda vez que la demandante no registra ninguna afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud con anterioridad a 1995 e incurrió en incongruencias en su dicho, motivo por el cual no incluyó en su historia laboral los periodos pagados con el cálculo actuarial (cd fl. 84).

Visto el expediente, la demandante aportó copia del derecho de petición que el Sr. OSCAR DE JESÚS URIBE ROLDAN radicó ante **COLPENSIONES** el 29 de abril de 2017, en el cual reconoció de forma expresa la existencia de una relación laboral por la cual fungió como empleador de la demandante del 1° de mayo de 1991 al 31 de diciembre de 1994, indicando que omitió su afiliación al Sistema General de Pensiones (fl. 45 a 46), solicitud que se acompañó con copia de la declaración extrajuicio rendida ante Notario Público del 10 de marzo de 2017 por parte del presunto empleador (fl. 47).

Contrastadas las posiciones de las partes, se observa que en el expediente no obra prueba, siquiera sumaria, de la prestación del servicio de la demandante a favor de su hermano OSCAR DE JESÚS URIBE ROLDAN, por el periodo del 1° de mayo de 1991 al 12 de diciembre de 1994, salvo la declaración del presunto empleador ante notario (fl. 47) y su derecho de petición solicitando la liquidación del

cálculo actuarial (fl. 45 a 46); a su vez, **COLPENSIONES** tampoco allegó el soporte de las inconsistencias que relacionó en su oficio del 05 de junio de 2018 (cd fl. 84).

La anterior situación no puede ser resuelta aplicando el principio *indubio pro operario*, consagrado en el artículo 53 constitucional y el artículo 21 CST, por cuanto no se trata de una duda frente a varias interpretaciones de una norma sino de una valoración de pruebas, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL5293 DE 2019, SL1376 de 2020, SL2774 de 2020, toda vez.

Efectuada la valoración de los elementos de prueba aportados, la parte demandante no acreditó la presunta relación laboral alegada, por cuanto no allegó prueba de la prestación personal del servicio en dicho periodo, sin que el dicho del presunto empleador pueda ser considerado como confesión, por cuanto el Sr OSCAR DE JESÚS URIBE ROLDAN no es la parte demandada en el presente asunto, incumpliendo con la carga de la prueba que le asiste conforme el artículo 167 CGP, aplicable a nuestra especialidad en virtud del artículo 145 CPTSS, lo que conlleva a no considerar los periodos considerado en el respectivo cálculo actuarial.

Pasa la Sala a resolver sobre la procedencia o no de incluir en la historia laboral los aportes que cotizó la demandante de forma extemporánea y en calidad de trabajadora independiente. Resulta relevante considerar que de conformidad que el artículo 35 del Decreto 1406 de 1999, compilado en el artículo 2.2.1.1.1.7 del Decreto 780 de 2016, conforme la redacción anterior a la expedición del Decreto 1273 de 2018, vigente al momento de causación del pago de los ciclos y su posterior recaudo extemporáneo, señalaba que el trabajador independiente debía realizar el pago mensual y anticipado de los aportes a pensión.

Pese la anterior obligación, del estudio de las planillas de pago aportadas se observa que todos los pagos se efectuaron luego de finalizado el periodo mensual correspondiente, salvo los ciclos 1998-07 y 2001-09 de los cuales no se aportó prueba de su pago, circunstancia que conforme la posición pacífica de la H. CSJ expuesta

en las sentencias SL Rad. 26.728 del 05 de diciembre de 2006, SL Rad. 36.648 del 21 de febrero de 2012, SL16204 de 2014, SL5634 de 2016, SL16420 de 2017, SL3445 de 2019, SL513 de 2020 conlleva a que no puedan ser considerados válidamente cotizados para el periodo reclamado, por cuanto las cotizaciones extemporáneas del trabajador independiente no surten efecto retroactivo:

#	PERIODO	PAGO	DIAS	SEMANA	FL
1	1996-08	1996-09	30	4,29	130
2	1997-06	1997-07	30	4,29	140
3	1997-07	1997-08	30	4,29	141
4	1998-07	1998-08	No prueba pago		
5	1999-01	1999-12	30	4,29	148
6	1999-02	1999-12	30	4,29	149
7	1999-03	1999-12	30	4,29	150
8	1999-04	1999-12	30	4,29	151
9	1999-05	1999-12	30	4,29	152
10	1999-06	1999-12	30	4,29	153
11	1999-07	1999-12	30	4,29	154
12	1999-08	1999-12	30	4,29	157
13	1999-09	1999-12	30	4,29	158
14	1999-10	1999-12	30	4,29	159
15	1999-11	1999-12	30	4,29	160
16	2000-01	2000-11	30	4,29	162
17	2000-02	2001-07	30	4,29	163
18	2000-03	2001-08	30	4,29	164
19	2000-04	2001-12	30	4,29	165
20	2000-05	2001-12	30	4,29	166
21	2000-06	2001-12	30	4,29	167
22	2000-07	2000-11	30	4,29	168
23	2000-08	2000-11	30	4,29	169
24	2000-09	2000-11	30	4,29	170
25	2000-10	2001-01	30	4,29	171
26	2000-11	2001-06	30	4,29	172
27	2000-12	2001-07	30	4,29	173
28	2001-01	2001-06	30	4,29	174
29	2001-02	2001-05	30	4,29	175
30	2001-03	2001-05	30	4,29	176
31	2001-04	2001-05	30	4,29	177
32	2001-05	2001-06	30	4,29	178
33	2001-06	2001-07	30	4,29	179
34	2001-09	2001-11	No prueba pago		
35	2001-10	2001-11	30	4,29	182

Así las cosas, si bien dichos aportes son válidos, deben ser aplicados para periodos posteriores a la fecha de pago, aspecto que en su momento informó **COLPENSIONES** a la demandante a través del

oficio SEM2017-103758 del 24 de abril de 2017 (cd fl. 84), sin que en el expediente administrativo se observe respuesta alguna a dicho requerimiento, lo que impide determinar a qué ciclos han de ser abonados los mismos.

Toda vez que no se pueden considerar los periodos pagados mediante calculo actuarial y pago extemporáneo como trabajador independiente, la pretensión de reconocimiento de la pensión de vejez conforme el régimen de transición y el Decreto 758 de 1990 debe ser resuelta considerando los aportes registrados en la historia laboral de la demandante expedida el 29 de junio de 2018, la cual allegó la demandada (fl. 92 a 102).

Así las cosas, se acredita que la demandante nació el 27 de enero de 1954 (fl. 64), por tanto, al 1° de abril de 1994 contaba con 40 años, siendo beneficiaria del régimen de transición pensional por edad en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

La vigencia de dicho régimen fue limitada por el Acto Legislativo 1° de 2005, el cual estableció que vencería el 31 de julio de 2010, salvo para aquellos afiliados que a la fecha de entrada de vigencia del mismo -29 de julio de 2005- contaran con 750 o más semanas cotizadas. En el caso particular de la demandante, acreditó a la fecha de entrada en vigencia del precitado Acto Legislativo 388,64 semanas, por tanto, el régimen de transición finalizó para ella el 31 de julio de 2010:

TOTAL SEMANAS			
DESDE	HASTA	SEMANAS	SEM 29/7/05
21/01/1981	15/04/1982	64,29	388,64
1/01/1995	31/01/1995	4	
1/03/1995	30/04/1995	8,57	
1/06/1995	31/07/1996	60	
1/09/1996	30/11/1996	12,86	
1/01/1997	31/01/1997	3,86	
1/02/1997	28/02/1997	4,29	
1/04/1997	30/04/1997	4,29	
1/05/1997	31/05/1997	4,29	
1/08/1997	30/09/1997	8,57	
1/12/1997	31/12/1997	4,29	
1/08/1998	31/08/1998	4,29	
1/12/1998	31/12/1998	4,29	
1/12/1999	31/12/1999	4,29	
1/07/2001	31/07/2001	4,14	
1/08/2001	31/08/2001	4,14	
1/11/2001	30/11/2001	4,14	
1/12/2001	31/01/2002	8,43	
1/02/2002	31/12/2002	47,14	
1/01/2003	31/12/2003	4,29	
1/02/2003	28/02/2003	4,29	
1/03/2003	31/07/2003	21,43	
1/08/2003	31/01/2004	25,71	
1/02/2004	30/11/2004	42,86	
1/01/2005	29/07/2005	29,89	

Tomando como fecha máxima del régimen el 31 de julio de 2010, para entonces la demandante contaba con 56 años, así mismo, dentro de los 20 años anteriores a sus 55 años, esto es, entre el 18 de enero de 1989 y el 18 de enero de 2009, acredita 502,72 semanas, por tanto, cumple los requisitos establecidos en el artículo 12 del Decreto 758 de 1990 para causar la pensión de vejez:

DESDE	HASTA	SEMANAS
1/01/1995	31/01/1995	4
1/03/1995	30/04/1995	8,57
1/06/1995	31/07/1996	60
1/09/1996	30/11/1996	12,86
1/01/1997	31/01/1997	3,86
1/02/1997	28/02/1997	4,29
1/04/1997	30/04/1997	4,29
1/05/1997	31/05/1997	4,29
1/08/1997	30/09/1997	8,57
1/12/1997	31/12/1997	4,29
1/08/1998	31/08/1998	4,29
1/12/1998	31/12/1998	4,29
1/12/1999	31/12/1999	4,29
1/07/2001	31/07/2001	4,14
1/08/2001	31/08/2001	4,14
1/11/2001	30/11/2001	4,14
1/12/2001	31/01/2002	8,43
1/02/2002	31/12/2002	47,14
1/01/2003	31/12/2003	4,29
1/02/2003	28/02/2003	4,29
1/03/2003	31/07/2003	21,43
1/08/2003	31/01/2004	25,71
1/02/2004	30/11/2004	42,86
1/01/2005	29/07/2005	29,89
30/07/2005	31/12/2005	21,59
1/01/2006	28/02/2006	8,43
1/03/2006	31/08/2007	77,14
1/09/2007	18/01/2009	71,21
TOTAL		502,72

De otra parte, se observa en su historia laboral que la demandante registró la novedad de retiro en 2018-04, lo que en principio implicaría el cumplimiento de los requisitos de disfrute de la pensión conforme los artículos 13 y 35 del Decreto 758 de 1990.

No obstante lo anterior, no es posible realizar las operaciones aritméticas necesarias para establecer el valor de la mesada pensional, por cuanto se reitera que la demandante no ha manifestado los ciclos en los que desea que se registren los aportes extemporáneos que efectuó como independiente, lo que impide conocer, de forma definitiva, el total de semanas aportadas, lo cual influye en el cálculo del IBL y la tasa de reemplazo, así como su fecha definitiva de retiro del Sistema General de Pensiones

Por ello, el Tribunal revocará en lo pertinente la decisión de primera instancia y ordenará a **COLPENSIONES** que determiné el valor de la primera mesada de la demandante, considerando la totalidad de los aportes extemporáneos que realizó en los ciclos posteriores al pago que seleccione la demandante para ser registrados

los mismos, para de dicha forma establecer el total de semanas cotizadas y la fecha de retiro del Sistema General de Pensiones, a fin de establecer el IBL, tasa de reemplazo y fecha de disfrute de la prestación. En todo caso, como la pensión se causó al momento en que la demandante cumplió los 55 años, el 18 de enero de 2009, deberá analizarse la procedencia de reconocer o no 14 mesadas anuales conforme el parágrafo transitorio 6 del Acto Legislativo 1° de 2005.

En lo que respecta a la pretensión de devolución del monto pagado por concepto de cálculo actuarial, esta Sala se abstiene de resolver la misma por cuanto dicha petición compete exclusivamente al Sr. OSCAR DE JESÚS URIBE ROLDAN, quien efectuó el pago, sin que exista prueba alguna de que el apoderado de la demandante hubiera sido facultado para actuar en su nombre, más aún cuando tal pretensión no fue expuesta en la demanda.

Frente a la solicitud de condena al pago de intereses moratorios, la sala absolverá de los mismos, habida cuenta que la posición que adoptó **COLPENSIONES** en sede administrativa no se vislumbra caprichosa, siendo que en sede judicial, luego de un minucioso ejercicio interpretativo y probatorio se determinó la improcedencia de considerar los ciclos reclamados por la demandante, lo que permite inferir que la Entidad aplicó de forma razonable la Ley, circunstancia que la exime esta condena conforme indicó la H. en las sentencias SL1354 de 2019, SL2314 de 2019, SL2832 de 2019, entre otras.

En todo caso, de causarse un retroactivo pensional, dichas sumas deberán ser indexadas al momento del pago.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión legal de vejez a la demandante **MARLENE URIBE ROLDAN**, conforme el Decreto 758 de 1990 en virtud del régimen de transición pensional, a partir de la fecha definitiva de retiro de la demandante del Sistema General de Pensiones. La precitada pensión deberá ser liquidada por la demandada, conforme los lineamientos expuestos en la parte motiva de esta providencia, para lo cual la demandante **MARLENE URIBE ROLDAN** deberá indicar los ciclos posteriores al pago de sus aportes extemporáneos como trabajadora independiente en los que desea que sean registrados los mismos.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0158-2020

Radicado N° 29-2019-00361-01

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación del demandante **JAIME ENRIQUE VENEGAS CONTRERAS**, en contra de la sentencia proferida el 04 de marzo de 2020, por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que absolvió a las demandadas de las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas (fl. 193 a 194, 36:24 cd fl. 192).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 69 a 76).**

JAIME ENRIQUE VENEGAS CONTRERAS solicitó declarar la nulidad o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** y su posterior traslado a **PROTECCIÓN S.A.**, de forma subsidiaria solicitó declarar inexistente tal acto; en consecuencia, condenar a las AFP a devolver el saldo de su CAIP y sus rendimientos a **COLPENSIONES** y a esta última a reactivar su afiliación sin solución de continuidad, indemnización de perjuicios morales y costas.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 27 de diciembre de 1959; que se afilió desde el 18 de mayo de 1988 al RPM administrado por el extinto ISS; que el 22 de septiembre de 1995 se trasladó el RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** y que el 23 de octubre de 2014 se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.**, sin que dichas AFP brindaran información completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada y parcializada. Afirmó que **PROTECCIÓN S.A.** efectuó proyección pensional, en la que indicó que en el RAIS su mesada sería de \$3.181.356 y en RPM \$10.186.943. Señaló que el 14 de marzo de 2019 solicitó a las demandadas la nulidad de su traslado y afiliación, solicitud que fue rechazada por éstas.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el hecho relativo a que negó la solicitud de nulidad del traslado y afiliación. Indicó que brindó asesoría integral y completa sobre las características de cada régimen, tras lo cual el demandante tomó la decisión libre e informada de afiliarse a la AFP en pensiones obligatorias y voluntarias y dejó constancia por escrito de ello, sin que par entonces tuviera régimen de transición, expectativa legítima o derecho a retornar en cualquier tiempo al RPM, a la vez que realizó campañas masivas informando a sus afiliados sobre el año de gracia de la Ley 797 de 2003, sin que acredite vicio del consentimiento y sin que pueda alegar la ignorancia de la Ley a su favor, siendo que la formación del actor como economista le permitió dimensionar los efectos de su decisión de permanecer en el RAIS. Interpuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de responsabilidad atribuible a la AFP y la genérica (fl. 86 a 113).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante y su traslado del RPM al RAIS y que negó su solicitud de nulidad del traslado y afiliación. Indicó

que corresponde al demandante la carga de la prueba de acreditar su dicho, sin que la Entidad hubiera participado en las afiliaciones controvertidas en juicio. Interpuso as excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones (fl. 126 a 131).

La demandada **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del demandante, que efectuó proyección pensional y que negó su solicitud de nulidad del traslado y afiliación. Indicó que el demandante, de forma libre y voluntaria, solicitó el traslado de AFP hacia **PROTECCIÓN S.A.**, previa asesoría completa sobre las diferencias entre el RPM y el RAIS y el modo de consolidación de la pensión, sin que acredite ningún vicio del consentimiento ni de ninguna otra situación anómala, siendo que el demandante no tiene régimen de transición, siendo relevante que el actor evidencio su voluntad de permanencia con los traslados entre AFP. Interpuso las excepciones de declaración libre y espontanea del demandante a la afiliación a la AFP, buena fe de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y el seguro provisional por falta de causa y porque afecta derechos de terceros, prescripción y la genérica (fl. 163 a 171).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 193 a 194, 36:24 cd fl. 192).

El 04 de marzo de 2020, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) 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 en su contra por el demandante JAIME ENRIQUE VENEGAS CONTRERAS, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: *sin condena en costas.*

TERCERO: *CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandante, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS. (...)*”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico establecer si es procedente decretar la ineficacia de la afiliación del demandante al RAIS con su afiliación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR y demás pretensiones.

Para resolver indicó que la H. CSJ desde 2008, ha indicado que los Fondos deben cumplir el deber de información y asesoría, siendo que se alega el incumplimiento de dicha obligación, llamando la atención del Despacho que si bien no hay prueba documental de la información que se le brindó al momento del traslado, si se allegaron pruebas de que durante su permanencia si se le brindó ésta, a la vez que el demandante indicó en su interrogatorio que con posterioridad a la afiliación en 2001 y 2002 recibió una proyección pensional en donde la pensión en el RPM era mayor pero consideró que la diferencia no era sustancial y tomó la decisión de quedarse por el servicio del cliente, hecho que se acreditó y que demuestra que el Fondo le ilustro cuando tenía 43 años ya sabía que su mesada iba a ser inferior pero no optó por devolverse al RPM, sin que para ese momento fuera posible determinar que posteriormente habría una gran diferencia, porque el salario permaneció estable y en 2015 inició su incremento y ello generó la diferencia, siendo que para esa época ya tenía 56 años y no podía retornar por edad, por tanto, el Fondo si le hizo un cálculo y le advirtió que la pensión iba a ser menor en el RAIS; pese lo cual decidió permanecer, sin que pueda alegar dicho motivo de inconformidad, quien además en economista, por tanto, no declaró la nulidad porque en su momento conoció el monto de la pensión en cada régimen y no actuó.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

El demandante **JAIME ENRIQUE VENEGAS CONTRERAS** solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que la sentencia desconoce el precedente jurisprudencial, porque el cálculo de 2002 solo indicó un posible monto pensional, más no es prueba de que se le explicó al demandante como funciona la liquidación de la pensión en el RAIS, el cual no debe conocer el demandante por ser

economista, siendo que la diferencia entre un afiliado lego y un administrador experto es la fuente de una responsabilidad mayor de las AFP de informar las características de los régimen y los alcances de la decisión del traslado, siendo que el demandante y el testigo coinciden en indicar que no se les brindó información completa, porque no se les indicó sobre las desventajas del RAIS ni las ventajas del RPM, además, al momento del cálculo no se le informó que si su salario aumentaba la diferencia iba a ser mayor¹ (37:02 cd fl. 192).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado principal del **DEMANDANTE** solicitó acceder al recurso de apelación, indicando que la sentencia de primera instancia parte de una interpretación aislada y no integral del interrogatorio del demandante, se aparta de la linera jurisprudencial pese que es aplicable al caso concreto donde las AFP

¹ Señora Juez, de forma respetuosa interpongo recurso de apelación y solicito al honorable Tribunal, a los magistrados, que por favor revoquen la sentencia de primera instancia proferida por el Juez 29, atendiendo a que no comparte esta apoderada la tesis o teoría en que se basa la señora Juez para proferir la sentencia, atendiendo a que violenta de alguna manera o deja de cumplir con la jurisprudencia que la Alta Corte Suprema de Justicia ha venido sentando. No es claro o suficiente basar la sentencia toda en el cálculo que al demandante se le hizo en el año 2002, porque si bien nos fijamos el cálculo simplemente le habló de expectativa pensional pero nunca le habló de como funcionaban los rendimientos y que por ser economista no tiene porque saberlo, de hecho, hay miles de personas que se encuentran en el mismo problema de desconocer el funcionamiento del sistema pensional, siendo que el demandante se dedica al sector comercio y negocios internacionales, no tenía porque conocer como funcionaba la tasa de rendimiento del fondo ni nada de esto, de hecho, la Corte ha indicado que todos somos legos en este tema, precisamente, por ello surge el deber de información en cabeza de los fondos ante la falta de igualdad entre las partes que contratan, no se trata de dos parte negociando como en materia civil medias o zapatos, se trata de la pensión de una persona, de la administración de los Fondos que van a proveer la vejez de una persona, entonces, de allí surge una responsabilidad en cabeza del fondo mucho mayor ya que tiene la experticia en el tema y que debe informar, por tanto, para mi no hubo confesión en el interrogatorio del señor Jaime, quien demostró un desconocimiento total del tema, a la vez que el señor Carlos indicaron que jamás se les habló de desventajas, simplemente les pintaron todo lo bueno, maravilloso y bondades pero nunca hubo balanza frente a ellos para que dijeran que me pesa más, que es diferente, porque si se les pregunta al señor Jaime o Carlos sobre las desventajas del fondo privado no saben, o que ventajas tenían el RPM tampoco lo saben, si les preguntan como se calcula la pensión en uno u otro tampoco los saben, entonces en el 2002 también era imposible para el demandante saber que su salario iba a aumentar y que ello iba a verse reflejado de forma directa en la mesada que iba a recibir 20 años después, él no tenía manera de saberlo igual que el Fondo, pero el Fondo si pudo advertirle que si su salario aumentaba quizás en el RPM su mesada pensional iba a ser totalmente distante de la que le estaba ofreciendo el fondo privado, entonces, señores magistrados, para esta apoderada no se evidencia o las pruebas del proceso no fueron valoradas como debía serlo, salta a la vista que la información pudo haber sido valorada o usada o entendida de manera diferente, esto atendiendo que también la Corte ha dicho que no tiene nada que ver la profesión de la persona, no tiene nada que ver la situación en la que se encuentra, si es beneficiario o no del régimen de transición o más o menos saldo, eso no importa, porque todo se remonta al momento cuando al señor Jaime no le dieron la información completa para que tomará una decisión que si bien el formulario nos muestra que fue libre, no fue informada y realmente lo que hace valedero y le impregna el requisito de validez a la firma del formulario prediligenciado es que él contara con un panorama totalmente claro para tomar la decisión informada y consciente, lo que repercute en la voluntad de él, entonces, señores magistrados dejo sentados mis argumentos bastante inconforme con la decisión solicito revoquen la sentencia de primera instancia y en su lugar concedan la nulidad del traslado. Muchas gracias.

demandadas no acreditaron el diligente y completo cumplimiento del deber de información en los términos exigidos jurisprudencialmente. Por su parte, la apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó confirmar la sentencia, reafirmando los argumentos de la contestación de la demanda y por la falta de prueba de que la AFP hubiera omitido información o engañado al demandante. Por su parte, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la Dra. Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y TP 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha demandada, quien solicitó confirmar la sentencia de primera instancia, toda vez que el traslado de régimen fue válido, existe prueba de que se le brindó una completa y adecuada asesoría, el deber de doble asesoría no es retroactivo, corresponde a cada parte acreditar su dicho y acceder a lo pretendido afectaría el equilibrio financiero del sistema. Agotado el término de traslado, la demandada **PROTECCIÓN S.A.** se bastó de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si el traslado pensional del demandante al RAIS mediante su vinculación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.**, cumplió o no con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: *i*) el demandante **JAIME ENRIQUE VENEGAS CONTRERAS** nació el 27 de diciembre de 1959 (fl. 5vto); *ii*) el

demandante estuvo afiliado al RPM a través del extinto ISS hoy **COLPENSIONES** del 1° de marzo de 1982 al 31 de octubre de 1995, acumulando 695,57 semanas conforme su historia laboral (cd fl. 125); **iii)** el demandante se trasladó del RPM al RAIS al suscribir formulario de afiliación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** el 22 de septiembre de 1995, el cual se hizo efectivo desde el 1° de octubre de 1995 (cd fl. 117); **iv)** el 16 de diciembre de 2004 el demandante suscribió formulario de afiliación al Fondo Voluntario de Pensiones de **PORVENIR S.A.** (fl. 157); **v)** el 23 de octubre de 2014, el demandante se traslado de AFP hacia **PROTECCIÓN S.A.** (fl. 146), la cual se hizo efectiva a partir del 1° de diciembre de 2014 (fl. 161), AFP a donde permanece vinculado y en donde acumuló 1479,72 semanas cotizadas a agosto de 2019 (fl. 150).

- Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley 663 de 1993 *Estatuto Orgánico del Sistema Financiero*, vigente desde antes de la creación de las administradoras de Fondos de Pensiones- AFP, previó en el numeral 1° de su artículo 97, la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios la información necesaria para brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP, desde su fundación,

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

En la sentencia SL3464 de 2019, la sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y, por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL19447 de 2017 y SL1421 de 2019, indicó que el libre albedrio exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También indicó la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia absolvió a las demandadas de las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas.

La apoderada del **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y acceder a las pretensiones. Indicó que la sentencia desconoció el precedente jurisprudencial, que el cálculo de 2002 sólo indicó un posible monto pensional pero no prueba que se le dio una asesoría completa, siendo que tanto el demandante como el testigo coinciden en señalar que no se les indicaron desventajas del RAIS ni ventajas del RPM o que si su salario aumentaba la diferencia de la mesada iba a ser mayor.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante indicar que la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó que los litigios donde se debate la validez del traslado del RAIS al RPM por falta de asesoría, deben ser abordados desde la perspectiva de la ineficacia y no de la nulidad, tal y como indicó en las sentencias SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019.

La obligación de información y asesoría de las AFP, como entidades financieras que son, les fue impuesta desde su fundación a través del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, también por medio del artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, normas que las obligan a brindar a sus afiliados la información necesaria para que escojan la mejor opción de mercado. Así mismo, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 señaló que los promotores de las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado.

La diligencia en el cumplimiento de dicha obligación, conforme el artículo 1604 CC y el precedente jurisprudencial, en especial la sentencia SL1689 de 2019, debe ser acreditada por la AFP, quien debe

demostrar que informó de las características de cada régimen, tales como la forma de cálculo de la mesada pensional, el monto aproximado de capital necesario para causar el derecho en RAIS y que el mismo puede aumentar o disminuir por efectos de rentabilidad, la normatividad aplicable a la redención del bono pensional y la edad de redención sin descuento, la incidencia en el monto pensional de la edad de los posibles beneficiarios en RAIS, el derecho de retracto, las diversas modalidades de pensión de vejez en RAIS y sus características, que no todo el valor del aporte ingresa a la CAIP ya que un porcentaje se destina al pago de gastos administrativos y del fondo de solidaridad pensional, entre otros muchos diversos aspectos.

En el presente asunto, no existe ninguna prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS mediante afiliación a la AFP COLPATRIA hoy **PORVENIR S.A.** efectuada el 22 de septiembre de 1995 (cd fl. 117), el demandante hubiera recibido una asesoría completa y comprensible sobre los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de su traslado pensional, obligación que no se acredita solo con el formulario de afiliación conforme la posición jurisprudencial de la H. CSJ ya descrita, por tanto, se infiere razonablemente que la AFP no demostró que cumplió dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Ahora bien, no desconoce la Sala que el demandante manifestó en su interrogatorio apreciaciones que dan cuenta de que conoce aspectos básicos del RAIS, por ejemplo, señaló que existen cuentas individuales en donde se depositan los aportes y la existencia del bono pensional, sin embargo, tales manifestaciones por sí solas no acreditan el cumplimiento del deber de información y asesoría por parte de las demandadas en los términos exigidos por el precedente jurisprudencial antes citado.

De otra parte, llama la atención que el 24 de abril de 2002, **PORVENIR S.A.** efectuó estimación pensional al demandante, oportunidad en la que le indicó que a los 62 años y bajo el supuesto de 14 mesadas anuales, el valor de la mesada en el RAIS sería de \$2.149.652 y en el RPM de \$2.456.843, así mismo, le indicó que para

alcanzar la pensión deseada de \$5.000.000 a los 50 años debía realizar cotizaciones voluntarias de \$5.534.537 (fl. 186). De otra parte, el 12 de marzo de 2015, el demandante solicitó en **PROTECCIÓN S.A.** proyección pensional, oportunidad en la que se indicó en el acta “*queda pendiente reasesoría pensional*”.

De la revisión de las anteriores pruebas, se puede inferir, de forma razonable, que en su momento se informó de forma expresa que el monto de la pensión sería mayor en el RPM y que para alcanzar la pensión deseada debía realizar aportes voluntarios de \$5.534.537, sin embargo, ello no se puede equiparar a que también se le hubiera explicado las características y forma de consolidación y liquidación del derecho pensional en el RPM, o sobre la existencia de otros factores que inciden en la determinación del monto de dicho derecho en el RAIS como lo es la expectativa de vida del afiliado y de sus potenciales afiliados, la rentabilidad de los aportes o modalidad pensional escogida, ni muchos menos acredita que se hubiera realizado un ejercicio comparativo entre ambos regímenes o se hubiera realizado la advertencia de que a mayor valor del aporte mayor sería la diferencia entre el monto de las mesadas entre ellos.

En conclusión, del análisis de las pruebas aportadas, no observa la Sala que las AFP demandadas acrediten haber suministrado la información suficiente para que el demandante comparara de forma integral y completa las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como de los beneficios y riesgos de permanecer en uno u otro, ya sea al momento del traslado o en oportunidades posteriores.

Así las cosas, esta Sala revocará la decisión en primera instancia y en su lugar declarará la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, lo que conlleva a retrotraer las cosas al estado en el cual se encontraba, acarreando para **PROTECCIÓN** la obligación de devolver la totalidad de aportes pensionales y rendimientos de la CAIP del demandante hacia **COLPENSIONES**.

Respecto de los gastos de administración y comisiones, debe precisarse que también deberán ser retornados a **COLPENSIONES** por **PORVENIR** y **PROTECCIÓN**, según el tiempo de vinculación del demandante, conforme se indicó en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019 y SL3464 de 2019, en las cuales se reiteró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, providencias en las cuales la H. CSJ indicó que dichos conceptos deben ser devueltos al RPM, en virtud de la ineficacia del traslado, con cargo a los propios recursos de la AFP.

De otra parte, se declarará que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

En lo que respecta a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, en la sentencia SL1421 de 2019 la H. CSJ señaló la inoperancia de este medio exceptivo en los asuntos en los cuales se declara la ineficacia del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia, se declara no probada

Costas de primera instancia a cargo de las AFP demandadas, por cuanto se declara la ineficacia del traslado debido a que dichos Fondos no acreditaron el cumplimiento diligente del deber de información con el demandante. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR la **INEFICACIA** del traslado del RAIS al RPM y de los subsecuentes traslados de AFP que realizó el demandante **JAIME ENRIQUE VENEGAS CONTRERAS**, conforme la parte motiva de esta sentencia. En consecuencia, **CONDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo de la afiliación del demandante, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración, debidamente indexados, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos; así mismo **CONDENAR** a **COLPENSIONES** recibir de dicha AFP los valores aludidos e incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral del demandante y a reactivar su afiliación al RPM sin solución de continuidad.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los gastos de administración, debidamente indexados, que recibió por motivo de la afiliación del demandante, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos.

CUARTO: DECLARAR que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO: AUTORIZAR a **COLPENSIONES** para que obtenga por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del

demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEXTO: costas de primera instancia a cargo de **PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0172-2020

Radicado N° 30 2017 00628 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2019, por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del actor y en consecuencia, condenó a COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores recibidos por la afiliación del demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

MANUEL RICARDO RUIZ ROMERO, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, con el fin de que se declare la nulidad del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliado al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 22 de noviembre de 1957, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de octubre de 1982 hasta el 29 de febrero de 1996, que el 18 de enero de 1996 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS, que no le dieron información clara y suficiente sobre las implicaciones positivas y negativas de dicho traslado, ni de las condiciones pensionales reales que podía ofrecerle el fondo, que tampoco le informaron que tenía la posibilidad de regresar al RPM antes de que le faltaran menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión. Informa que el 14 de junio de 2017, solicitó a COLPENSIONES la anulación de traslado de régimen pensional y afiliación al RPM.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitudes presentadas, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe (fls. 108 a 115).

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso la de validez de la afiliación a Colfondos, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho y prescripción (fls. 140 a 149).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 20 de noviembre de 2019, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS del actor y en consecuencia, condenó a COLFONDOS a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener

como afiliada del RPM al demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo el demandante MANUEL RICARDO RUIZ MORENO identificado con CC. N° 3.020.988 del entonces ISS hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme a lo expuesto. **SEGUNDO: DECLARESE** válidamente vinculado al demandante MANUEL RICARDO RUIZ ROMERO identificado con CC. N° 3.020.988 al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto. **TERCERO: CONDENASE** a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual del señor MANUEL RICARDO RUIZ ROMERO identificado con CC. N° 3.020.988, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, estos últimos patrimonio de la administradora debidamente indexados, conforme lo expuesto. **CUARTO: ORDENESE** a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante MANUEL RICARDO RUIZ ROMERO identificado con CC. N° 3.020.988, actualice la información de su historia laboral. **QUINTO: ABSOLVER** a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra. **SEXTO: DECLARENSE** no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto. **SEPTIMO:** sin costas ni a favor ni en contra de COLPENSIONES ni de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme lo expuesto. **OCTAVO: CONSULTESE** la presente decisión ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá”.

El Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, la AFP demandada tenía la carga de probar el cumplimiento de la obligación de información, lo cual no ocurrió, pues no se aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la ineficacia del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada COLPENSIONES pide que se revoque la decisión de primera instancia y se nieguen las pretensiones de la demanda. Aduce que el acto de traslado del demandante cumplió con la totalidad de los requisitos legales y por ello es un contrato válidamente efectuado. Dice que no es procedente ordenar el traslado del actor porque éste se encuentra inmerso dentro de una prohibición legal para regresar al RPM y que de todas formas la decisión afecta la sostenibilidad financiera del sistema.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del demandante presentó alegaciones. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia en cuanto se dan los presupuestos definidos en la jurisprudencia para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

La apoderada de COLPENSIONES presentó sus alegatos, solicita que se revoque la sentencia de primera instancia reiterando al efecto los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte el apoderado de la AFP COLFONDOS no presentó alegaciones de segunda instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer sí el traslado pensional del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 22 de noviembre de 1957 (fl. 28); **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de octubre de 1982 hasta el 31 de enero de 1996 (fl. 31); **iii)** que el 18 de enero de 1996 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS (fl. 33); **iv)** que el 14 de junio de 2017 solicitó a COLPENSIONES la anulación del traslado de régimen pensional y afiliación al RPM (fl. 35).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993
- Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época

en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos

que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- CASO CONCRETO

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor MANUEL RICARDO RUIZ ROMERO se trasladó a la AFP COLFONDOS el 18 de enero de 1996, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente.

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas

obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado del demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreado para COLFONDOS S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como el juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Sobre la obligación aquí definida a cargo de la AFP, sería del caso, en los términos del inciso 2° del artículo 305 del CGP, establecer el término que tiene dicha demandada para dar cumplimiento a la obligación, no obstante, y dado el cambio de la composición de la Sala de Decisión, el magistrado sustanciador recoge el criterio expresado en el pasado sobre este aspecto,

teniendo en cuenta que éste no fue acogido por la mayoría de la Sala de decisión.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

TERCERO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0171-2020

Radicado N° 30 2018 00671 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CARLOS ALBERTO SILVA FLÓREZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de **la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES**. Solicita que se condene al reconocimiento y pago de la pensión de acuerdo a lo definido en la ley 33 de 1985, junto con las mesadas adicionales, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 4 de diciembre de 1958, que se vinculó al BANCO CAFETERO en calidad de trabajador

oficial el 27 de mayo de 1977 y prestó servicios a dicha entidad hasta el 2 de octubre de 2000, que en total su tiempo de servicio a favor del Banco fue de 8.462 días, y así lo reconocen las resoluciones expedidas por COLPENSIONES. Dice que el 5 de julio de 1994 el Banco Cafetero recibió participación accionaria privada en cuantía superior al 10%, y que el 28 de septiembre de 1999, FOGAFIN capitalizó BANCAFE y la participación del Estado nuevamente quedó en más del 90%. Informa que solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión y mediante Resolución GNR 333235 del 26 de octubre de 2015, dicha entidad negó su solicitud; que el 9 de abril de 2018, presentó derecho de petición a COLPENSIONES solicitando nuevamente el reconocimiento de la pensión y mediante Resolución SUB 108720 del 23 de abril de 2018, resolvió de manera desfavorable la solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante y los actos administrativos expedidos, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Propuso como excepciones las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe (fls. 55 a 60).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de septiembre de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: *DECLARAR probada la excepción denominada inexistencia del derecho y de la obligación, propuesta por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.*
SEGUNDO: *ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de todas las pretensiones incoadas en la demanda, por las razones expuestas en esta motiva de esta providencia.*

TERCERO: *CONDENAR EN COSTAS de esta instancia al demandante. Líquidense por secretaria e inclúyanse como agencias en derecho a favor de la demandada la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$500.000) y*
CUARTO: *CONSÚLTESE la pretense decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por salir adversa a los intereses de la parte actora”.*

El Juez definió el problema jurídico en establecer si el demandante tiene derecho a la pensión de jubilación que reclama bajo lo parámetro que define la Ley 33 de 1985. Para resolverlo indicó que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, no obstante estableció que dado el cambio de naturaleza jurídica del BANCO CAFETERO, el actor solo se desempeñó como trabajador oficial por un lapso de la relación laboral y no completó 20 años de servicios al sector público, por lo que no es procedente reconocer la pensión bajo el amparo de la Ley 33 de 1985.

III. RECURSO DE APELACION

Inconforme con la decisión anterior el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación. Pide que se revoque la decisión de primera instancia y en su lugar se ordene el reconocimiento de la pensión reclamada. Para sustentar el recurso aduce que durante toda su vida laboral el demandante prestó servicios al BANCO CAFETERO, que independientemente de la variación en la composición accionaria de dicha entidad, no puede entenderse que por el lapso transcurrido entre el 5 de julio de 1994 y el 30 de diciembre de 1995, el demandante dejó de ser trabajador oficial, pues de todas formas el Estado responde por este tiempo, dice además que debe aplicarse la sentencia 722 de 2007 de la Corte Constitucional, que al resolver una situación similar en el caso de Ecopetrol, definió que esta entidad nunca dejó de ser pública pese al cambio de naturaleza jurídica.¹

¹ Efectivamente y como bien lo hizo el despacho, efectivamente se reduce a dos premisas muy básicas la discusión bajo estudio, y es, establecer si ese tiempo cotizado entre el 5 de julio de 1994 y el 30 de diciembre de 1995 sea válido si o no, como servicio al estado, evidentemente ese tiempo y conforme bien lo ha señalado toda la sentencia, ese tiempo

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

a partir del 5 de julio de 1994 dada la capitalización de Bancafe es un tiempo que se presume privado, si bien es un tiempo que se presume privado, el despacho de instancia simplemente da por sentado de que pese a que es privado, el estado responde por él, por simplemente ser una entidad que se necesitaba en ese momento entonces mi poderdante está en el peor de los mundos, el estado responde por su tiempo, el estado va asumir la responsabilidad, el estado va a pagar su cuota parte, el estado va a pagar su bono pensional pero eso que va a pagar el estado no es servicio público, que es la esencia de la ley 33, es la necesidad de pensionar o la prerrogativa de pensionar a quien le presta 20 años de servicio al estado, como bien también lo precisó el fallo, ha de tomarse la resolución expedida en 2018 en apelación como la más favorable, donde se habla 1007 semanas públicas, esas 1007 semanas equivalen a 7.049 días, con tan solo incluir ese tiempo de servicio que el Estado si va a pagar y que el Estado si va responder por él, mi poderdante cumple de sobra los 20 años de servicio para ser acreedor a la pensión, efectivamente y como bien lo precisó el despacho el suscrito apoderado habla y menciona la sentencia del a sentencia 722 de 2007, respecto a Ecopetrol donde paso una situación absolutamente similar, el artículo 7 de la ley 1118 decía “una vez ocurra el cambio de la naturaleza jurídica de Ecopetrol la totalidad de los servidores públicos de Ecopetrol tendrán carácter de trabajadores particulares y por ende los contratos individuales de trabajo se continuaran aplicando conforme las disposiciones del CST”, la sentencia es muy enfática en señalar que así Ecopetrol contara con una composición accionaria superior o menor del 80% el Estado seguirá desarrollando actividades de naturaleza industrial y comercial, pero considero necesario que el legislador tuviera cierta flexibilidad pero esa flexibilidad no implica por si misma que la naturaleza de la entidad deje de ser pública, en este caso Bancafe no deja de ser pública por su composición accionaria, es simplemente un llamado a la naturaleza de los contratos laborales, se insiste dice la Corte “si se toma el texto original de la disposición contenida en el artículo 7 de la ley 1118 se pone en evidencia como lo que se trata es de señalar el régimen laboral aplicable a los trabajadores de Ecopetrol para tal efecto se empieza a ratificar su condición de servidor público, para señalar luego que dichos servidores públicos tendrán el carácter de trabajadores particulares para efectos de la determinación del régimen jurídico aplicable a los contratos individuales de trabajo, disposición que se encuentra en consonancia con el artículo 123 de la Constitución, según el cual los empleados y trabajadores del estado y entidades descentralizadas son servidores públicos, mi debate o mi insistencia radica es en que la ley 33 no habla de 20 años como trabajador oficial, habla de los empleados del estado y el artículo 123 de la constitución dice que son trabajadores del estado los de las entidades descentralizadas, la Corte Constitucional, en este caso para Ecopetrol, dejo muy claro, claro no dejan de ser servidores públicos lo que pasa es que para su regulación o para su vinculación tiene que ser considerados dentro del margen del derecho laboral individual, pero eso no retira de la legalidad o de la juridicidad que ellos sean servidores públicos, tanto que pueden ser condenados fiscalmente, tanto que pueden ser condenados disciplinariamente, todo lo perjudicial de un servidor público le es aplicable, menos el derecho a acceder a una pensión que la Ley 33 consideraba dada para las personas que le servían al Estado, Bancafe por más transformaciones que tuviere nunca dejo de ser Estado, por último su señoría, y no menos importante, es necesario establecer que en el presente caso a mi poderdante ha estado de la manera más desafortunada y ha sido violado en sus expectativas legítimas por más de una ocasión, primero se retira con más de 23 años de servicio de una entidad pública y la firman, posteriormente en el año 2000, después de tener 20 años a la misma empresa que ha sido pública, que desafortunadamente sus 20 años no son públicos, pero con la tranquilidad de contar con un régimen de transición que en ese momento o le daba 20 años públicos o 1.000 semanas de pensión, eso en el año 2000, en el 2003 la 797 le dice no, transición se la conservo pero ahora son 1.300 semanas, bueno me quedo con mi transición de 1.000 semanas, y después en el 2005 le cambian el universo y otra vez, si transición pero antes, ya no con 20 años a los 55 sino con 1.000 o 1.300 semanas a los 62, cambiándoles todas las condiciones laborales a lo largo de su vida de cotizante y perteneciente al régimen, cuando por allá en 1977 se vinculó a norma, tuvo una transición de 1994, logró 15 años de servicio, todo para demostrar su señoría que siempre las expectativas legítimas de mi poderdante han estado vinculadas a que si ha prestado 20 años de servicio al Estado y tan solo, con tan solo simplemente afirmar que un tiempo por el cual el estado va responder sea considerado público 5 de julio de 1994 – 30 de diciembre de 1995, la pensión de mi poderdante estaría zanjada, las expectativas de él siempre han estado atadas a la legalidad, nunca ha cometido una irregularidad y siempre ha estado prestando sus servicios a la misma empresa que no han salido del estado que no siempre fue pública, muchas gracias su señoría, con estas argumentaciones y cualquier otra que encuentre en vía de consulta solicito al honorable Tribunal sea revocada la decisión y las pretensiones concedidas, muchas gracias”.

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada sustituta de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues el actor no cumple con los requisitos definidos en la Ley 33 de 1985 para acceder a la pensión que reclama.

Por su parte la parte demandante presentó alegatos de conclusión, solicitando que se revoque la decisión de primera instancia, reiterando los argumentos expuesto en el recurso de apelación.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación interpuesto.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en definir si el demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y en dado caso si le es aplicable el régimen previsto en la Ley 33 de 1985 por el tiempo servido al BANCO CAFETERO.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto y para lo que es objeto de controversia en esta instancia, no se controvirtieron los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 4 de diciembre de 1958 (fl. 39); **ii)** que prestó servicios al BANCO CAFETERO entre el 27 de mayo de 1977 y el 2 de octubre de 2000 (fl. 30); **iii)** que solicitó a COLPENSIONES el reconocimiento de la pensión de jubilación bajo el

amparo de la ley 33 de 1985 y esta entidad mediante Resoluciones GNR 333235 del 26 de octubre de 2015, SUB 108720 del 23 de abril de 2018, SUB 179482 del 5 de julio de 2018 y DIR 14350 del 8 de agosto de 2018 resolvió de manera desfavorable su solicitud (fls. 3 y 4, 9 a 11 y 16 a 23).

- **Condición de Beneficiario del Régimen de Transición del Demandante y Derecho a la Pensión.**

Para definir este aspecto encuentra la Sala que CARLOS ALBERTO SILVA FLOREZ está amparado por el régimen de transición previsto en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues según lo demuestra la historia laboral obrante en el CD. de folio 65, que contiene el expediente administrativo del actor, y la copia del certificado de información laboral para bono pensional (CD.), para el 1° de abril de 1994 el actor contaba con 16 años, 10 meses y 4 días de servicio al BANCO CAFETERO (tiempo dentro del cual la entidad efectuó cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES entre el 27 de mayo de 1977 y el 1° de abril de 1990, y el restante le fue certificado como tiempo servido), y si bien el Acto Legislativo 01 de 2005 dispuso en su parágrafo transitorio N° 4 que dicho régimen de transición expiraría a partir del 31 de julio de 2010, dejó a salvo las personas que a la entrada en vigencia de dicha reforma (25 de julio de 2005), tuvieran más de 750 semanas cotizadas o el equivalente en tiempo de servicios, para ellos conservó la transición hasta el año 2014. En esta situación se encontraba el demandante, pues para el 25 de julio de 2005 contaba con 23 años 4 meses y 3 días de servicio al BANCO CAFETERO, dentro de los cuales se realizaron cotizaciones al ISS hoy COLPENSIONES por 913.29 semanas.

Ahora bien, definida la calidad de beneficiario del régimen de transición del actor, y dado que éste aduce haber prestado servicios al BANCO CAFETERO, la Sala verificará si estos tiempos son acumulables para causar la pensión bajo la regulación de la Ley 33 de 1985.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia ha definido que debido al cambio de participación accionaria del extinto BANCO CAFETERO, a los trabajadores de dicha entidad en algunas oportunidades se les han aplicado las normas del sector público y en otras el régimen del CST. Ha dicho la Corte que dada la transformación de que fue objeto esta entidad al pasar de una Empresa Industrial y Comercial del Estado a una Sociedad de Economía Mixta, necesariamente varió el régimen aplicable a sus trabajadores y por ello para los efectos pensionales que regula la Ley 33 de 1985 no puede tenerse en cuenta el tiempo de servicios que transcurrió entre el 5 de julio de 1994 y el 27 de septiembre de 1999, pues durante este lapso los trabajadores se regían por las normas del C.S.T. (Sentencia SL 2179-2020, SL 21847-2017, sentencia radicado 42142 del 13 de junio de 2012, entre otras).

Así las cosas, de las pruebas aportadas al expediente se advierte que CARLOS ALBERTO SILVA FLOREZ prestó servicios al BANCO CAFETERO entre el 27 de mayo de 1977 y el 2 de octubre de 2000 (fl. 30), es decir por un total de 23 años 4 meses y 5 días. De este lapso se entiende como tiempo servido al sector público, de acuerdo a la jurisprudencia referida, un total de 18 años 1 mes y 12 días, tiempo insuficiente para acceder a la pensión bajo la regulación de la Ley 33 de 1985, que en su artículo primero define el derecho a esta prestación para los trabajadores que acrediten 20 años o más de servicio al sector público.

Por lo anterior y dado que el actor no podría causar el derecho pensional bajo la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, pues cumplió la edad de 60 años solo hasta el año 2018 cuando ya había expirado el régimen de transición y tampoco es posible estudiar su derecho a la luz de la Ley 100 de 1993 por no contar con 62 años de edad a la fecha de esta sentencia, se confirmará la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RIOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0176-2020

Radicado N° 34 2019 00258 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por **COLPENSIONES** contra la sentencia proferida el 6 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a **COLFONDOS S.A.** a trasladar todos los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante, a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

CONSUELO FANDIÑO LOPEZ, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES** y la **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, con el fin de que se declare la ineficacia del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliada al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 6 de enero de 1962, que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 10 de octubre de 1981 hasta el 30 de septiembre de 1995; que el 25 de septiembre de 1995, se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS; que no recibió información sobre las implicaciones y consecuencias positivas y negativas del traslado, ni recibió una asesoría completa y detallada sobre las implicaciones de dicho traslado en su situación pensional. Afirma que el 29 de agosto de 2018, solicitó a COLPENSIONES su retorno al RPM y esta entidad resolvió desfavorablemente su solicitud.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **AFP COLFONDOS S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad y traslado de régimen, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual, prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago (fls. 58 a 78).

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad, afiliación al ISS y solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, excepción de error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe y prescripción (fls. 98 a 113).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 6 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del traslado del RPM al RAIS de la actora y en consecuencia, condenó a COLFONDOS a trasladar la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación de la actora a COLPENSIONES, y a dicha entidad a tener como afiliada del RPM a la demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado realizado el día 25 de septiembre de 1995, por CONSUELO FANDIÑO LOPEZ, del RPM al RAIS a través de la afiliación a la AFP COLFONDOS. **SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP COLFONDOS a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de CONSUELO FANDIÑO LOPEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. **TERCERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la AFP COLFONDOS con motivo de la afiliación de CONSUELO FANDIÑO LOPEZ como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado. **CUARTO:** Sin lugar a imponer costas a las partes. **QUINTO:** Conceder el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo señalado en el inciso tercero del artículo 69 del CPL”

La Juez definió el problema jurídico en el sentido de determinar si es válido el traslado de la demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que en el presente asunto, la AFP demandada tenía la carga de probar el cumplimiento al deber de información, lo cual no ocurrió, pues no aportó prueba alguna al efecto. Concluyó que en consonancia con la reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en estos casos procede la nulidad del traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandada COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se revoque la sentencia de primera instancia. Fundamentó su recurso en que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal que genera la imposibilidad de regresar al RPM, norma que fue declarada exequible por la Corte Constitucional, dice que la decisión adoptada vulnera el principio de sostenibilidad financiera del sistema y por ello no ordenarse el traslado de la demandante al RPM.

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada principal de COLPENSIONES sustituyó poder a la Dra. NICOLETTE STACY RUIZ VELANDIA identificada con CC. N° 1.034.291.997 y portadora de la TP N° 289.295 del C.S. de la J., a quien se tendrá como apoderada sustituta de dicha entidad.

La referida apoderada presentó sus alegaciones solicitando que se revoque la decisión de primera instancia. Para el efecto reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte el apoderado de la parte demandante, pide en sus alegatos que se confirme la decisión de primera instancia que accedió a las pretensiones de la demanda, pues se acreditaron los requisitos definidos en la jurisprudencia para la procedencia de la nulidad solicitada.

El apoderado de la AFP COLFONDOS no presentó alegaciones esta instancia.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado pensional de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP COLFONDOS cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante nació el 6 de enero de 1962 (fl. 2); **ii)** que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 10 de septiembre de 1981 hasta el 30 de septiembre de 1995 (fl. 14); **iii)** que el 25 de septiembre de 1995 se trasladó al RAIS administrado por COLFONDOS (fl. 18 vto.); **iv)** que el 29 de agosto de 2018, solicitó a COLPENSIONES la afiliación al RPM (fls. 5 y 6).

- Fundamentos Normativos sobre Traslado de Régimen Pensional

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo de la libre selección de régimen pensional, cuya característica fundamental se encuentra prevista en el literal b) del art 13 de la ley 100 de 1993, el cual establece la selección libre y voluntaria por parte del afiliado; a su turno el art. 114 *ibídem*, dispone los requisitos para el traslado, puntualizando que la selección de dicho régimen, debe efectuarse de manera libre, espontánea y sin presiones. Por su parte, el artículo 271 de la misma ley, señala, no solamente las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de afiliación o selección, sino que ordena dejar

sin efecto la afiliación efectuada, permitiendo realizar una nueva en forma libre y espontánea.

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen de la demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindarles un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las administradoras de fondos de pensiones, desde su fundación, estaban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales para garantizar a sus afiliados un juicio claro y objetivo sobre las mejores opciones del mercado.

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencia de la decisión. También dijo la Corte que

para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, la señora CONSUELO FANDIÑO LOPEZ se trasladó a la AFP COLFONDOS el 25 de septiembre de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que la demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente.

Como no obran más pruebas documentales o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones COLFONDOS en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado a la demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que

se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación. Por ello la Sala confirmará la decisión de primera instancia, precisando que en el caso bajo estudio no operó una nulidad sino la ineficacia del traslado y para dar claridad a la decisión se modificará en lo pertinente la sentencia apelada.

Como la Sala declarará la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual, esto conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreado para la AFP COLFONDOS, la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPM.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP COLFONDOS a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019).

Dado que la juez de primera instancia no definió la devolución de los gastos de administración, para mejor proveer la Sala adicionará el numeral segundo de la sentencia y definirá la condena como corresponde.

Además de lo anterior, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar la ineficacia del traslado de la demandante CONSUELO FANDIÑO LOPEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: ORDENAR a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS** trasladar a **COLPENSIONES**, la totalidad de los valores que recibió por motivo del traslado de la actora, incluyendo los rendimientos generados por éstos en dicho Fondo y los dineros destinados para la garantía de pensión mínima, así como los gastos de administración debidamente indexados los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

CUARTO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia de primera instancia.

QUINTO: SIN COSTAS en la instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0150-2020

Radicado N° 35-2017-00436-02

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver los recursos de apelación del demandante **MAURICIO ÁLVAREZ HINCAPIÉ** y de la demandada **PFIZER S.A.S.**, en contra de la sentencia proferida el 20 de mayo de 2019, por el Juzgado Treinta y Cinco (05) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó a **PFIZER S.A.S.** a pagar la diferencia de aportes entre las categorías 46 y 51 del artículo 2 del Decreto 2610 de 1989, previo cálculo actuarial de **OLD MUTUAL S.A.** incluyendo los intereses causados, a la vez que condenó a dicha AFP a realizar todos los trámites necesarios ante la Oficina de Bonos Pensionales de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a fin de registrar la correspondiente novedad, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PFIZER S.A.S.** (fl. 263, 28:03 cd fl. 262).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 55 a 66).**

MAURICIO ÁLVAREZ HINCAPIÉ solicitó declarar la existencia de un contrato de trabajo con **PFIZER S.A.S.** del 08 de enero de 1991

al 30 de julio de 1994, así como del salario y categoría efectivamente devengados al 30 de junio de 1992 y que su empleador debe pagar la diferencia entre el valor del bono pensional calculado y el realmente devengado; en consecuencia, condenar a **PFIZER S.A.S.** a reportar a **OLD MUTUAL S.A.** y a la Oficina de Bonos Pensionales de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO el *FORMATO 1A Constancia del empleador del salario devengado y reportado al ISS* conforme el artículo 8 del Decreto 1474 del 30 de mayo de 1997, así como a pagar el cálculo actuarial por la diferencia entre el valor devengado y el reportado el 30 de junio de 1992, intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico señaló que laboró para WARNER LAMBERT LTDA hoy **PFIZER S.A.S.** por los extremos temporales reclamados, siendo su salario al 30 de junio de 1992 de \$1.221.276, pese lo cual su empleador reportó erróneamente al extinto ISS que para dicho ciclo su salario era de \$488.370, dato erróneo que registra en la Oficina de Bonos Pensionales de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO - OBP. Señaló que el 1º de septiembre de 1995 se trasladó del RPM al RAIS. Afirmó que requirió a su empleador solicitar a COLPENSIONES y a la OBP la corrección de su salario y que a través de **OLD MUTUAL S.A.** realizar la corrección de su bono pensional, petición que negó la empresa, pese que el 14 de abril de 2014 la OBP informó a su empleador el procedimiento para corregir el reporte del salario al 30 de junio de 1992, a la vez que el 22 de mayo de 2015 COLPENSIONES certificó el valor del salario erróneamente reportado, motivo por el cual el 22 de agosto de 2016 solicitó a **PFIZER S.A.S.** corregir el valor del salario ante COLPENSIONES y para que paso seguido la OBP reciba del empleador la certificación *FORMATO 2A* y calcule la diferencia del bono pensional, petición que negó la empresa alegando falta de soportes y que corresponde a un Juez decidir si es obligatorio realizar dicha gestión.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que informó a **PFIZER S.A.S.** que debe corregir el salario que reportó al extinto ISS hoy COLPENSIONES. Indicó que conforme los artículos 27 y 28 del Decreto 1748 de 1995, para el cálculo del bono de trabajadores cotizantes al ISS en la fecha base (FB) del 30 de junio de 1992, se toma el último salario mensual devengado y reportado al ISS con anterioridad a tal fecha, siendo el empleador el obligado a reportar los salarios reales al ISS en virtud del artículo 76 del Decreto 3063 de 1989, siendo que el Decreto 2610 de 1989 establecía como categoría máxima de aportes a pensión para la fecha la No. 51 equivalente a \$665.070, cifra máxima sobre la cual podía recibir aportes el extinto ISS. Interpuso las excepciones de ausencia de responsabilidad en lo pretendido (fl. 138 a 144).

PFIZER S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la existencia y extremos temporales del contrato de trabajo, que negó las solicitudes de corrección de salario del demandante y que recibió por parte de la OBP y **OLD MUTUAL S.A.** información sobre el procedimiento para la corrección del salario reportado al 30 de junio de 1992. Indicó que no tiene planilla o prueba que soporte el valor del salario para dicha fecha, que solicitó a **OLD MUTUAL S.A.** información para colaborar en el trámite del bono pensional, AFP que indicó que debía diligenciar los formatos 1A o 2A de la OBP, junto con sus anexos, por lo cual diligenció y entregó al demandante el primero de dichos formatos porque se usa cuando no hay copia de la relación de novedades del salario, dando informe a la OBP, quien indicó que el demandante aparece en la categoría 46 con un salario de \$488.370 y que no era válido usar el formato 1A, siendo que a la fecha no se ha expedido ningún bono pensional y por ende no hay diferencia cierta a cargo de la empresa. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe e inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado (fl. 179 a 202).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 263, 28:03 cd fl. 262).

El 20 de mayo de 2019, el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: CONDENAR a la sociedad PFIZER S.A.S., a cancelar la diferencia en el pago de los aportes, teniendo en cuenta para ello la diferencia existente entre el valor de las cotizaciones referenciadas con las categorías 46 a 51 en el art. 2º del Decreto 2610 de 1989, previo cálculo actuarial efectuado por Old Mutual S.A. en el cual deberán incluir los intereses causados.

SEGUNDO: CONDENAR a Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías, a realizar todos los trámites correspondientes ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, a efectos de presentar la correspondiente novedad, conforme lo indicado en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: Se declaran no probadas las excepciones de fondo denominadas prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo de la demandada, cobro de lo no debido y buena fe.

CUARTO: LIQUÍDENSE por Secretaría las costas procesales, fijando desde ya la suma de un millón de pesos \$1.000.000 como agencias en derecho, a cargo de PFIZER S.A.S. Sin costas para Old Mutual Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías. (...)”

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si en virtud del contrato de trabajo que existió entre las partes, hay lugar a condenar al empleador al pago de la diferencia del bono pensional liquidado con el valor real del salario devengado al 30 de junio de 1992 y su consignación en la CAIP que administra la AFP demandada, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, así como si debe o no el empleador corregir el valor del salario reportado usando el Formato 1A, según el artículo 8 del Decreto 1474 de 1997.

Para resolver indicó que no fue objeto de controversia y se encuentra además acreditados los extremos temporales del contrato de trabajo entre el demandante y WARNER LAMBERT LTDA. hoy **PFIZER S.A.S.**, frente al salario, afirmó que fue de \$1.221.276, conforme se acreditó en la certificación laboral a folio 40 y el oficio a folio 42, pese lo cual en la historia laboral registra un salario de \$488.370 para el 30 de junio de 1992 y el reporte de la OBP, por tanto,

le asiste derecho al demandante al reajuste del salario reportado, limitado al tope máximo asegurables consagrado en el artículo 2 del Decreto 2610 de 1989, el cual es de \$665.070 en la categoría 51, conforme la posición de la H. CSJ, por tanto, condenó al empleador a pagar la diferencia entre la categoría 46 y 51, conforme cálculo actuarial que le presente **OLD MUTUAL**, AFP a quien ordenó realizar las gestiones necesarias ante la OBP para registrar la novedad. No declaró la prescripción habida cuenta el carácter imprescriptible de la acción de cobro e aportes y condenó en costas solo a empleador.

III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El demandante **MAURICIO ÁLVAREZ HINCAPIÉ** solicitó modificar la sentencia. Indicó que comparte de fondo el fallo, sin embargo, conforme la posición de la H. Corte Constitucional y H. Consejo de Estado, el principio constitucional de primacía de la realidad sobre las formas implica que deba reportarse el salario efectivamente devengado al 30 de junio de 1992, sin atender el tope señalado en la sentencia¹ (29:21 cd fl. 262).

¹ De conformidad con el fallo que se acaba de notificar, estamos conformes con el fondo del fallo emitido y con la teleología de la sentencia, sin embargo, no compartimos el punto alusivo a que PFIZER deba limitarse al tope de la categoría 51, por cuanto la H. Corte Constitucional ha indicado en varias providencias y el H. Consejo de Estado mediante concepto del 16 de diciembre de 2003 NO. 1541, que cuando hay una incongruencia entre salario devengado y reportado, se debe tener en cuenta lo que materialmente devengó en su momento el afiliado al Sistema Integral de Seguridad Social Integral, en ese sentido, la certificación que expida el empleador, es decir, que por norma o carácter legal se creó una prueba supletoria que permite al empleador hoy en día verificar los documentos contables, copias auténticas de planillas y copia de nómina y otros elementos probatorio objetivos para certificar y enviar al ISS la información para que el bono pueda liquidarse, en ese orden de ideas, hay un mandato especial por parte de la jurisprudencia de diferentes corporaciones, como la H. Corte Constitucional, para que el reporte del salario se haga tal cual como fue devengado por el afiliado, de manera que si él devengó el salario enunciado por el Despacho, lo correspondiente era que WARNER LTDA hubiera efectuado el reporte de acuerdo con lo materialmente devengado por mi mandante, para dar aplicación al artículo 53 de la Carta Política, para que prime la realidad sobre la formalidad, porque el Sistema General de Seguridad Social aplicará los topes que sea pertinentes, pero el empleador debía reportar al ISS el salario devengado materialmente por mi mandante sin que hubiese un límite en cuanto a los topes que es otra discusión, para efectos del cálculo del bono pensional, de manera que en diferentes providencias la H. Corte Constitucional, como la T-445 de 2007, ha señalado que se debe dar aplicación al principio de primacía de la realidad en materia salarial y las entidades de la seguridad social están obligadas a reportar al sistema en su momento el salario devengado por la persona, siendo que tenemos pruebas contundentes, como lo advirtió el Despacho, de las que se desprende el monto de lo que materialmente devengó mi mandante en 1992 en el mes de junio, de manera que el reporte debió ser integral con el salario que devengó y pues la Entidad ha tenido desde su momento, desde que se hizo tránsito de WARNER a PFIZER ha tenido certeza del salario que devengo mi poderdante y solo por temas administrativos no quiso hacer el respectivo reporte, pero reitero debió hacerlo de manera integral sin atender otra cuestión que la primacía de la realidad en materia salarial. Por tanto, solicitó comedidamente al Despacho que estamos conformes en cuanto al fondo del fallo, pero no estamos de acuerdo con que se deba limitar al tope de \$665.070, sino que se reporte el salario devengado por mi mandante, de manera integral y en la suma tal cual que el Despacho corroboró que devengo para el 30 de junio de 1992 y no atenerse a ese tope. Solo disintimos de ese punto pero reiteramos que estamos conforme a la teleología del fallo emitido. Gracias Señoría.

La demandada **PFIZER S.A.S.** solicitó revocar la sentencia y absolver de todas las pretensiones. Indicó que se acreditó que se canceló al demandante, de forma completa y oportuna, todos sus derechos laborales; de otra parte, indicó que se pagaron los aportes conforme Ley y que realizó el reporte solicitado por el demandante, con colaboración de **OLD MUTUAL**, por el cual se concluyó que se reportó en debida forma que se registró que para 1992 tenía la categoría 46 en cuanto monto de aportes² (33:14 cd fl. 262).

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó acceder a las pretensiones alegando que se acreditó que el salario reportado en junio de 1992 no corresponde al realmente devengado. El apoderado de **PFIZER S.A.S.** solicitó revocar la sentencia, por cuanto indicó que canceló todas las acreencias laborales en vigencia de la relación con el demandante y, en todo caso, la base máxima asegurable para entonces es la categoría 51 del Decreto 2610 de 1989. Por su parte, la demandada **OLD MUTUAL S.A.** otorgó poder general a la sociedad GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S SAS, identificada con NIT 830.515.294, persona jurídica a quien se reconoce como apoderada principal, quien a su vez sustituyó el poder a la Dra. Diana Lucia Saavedra Castañeda, identificada con CC 1.026.579.845 y portadora de la T.P. 326.968, quien solicitó confirmar la sentencia, por cuanto el Fondo no tiene injerencia en el derecho reclamado por el demandante, por cuanto no hizo parte de la relación laboral en virtud

² Señor Juez, en la oportunidad correspondiente presento recurso de apelación en contra de la decisión que acabó de proferir el despacho, para que sea revocada por los honorables magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior. Sustento el recurso en que no tuvo en cuenta el Despacho, como se encuentra acreditado y probado en el expediente, que la totalidad de salarios, prestaciones sociales y demás derechos laborales causados por el demandante fueron efectivamente cancelados por parte de mi representada conforme la normatividad laboral vigente para el momento de su vinculación, que para el año 1992 el trabajador estaba afiliado al ISS donde se pagaron los aportes correspondientes conforme lo establecido por la Ley. Tampoco se tuvo en cuenta en el fallo proferido que si bien la empresa no encontró más que una certificación laboral del año 1999, a la cual se hizo alusión en el referido fallo, se procedió a realizar la respectiva búsqueda y se requirió a OLD MUTUAL el 26 de marzo de 2014 para colaborar con el trámite del bono pensional a nombre del señor MAURICIO ALVAREZ siendo que la empresa recibió respuesta de OLD MUTUAL el 21 de abril de 2014, en la cual se solicitó diligenciar los formatos 1A o 2A de la OBP de acuerdo a los requerimientos de cada uno, en el sentido que no era posible cumplir el formulario 2A se diligenció el 1ª, que se diligenció por mi representada y se informó que conforme la respuesta del 14 de abril de 2014 de OLD MUTUAL, el señor MAURICIO ÁLVAREZ HINCAPIÉ aparecía registrado con la categoría 46 por salario de \$488.370 y conforme a esto la Empresa que representó realizó el reporte del aquí demandante, razón por la cual solicitó a los honorables magistrados tener en cuenta la totalidad de las pruebas allegadas al expediente, revocar la sentencia que profirió condena contra mi representada. Gracias.

de la cual se generó la obligación de reporte de salario en junio de 1992.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si le asiste derecho al demandante a que su empleador reporte que, al 30 de junio de 1992, su salario devengado era de \$1.221.276, para efectos de liquidación de su cálculo actuarial, para establecer la procedencia de las pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** entre el demandante **MAURICIO ÁLVAREZ HINCAPIÉ** y WARNER LAMBERT LTDA hoy **PFIZER S.A.S.**, existió un contrato de trabajo entre el 08 de enero de 1991 al 30 de julio de 1994 (fl. 40, 94), hechos que no fueron controvertidos por dicha sociedad en la contestación de la demanda porque aceptó como cierto el hecho 1; **ii)** Conforme archivo de novedades del ISS para enero de 1992 (fl. 150) y planilla de aportes de junio de 1992 (fl. 93 y 151), el demandante se encontraba dentro de la categoría 46 conforme el salario base reportado para efecto de cotizaciones.

- **Sobre la liquidación de los bonos pensionales de personas que se trasladaron del RPM al RAIS conforme el salario de referencia del 30 de junio de 1992.**

El actual Sistema General de Pensiones, adoptado en la Ley 100 de 1993, estableció la existencia a partir del 1° de abril de 1994 de dos (2) regímenes pensionales, que coexisten pero son a su vez excluyentes entre sí, conforme el artículo 12 de la precitada Ley, siendo un derecho

de los afiliados la selección libre y voluntaria del régimen al cual desean pertenecer conforme indica el literal b) del artículo 13 *ibídem*.

El artículo 113 de la Ley 100 de 1993, estableció que en el evento de traslado del RPM al RAIS se genera el reconocimiento del bono pensional, siempre y cuando cumplan los requisitos exigidos en el artículo 115 de dicha norma, siendo relevante que el artículo 117 estableció que para determinar el valor de dicho bono se tendrá en cuenta la base de cotización del afiliado al 30 de junio de 1992 o, en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha si para entonces estuvo cesante.

En desarrollo de las precitadas disposiciones, el artículo 1 del Decreto 1748 de 1995, compilado en el artículo 2.2.16.1.1. del Decreto Único Reglamentario 1833 de 2016, definió el bono A como aquel expedido a favor de quienes se trasladan al RAIS, indicando que son de modalidad 1 si la primera vinculación del trabajador fue después del 30 de junio de 1992 y modalidad 2 si la primera vinculación fue antes del 1° de julio de 1992. A su vez, el artículo 27 del Decreto 1748 de 1995, compilado en el artículo 2.2.16.2.3.2 del Decreto 1833 de 2016, reafirmó que la fecha base para el cálculo del bono es el 30 de junio de 1992, lo que concuerda con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, por cuanto para liquidar el bono se considera la base de cotización del afiliado al 30 de junio de 1992 o el último salario devengado antes de dicha fecha si esta cesante para entonces.

La H. Sala de Casación de la CSJ, ha determinado de forma pacífica y reiterada, que para efectos de liquidar el bono pensional ha de considerar como salario de referencia aquel con el cual se realizaron los aportes al extinto ISS al 30 de junio de 1992, sin que pueda ser superior a la categoría máxima de aportes asegurable adoptada en las tablas del Acuerdo 048 de 1989 aprobado con el Decreto 2610 de 1989. La anterior postura ha sido reafirmada en las sentencias SL Rad. 32.349 del 22 de septiembre de 2009, SL Rad. 36.340 del 09 de mayo de 2010, SL15601 de 2016, SL4946 de 2018, SL2985 de 2019, SL3884 de 2020, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia condenó a **PFIZER S.A.S.** a pagar la diferencia de aportes entre las categorías 46 y 51 del artículo 2 del Decreto 2610 de 1989, previo cálculo actuarial de **OLD MUTUAL S.A.** incluyendo los intereses causados, a la vez que condenó a dicha AFP a realizar todos los trámites necesarios ante la Oficina de Bonos Pensionales de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a fin de registrar la correspondiente novedad, declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a **PFIZER S.A.S.**

El apoderado del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó modificar la sentencia, a fin de reportar el salario efectivamente devengado al 30 de junio de 1992 sin atender el tope señalado en la sentencia.

Por su parte, la apoderada de **PFIZER S.A.S.** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que se acreditó el pago completo y oportuno de todos los derechos al demandante, incluyendo el pago de aportes conforme Ley, así mismo, que realizó el reporte solicitado con acompañamiento de **OLD MUTUAL**, siendo que se concluyó que para 1992 tenía categoría 46 en la tabla de aportes asegurables.

Pasa la Sala a resolver los recursos de apelación, siendo relevante considerar que en el presente asunto el Juez de primera instancia concluyó, luego de la revisión de los elementos de prueba aportados al expediente, que en efecto el demandante percibió para junio de 1992 un salario de \$1.221.276, conforme los documentos visibles a folio 40 y 42, a la vez que se demostró que el salario reportado para dicho mes ante el extinto ISS fue de \$488.370, conforme la historia laboral y registro de la OBP, concluyendo que en efecto WARNER LAMBERT LTDA hoy **PFIZER S.A.S.** omitió reportar el real salario devengado.

Al respecto, se tiene que la apoderada de **PFIZER S.A.S.**, a través de su recurso de apelación, indicó que su poderdante realizó el pago de los aportes conforme Ley, sin embargo, las pruebas documentales demuestran lo contrario, por cuanto de forma adicional a las piezas documentales que indicó el Juez de primera instancia, se observa que la demandada **OLD MUTUAL** allegó el archivo de novedades al ISS de enero de 1992 (fl. 150) y planilla de aportes de junio de 1992 (fl. 93 y 151), que acreditan contundentemente que al demandante se le asignó la categoría 46, la cual conforme el Decreto 1610 de 1989 corresponde a aquellos con un salario base mensual de hasta \$488.370, cifra que fue la reportada por su empleador entre el 0 de enero de 1991 al 31 de diciembre de 1993 conforme la historia laboral aportada por COLPENSIONES (fl. 251), lo cual permite concluir que a pesar de que el salario devengado al 30 de junio de 1992 era de \$1.221.276 (fl. 40, 94) y de que la categoría máxima (51) para hacer aportes vigente para entonces permitía asegurar un salario de hasta \$665.070, conforme el Decreto 1610 de 1989, su empleador omitió reportar el salario máximo asegurable.

Así las cosas, no le asiste razón a la apoderada de **PFIZER S.A.S.**, por cuanto se acredita que incumplió su deber de aportar sobre el salario máximo asegurable, razón por la cual no procede acceder a su suplica de revocar la sentencia de primera instancia.

Respecto del recurso de apelación interpuesto por el apoderado del **DEMANDANTE**, esta Sala acoge la postura jurisprudencial de la H. CSJ, pacífica y retirada, reafirmada en las sentencias SL Rad. 32.349 del 22 de septiembre de 2009, SL Rad. 36.340 del 09 de mayo de 2010, SL15601 de 2016, SL4946 de 2018, SL2985 de 2019, SL3884 de 2020, entre otras, en lo que respecta que para efecto de calcular el bono pensional se debe tener al salario de referencia como aquel devengado al 30 de junio de 1992 y sobre el cual se hicieron aportes al ISS, sin que pueda ser superior a la categoría máxima de aportes asegurable, que como ya se indicó, conforme el Decreto 2610 de 1989 que aprobó el Acuerdo 048 de 1989 del extinto ISS, asciende hasta \$665.070, como en efecto indicó el *a quo*, por lo cual no le asiste razón

a la parte demandante en su suplica de considerar el total del salario percibido por el demandante.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0162-2020

Radicado N° 36 2018 00201 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia proferida el 16 de enero de 2020, por el Juzgado Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

JORGE ELIECER ARANGO ESTRADA, presentó demanda ordinaria laboral contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con el fin de que se condene a la demandada, al reconocimiento y pago del incremento del 14%, por su cónyuge Celia María Rodríguez de Arango, quien depende económicamente del pensionado, al reconocimiento y pago de la respectiva retroactividad de los incrementos debidamente indexados

desde la fecha que se hicieron exigibles, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó su pretensión, en que la entidad demandada mediante Resolución 6319 de 2000 le reconoció pensión de vejez a partir del 1° de mayo de 2000, que su cónyuge depende económicamente de él y conviven desde hace más de 50 años; que solicitó a la demandada el incremento pensional del 14% y esta solicitud fue resuelta de manera desfavorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos relacionados con el reconocimiento de la pensión y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, imposibilidad de reconocimiento del incremento del 14 y 7% en pensiones superiores al salario mínimo, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, pago y carencia de causa para demandar (fls. 53 a 70).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 16 de enero de 2019, negó las pretensiones de la demanda. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JORGE ELIECER ARANGO ESTRADA. **SEGUNDO:** CONDENAR en costas al accionante. Liquidense con la suma de \$400.000 a título de agencias en derecho. **TERCERO:** CONSULTESE con el superior la presente decisión, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante”.

Como fundamento de la decisión, indicó que no se acreditó el requisito de la dependencia económica respecto del pensionado y de todas formas, de acuerdo a lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 los incrementos pensionales perdieron vigencia con la entrada en rigor de la Ley 100 de 1993 y por ello no procede el reconocimiento del derecho que se reclama.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia y se concedan las pretensiones de la demanda. Fundamentó el recurso en que la prueba testimonial practicada acredita la existencia de la dependencia económica desde el año 2015 y por ello, procede el reconocimiento del derecho reclamado¹.

¹ “En calidad de apoderado judicial de la parte demandante presento recurso de apelación contra la sentencia proferida por este despacho en esta diligencia para que sea revocada en su totalidad y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Para tal efecto me permito sustentar el recurso de apelación en los siguientes términos. Frente al tema de la convivencia no es materia de discusión dentro del proceso, consideración que como bien lo ha mencionado el despacho no existe duda frente a este tema que data más de hace más de 50 años, frente al inconformismo de este operador judicial se centra frente al tema de la dependencia económica, tal como lo señaló el despacho, situación que no comparte porque el testimonio rendido por la señora Celia María y la testigo, ellas dicen sin asomo de duda que la señora Celia cesó sus actividades desde hace aproximadamente 5 años, el señor, si bien es cierto que el señor Jorge Arango habla de 7 años, observamos que no es una diferencia garrafal, hay que tener en cuenta la edad del demandante, es una persona de avanzada de edad, donde puede que ellos no sean muy precisos en sus testimonios, lo que si dan cuenta es que la señora Celia cesó sus actividades hace 5 años, situación está que es reforzada con el testimonio de la señora Nancy, si tuviéramos en cuenta eso señora juez, a la fecha de hoy cuando están mencionando que hace 5 años cesó de trabajar la señora Celia, tenemos entonces que 5 años atrás estaríamos en el año 2015, si observamos la reclamación administrativa que esta se llevó a cabo el 22 de noviembre de 2017 lo cual interrumpe la prescripción de los derechos aquí reclamados y diríamos que el 22 de noviembre de 2014 a partir de este momento hacía adelante estaríamos en la interrupción de los derechos de mi representado, por tanto al observar la radicación de la demanda sucedió el 3 de abril de 2018, es decir, entre el año 2014 y la fecha de la presentación de la demanda habida consideración que el 22 de noviembre de 2017 se presentó la reclamación administrativa y se interrumpió la prescripción de estos derechos, ello sumado al hecho de que la señora Celia, la esposa del acá demandante cesó sus actividades en el año 2015 y estamos dentro de los términos que la ley establece para que no opere la prescripción frente a las pretensiones incoadas en la demanda, adicional a esto si en juicio de discusión tuviésemos que entre el año 2005 y como lo señalan las dos testigos, dentro de las cuales está la esposa del acá demandante, 7 años donde según el dicho del demandante donde manifiesta que desde esa data dejo de trabajar la señora Celia, vemos que existe una duda, para esos efectos se debió aplicar el principio indubio pro operario o el principio de favorabilidad, dando la interpretación más favorable al trabajador pensionado, si hubiésemos dado aplicación a esos principios, pues muy seguramente las resueltas del proceso hubiesen sido que se hubieran accedido a las pretensiones de la demanda, hay que tener en cuenta que es una pareja de esposos que pertenecen a la tercera edad, adicional a eso el tema de la dependencia económica como bien lo señaló el despacho no se dio de manera simultánea con el otorgamiento de la pensión a la acá demandante sino que esta dependencia se dio con posterioridad a que el pensionado adquiriera dicho

IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de COLPENSIONES presentó alegatos de conclusión solicitando que se confirme la decisión de primera instancia, en cuanto no es procedente el reconocimiento del incremento pensional reclamado.

Por su parte, el apoderado de la parte demandante no presentó alegatos de conclusión.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Estudia la Sala si en el presente asunto, procede el reconocimiento del incremento pensional del 14% en favor del demandante.

VII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que mediante Resolución 06319 del 26 de abril de 2000 la entidad demandada reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 1° de mayo de 2000 (fl. 34); **ii)** que el demandante se encuentra casado con Celia María Rodríguez Ángel desde el 3 de enero de 1965 (fl. 35); y **iii)** que mediante comunicación del 22 de

estatus, se recaba que es una vivienda familiar donde la familia convivió juntos con sus 3 hijos, donde cada uno cuenta con una familia y cada cual responde por sus gastos respecto de la unidad habitacional que cada uno está ocupando, entonces sin lugar a dudas al día de hoy existe una dependencia económica la esposa de mi representado, la dependencia económica, según los dichos de los testigos, estamos hablando de 5 años hacia atrás del año 2015, sean los argumentos señora juez para que la sentencia aquí proferida sea revocada en su integridad y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda. Gracias”

noviembre de 2017 la demandada negó el reconocimiento del incremento que había sido reclamado previamente (fl. 48).

Para resolver la controversia, e independientemente de las razones expuestas en el recurso, advierte la Sala que la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, dispuso: *“con ocasión de la expedición de la Ley 100 de 1993, el referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fue objeto de derogatoria orgánica a partir del 1° de abril de 1994; fecha esta última en la cual la Ley 100 de 1993, entró a regir. Tal derogatoria resultó en que los derechos de incremento que previó tal artículo 21 del Decreto 758 de 1990, dejaron de existir a partir del mentado 1° de abril de 1994, aún para aquellos que se encontraban dentro del régimen de transición previsto por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pero sin perjuicio de los derechos adquiridos de quienes ya hubieran cumplido con los requisitos para pensionarse antes del 1° de abril de 1994”*.

Si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, no perdió vigencia a la entrada de la Ley 100 de 1993, tal y como se ha dicho en las sentencias con Rad. 21517 del 27 de julio de 2005 MP. Isaura Vargas Díaz y del 5 de diciembre de 2007, Rad 29751 MP Luis Javier Osorio López, lo cierto es que, con la reciente decisión la Corte Constitucional dispuso que los incrementos previstos en el Decreto 758 de 1990, **sí fueron derogados** por la Ley 100 de 1993 y dado que es este el órgano competente para decidir sobre la vigencia y exequibilidad de las normas legales, por ello se confirmará la sentencia apelada por las razones aquí expuestas.

Así las cosas, el derecho reclamado en este proceso no puede causarse por falta de supuesto normativo, razón por la cual, como ya se dijo, se confirmará la decisión de primera instancia que negó los incrementos reclamados.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado Ponente

S03-0154-2020

Radicado N° 37-2018-00702-01

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de la demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, en contra de la sentencia proferida el 17 de julio de 2019, por el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que condenó a la **UGPP** a reconocer la pensión de jubilación convencional a la demandante a partir del 1° de noviembre de 2001, en cuantía inicial de \$2.955.524 y 14 mesadas anuales, pensión compartible, por lo que corresponde a la **UGPP** asumir la diferencia, cuyo valor en 2001 fue \$218.794, declaró prescritas las diferencias pensionales anteriores al 25 de junio de 2015, condenó al pago indexado del retroactivo pensional, autorizó los descuentos por aportes a salud, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada (fl. 324, 41:40 cd fl. 323).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 2 a 13).**

VILMA ELISA MONTAÑA MORENO, solicitó declarar que existió un contrato de trabajo con el extinto ISS y que causó la pensión convencional de jubilación vigente entre SINTRASEGURIDADSOCIAL y su empleador, en consecuencia, condenar a la **UGPP** al reconocimiento de dicha pensión, pago del retroactivo indexado, intereses, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que mediante Resolución 4840 del 14 de noviembre de 2001, el ISS empleador le otorgó pensión de jubilación, en cuantía de \$2.731.840, en su calidad de empleada pública (profesional especializada de la Dirección Nacional de Auditoría Interna), conforme el artículo 1° del Decreto 416 de 1997 y el Decreto 604 de 1997; sin embargo, el H. Consejo de Estado en la sentencia 15954 del 28 de octubre de 1999 declaró nulos los numerales 10, 11 y 12 del Decreto 416 de 1997. Afirmó que la **UGPP** asumió las obligaciones pensionales del extinto ISS empleador en virtud del Decreto 2013 de 2012, por tanto, el 20 de junio de 2018 le presentó derecho de petición reclamando la reliquidación de su pensión de jubilación habida cuenta su calidad de trabajadora oficial, sin recibir respuesta.

• **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA (fl. 269 a 274).**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó como cierto el hecho relativo a la reclamación de la demandante. Indicó que el extinto ISS empleador reconoció pensión de jubilación a la demandante con Resolución 4841 de 2001, efectiva desde el 30 de octubre de 2001, montó que se elevó mediante Resolución 2849 de 2002, a la vez que COLPENSIONES reconoció pensión de vejez mediante la Resolución GNR 76560 del 08 de marzo de 2014, efectiva a partir del 12 de septiembre de 2006, siendo notorio que la pensión de jubilación se reconoció en atención a la calidad de empleada pública de la demandante, por tanto, no puede beneficiarse de normas convencionales que solo aplican a los trabajadores oficiales. Interpuso las excepciones de prescripción, inexistencia de las obligaciones

demandadas, cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios o indexación, falta de título y causa, buena fe e improcedencia de costas.

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 324, 41:40 cd fl. 323).

El 17 de julio de 2019, el Juzgado Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: CONDENAR a la demandada UGPP a reconocer y pagar a favor de la demandante la pensión de jubilación de conformidad con lo estipulado en el artículo 95 de la convención colectiva de trabajo a partir del 1 de noviembre de 2001 en cuantía inicial de \$2.955.524, prestación que para todos los efectos legales tiene carácter de ser compartida con la pensión legal ya reconocida y en consecuencia a cargo de la UGPP le corresponde solo asumir el pago por mayor valor que para el año 2001 fue la suma de \$218.794 y para esta anualidad se determina la suma de \$505.710.

SEGUNDO: Declarar probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de las diferencias pensionales que se hubieren causado con anterioridad al 25 de junio de 2015, declarando no probadas las demás excepciones propuestas conforme a los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada UGPP a reconocer y pagar a favor de la demandante por concepto de retroactivo pensional causado por el mayor valor de la diferencia pensional la suma de \$26.605.459 calculados entre el 25 de junio de 2015 al 30 de junio de 2019, sobre 14 mesadas sin perjuicio de los valores que se causen con posterioridad, los cuales deben ser pagados de manera indexada a partir de la exigibilidad de cada mensualidad y hasta que se realice el pago efectivo de la obligación.

CUARTO: Autorizar a descontar del retroactivo de las diferencias pensional con destino al sistema de seguridad social en salud en los términos de que trata el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

QUINTO: Absolver a la entidad demandada de las demás pretensiones invocadas.

SEXTO: Ordenar surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada.

SÉPTIMO: condenar EN COSTAS a la demandada UGPP a favor del demandante, por secretaría tásense, para tal efecto se fijan como agencia en derecho la suma de \$300.000. (...)

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si la nulidad de los numerales 10, 11 y 12 del Decreto 416 de 1997, declarada por el H. Consejo de Estado convierte o no a la demandante en trabajadora oficial, en caso afirmativo, establecer si la actora es o no beneficiaria del artículo 95 de la convención colectiva de trabajo alegada, para fijar si le asiste o no derecho a la reliquidación de la pensión conforme el último salario devengado, su compartibilidad y demás pretensiones.

Para resolver indicó que El Decreto 416 de 1997 aprobó el Acuerdo 145 de 1997 del ISS, el cual estableció los cargos que serían ocupados por empleados públicos, siendo que el numeral 12 del artículo 1 determinó que los funcionarios profesionales de auditoría interna disciplinaria. El H. Consejo de Estado, en la sentencia Rad. 15.954 del 28 de octubre de 1999, declaró nulo el precitado numeral, indicando que no hay argumento valedero para incluir como funciones de dirección y confianza la desarrollada por dichos cargos, por ende, no ameritan el carácter de empleador públicos. La nulidad y sus efectos erga omnes, implicó que se aplique la norma general de las empresas industriales y comerciales del Estado que es el Decreto 3135 de 1968, que en su artículo 5 estableció que son trabajadores oficiales salvo los cargos de dirección y confianza. La demandante ejerció un cargo profesional de auditoría interna disciplinaria, aspecto que se acreditó con las documentales, siendo trabajadora oficial en virtud de la nulidad antes analizada. Como trabajadora oficial, le aplica la convención colectiva de trabajo y su artículo 95, que se aportó con los requisitos del artículo 479 CST, que estableció una pensión de jubilación convencional a quienes hubieran laborado 20 años a la Entidad, con 50 años si es mujer, en cuantía del 100% de lo percibido en el último año por los conceptos allí indicados, norma que acordó la compartibilidad porque señaló que de recibirse pensión de vejez no se podía recibir en conjunto más del 100% de la pensión convencional, en armonía con las normas que disponen la compartibilidad. Indicó que el Instituto reconoció la pensión porque tenía los mismos

requisitos que exige la norma convencional, cumpliendo los 50 años en el 30 de octubre de 2001, por ende causo el derecho convencional. Conforme el artículo 95 convencional, el IBL es de \$2.955.524, cifra superior en \$218.794 a 2001, diferencia que se actualizó conforme el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, correspondiendo a la UGPP pagar el retroactivo. Toda vez que el reclamo del derecho se hizo el 26 de junio de 2018, declaró prescritas las mesadas anteriores al 26 de junio de 2015, calculando sobre 14 mesadas porque la pensión convencional se causó con anterioridad al Acto Legislativo 1° de 2005. Autorizó los descuentos a salud conforme el artículo 143 de la Ley 100 de 1993. Negó intereses moratorios porque se trata de una reliquidación, por eso ordenó la indexación. Condenó costas a la Entidad.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** solicitó revocar la sentencia. Indicó que el reconocimiento pensional de la demandante por parte del ISS empleador se realizó atendiendo su calidad de empleada pública de la seguridad social, considerando los factores que constituyen salario conforme la normatividad aplicable, por tanto, no le es aplicable la convención colectiva, así mismo, conforme el H. Consejo de Estado, el IBL debe estar conformado por los factores sobre los cuales se realizaron efectivamente aportes. Solicitó revocar las costas por cuanto la Entidad no incurrió en dilaciones, temeridad o mala fe¹ (44:17 cd fl. 323).

¹ Muchas gracias. De la manera más atenta manifiesto que interpongo recurso de apelación contra la sentencia que profirió el Despacho, debido a los parámetros que fija la Entidad y para la cual considera la Resolución 4840 del 14 de noviembre de 2001, el ISS reconoció una pensión de jubilación a favor de la demandante en cuantía de \$2.731.840 efectiva desde el 30 de octubre de 2001, liquidación que se efectuó con el promedio de lo percibido en el último año de servicio por concepto de todos los factores que constituyen salario consagrados en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977 y de conformidad con el Decreto 1653 de 1977, Decreto 1848 de 1969 y la Ley 33 de 1985, en condición de empleada pública, conservando el régimen prestacional que disfrutó como empleada de la seguridad social, empleando en su totalidad el régimen jurídico aplicable al caso concreto, por tanto, para la Entidad no le asiste derecho a la reliquidación de la pensión de jubilación convencional puesto que ostento la calidad de empleada pública, por lo cual, no es aplicable la convención colectiva de trabajo. Dicha convención solo aplica a quienes ostentan la calidad de trabajadores oficiales. También se debe tener en cuenta que para la reliquidación de la pensión, la Sentencia del H. Consejo Estado del 28 de agosto de 2018, el M.P. señaló que solo se deben incluir en el IBL los factores por los cuales se hicieron aportes efectivamente cotizados. En cuanto las costas, las apeló con el argumento de que no se encontraron probadas actuaciones

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la apoderada de la demandada **UGPP** solicitó revocar la sentencia, ratificando los argumentos señalados en el recurso de apelación, señalando que la demandante fue empleada pública de la seguridad social, por ende, consolidó su derecho pensional con el Decreto 1653 de 1977 y no con la convención colectiva de trabajo, que no aplica a los empleados públicos, así mismo, indicó que el IBL no hace parte del régimen de transición, por lo cual no deben prosperar las pretensiones. Agotado el término de traslado, la **DEMANDANTE** se abstuvo de presentar alegatos.

V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **UGPP**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferirse razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPT y de la SS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A y 69 CPT y SS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación y en grado jurisdiccional de consulta en favor de la **UGPP**.

VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar si para efectos pensionales le asiste derecho a la demandante a ser considerada trabajadora oficial al servicio del extinto ISS; en caso afirmativo, establecer si cumple con los requisitos para causar la pensión convencional de jubilación solicitada y la procedencia

dilatorias, temeridad o mala fe, de conformidad con el artículo 365 CGP. En esos términos dejo presentado mi recurso de apelación, muchas gracias señor Juez.

o no de las demás pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** la demandante **VILMA ELISA MONTAÑA MORENO** nació el 12 de septiembre de 1951 (fl. 110 a 112, 185); **ii)** la demandante laboró al servicio del extinto ISS desde el 10 de marzo de 1972 hasta el 29 de octubre de 2001 (fl. 120 a 123), siendo el último cargo desempeñado el de *profesional especializado grado 32 en la Dirección Nacional de Auditoría Interna* (fl. 166 a 167); **iii)** el H. Consejo de Estado, en la sentencia Rad. 15.954 del 28 de octubre de 1999, declaró nulos los numerales 10, 11 y 12 del Decreto 416 de 1997; **iv)** mediante Resolución 4840 del 14 de noviembre de 2001, el ISS empleador reconoció pensión de jubilación a la demandante, en cuantía inicial de \$2.731.840, pensión que fue concedida conforme el artículo 1 del Decreto 1653 de 1977 (fl. 187 a 190); **v)** mediante Resolución 2849 del 28 de junio de 2002, el extinto ISS empleador reliquidó la pensión convencional de jubilación, estableciendo como cuantía inicial la suma de \$2.736.730 (fl. 153); **vi)** Mediante Resolución GNR 76560 del 08 de marzo de 2014, COLPENSIONES reconoció pensión legal de vejez en la suma de \$2.913.816, a partir del 12 de septiembre de 2006 (fl. 195 a 203).

- **Sobre los efectos de la declaratoria de nulidad de los numerales 10, 11 y 12 del literal A) del artículo 1° del Acuerdo 145 de 1997 del extinto ISS aprobado con el Decreto 416 de 1997.**

A través del Acuerdo 145 de 1997, aprobado con el Decreto 416 de 1997, el Consejo Directivo del extinto ISS clasificó a los servidores de dicho Instituto, determinando de forma expresa en los numerales 10, 11 y 12 del literal A) del artículo 1° de la precitada norma que los cargos allí señalados serían desempeñados por empleados públicos.

La precitada disposición fue demandada ante el H. Consejo de Estado, por cuanto se consideró que era contrario al artículo 5 del

Decreto 3135 de 1968, el cual consagró que para el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, como lo fue el extinto ISS, las personas que le presten servicios serán trabajadores oficiales, salvo aquellas actividades de dirección y confianza que serán desempeñadas por empleados públicos.

La H. Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 28 de octubre de 1999 Rad. 15.954, declaró la nulidad de los precitados numerales, por cuanto considero que las actividades que desempeñan tales cargos no se consideran como de dirección o confianza.

- Acerca de la convención colectiva de trabajo.

La convención colectiva de trabajo, conforme el artículo 467 CST y el artículo 46 de la Ley 6 de 1945 para el caso de los trabajadores oficiales, corresponde al acuerdo celebrado entre el empleador o asociaciones patronales y entre uno más sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, para fijar las condiciones que regirán los contratos individuales de trabajo durante su vigencia.

El artículo 469 CST establece que la convención debe celebrarse por escrito que se depositara necesariamente ante el Ministerio de Trabajo a más tardar dentro de los 15 días siguientes al de su firma so pena de no producir efectos. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha determinado que la carencia de la nota de depósito impide asignar efectos jurídicos a la convención colectiva de trabajo aportada a juicio, salvo que no exista controversia entre las partes relativa a su validez, tal y como señaló en las sentencias SL Rad. 37.572 del 22 de agosto de 2012, SL3398 de 2018, SL4792 de 2019, entre otras.

En cuanto su vigencia, la H. CSJ señaló que el artículo 467 del CST, establece que las convenciones colectivas regulan las condiciones que rigen los contratos de trabajo durante su vigencia, la cual se puede prorrogar por términos sucesivos de seis meses en virtud del artículo 477 CST, mientras que el artículo 474 CST establece que la convención

surte efectos aún cuando se disuelve el sindicato contratante. Por las anteriores consideraciones, la Alta Corporación concluyó que las convenciones surten efectos más allá de la existencia jurídica del empleador o sindicato que las suscriben, respecto de los derechos que se originaron en vigencia del contrato laboral, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 32.598 del 30 de septiembre de 2008, SL9951 de 2014, SL5341 de 2019, entre otras

CASO CONCRETO

En el presente asunto, el Juez de primera instancia condenó a la **UGPP** a reconocer la pensión de jubilación convencional a la demandante a partir del 1° de noviembre de 2001, en cuantía inicial de \$2.955.524 y 14 mesadas anuales, pensión compartible, por lo que corresponde a la **UGPP** asumir la diferencia, cuyo valor en 2001 fue \$218.794, declaró prescritas las diferencias pensionales anteriores al 25 de junio de 2015, condenó al pago indexado del retroactivo pensional, autorizó los descuentos por aportes a salud, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la demandada.

La apoderada de la demandada **UGPP** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia. Indicó que el extinto ISS empleador reconoció la pensión de jubilación que corresponde a la demandante en su calidad de empleada pública de la seguridad social, por tanto, no puede aplicarse la convención colectiva; de otra parte, afirmó que la jurisprudencia del H. Consejo de Estado ha determinado que el IBL debe conformarse con los factores sobre los cuales se realizan aportes efectivos. Por último, solicitó revocar las costas atendiendo el comportamiento en juicio de la Unidad.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UGPP**, siendo relevante considerar que conforme los antecedentes normativos expuestos, el extinto ISS contempló que los cargos contemplados en los numerales 10, 11 y 12 del literal A) del artículo 1° del Acuerdo 145 de 1997, aprobado con el Decreto 416 de 1997, serían ejercidos por empleados públicos, disposición que declaró nula la H. Sección Segunda de la Sala

de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, en sentencia del 28 de octubre de 1999 Rad. 15.954, por cuanto la considero contraria al artículo 5 del Decreto 3135 de 1968, el cual consagró que para el caso de las empresas industriales y comerciales del Estado, como lo fue el extinto ISS, las personas que le presten servicios serán trabajadores oficiales, salvo aquellas actividades de dirección y confianza que serán desempeñadas por empleados públicos, presupuesto que no se cumplió en el caso de los cargos relacionados en los numerales que se declararon nulos.

Así las cosas, desde la expedición de la precitada sentencia del H. Consejo de Estado, se tiene que el cargo relacionado en el numeral 12 del literal A) del artículo 1° del Decreto 416, no es ejercido por empleado público sino por un trabajador oficial, lo cual aplica al caso bajo estudio en donde la demandante ejerció, precisamente, como profesional de auditoría interna, más específicamente en el cargo de *profesional especializado grado 32 en la Dirección Nacional de Auditoría Interna* (fl. 166 a 167), motivo por el cual no le asiste razón a la apoderada de la **UGPP** cuando manifestó que la demandante era empleada pública.

Ahora bien, toda vez que el presente asunto se conoce en grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UGPP**, procede la sala a verificar si se cumplen o no los requisitos para acceder a la pensión convencional de jubilación que pretende la demandante.

Se aportó copia de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el extinto ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores del Instituto de Seguros Sociales, documento que se aportó cumpliendo las formalidades del artículo 469 CST, cuyo artículo 3 estableció expresamente que es aplicable a todos los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del extinto ISS, cuya vigencia se pactó por 3 años desde el 1° de noviembre de 1996 hasta el 31 de octubre de 1999, sin que se aporte o hubiera sido alegado por la demandada que en la precitada fecha cesó sus efectos, lo que permite inferir, razonablemente, que fue objeto de la prorroga automática del artículo 477 CST (fl. 41 a 103).

El artículo 95 de la precitada convención consagró el derecho a la pensión convencional de jubilación a favor de aquellos trabajadores oficiales que prestaron 20 o más años de servicios al extinto ISS, cuando cumplieran 50 años en el caso de las mujeres. A su vez, determinó que el monto de dicha prestación sería del 100% del promedio del último año de servicios devengado por concepto de asignación básica mensual, prima de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y transporte, valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras, dominicales y festivos.

Todos los requisitos antes nombrados fueron cumplidos por la demandante, quien acreditó que laboró a favor del extinto ISS desde el 10 de marzo de 1972 hasta el 29 de octubre de 2001 (fl. 120 a 123) y quien cumplió los 50 años el 12 de septiembre de 2001 (fl. 110 a 112, 185).

Así las cosas, la demandante sí causó el derecho a la pensión convencional de jubilación que reclama, por tanto, adquirió el derecho a una mesada del 100% del promedio de los conceptos causados en el último año de servicios, relacionado en el artículo 95 convencional, mismos que fueron individualizados en la relación de pago con la cual el extinto ISS liquidó en su momento la pensión de jubilación (fl. 150) y que fueron debidamente considerados por el Juzgado de origen (fl. 321), siendo por tanto el monto inicial de su mesada de \$2.955.524, cifra superior a la reconocida con la Resolución 4840 del 14 de noviembre de 2001 y la Resolución 2849 del 28 de junio de 2002, que fijó dicho valor en \$\$2.736.730 (fl. 153).

En consecuencia, le asiste derecho a la demandante a la reliquidación de la pensión a fin de reconocer el mayor valor de la mesada, tal y como se ordenó en primera instancia, para lo cual se indexó el valor de la diferencia en cada anualidad conforme el IPC en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993.

Resulta preciso indicar frente al argumento de la apoderada de la **UGPP** que el IBL solo contiene los factores sobre los cuales se realizaron aportes efectivos, que tal regla procede para el caso de las

pensiones que se causan en virtud del régimen de transición pensional, que no es el caso bajo estudio, por cuanto en este asunto la demandante causó fue una pensión convencional con anterioridad a la expedición del Acto Legislativo 1° de 2005, por lo cual le asiste derecho a su disfrute en los términos y condiciones pactadas en la convención colectiva de trabajo.

De otra parte, si bien la H. CSJ en la sentencia SL3130 de 2020 modificó su postura jurisprudencial a fin de establecer que los intereses moratorios si proceden en el caso de reliquidaciones pensionales, toda vez que el presente proceso se conoce en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UGPP**, se confirmará la decisión de primera instancia que absolvió por tal concepto.

Finalmente, respecto de la suplica de no condenar al pago de costas a la **UGPP** en consideración a la lealtad procesal que manifestó en el curso del proceso, se observa que el artículo 145 CGP, aplicable a nuestra especialidad en virtud del artículo 145 CPTSS, no estableció que para la causación de las mismas deba considerarse el comportamiento procesal, por cuanto simplemente indicó que procederá su condena contra la parte vencida en proceso sin hacer mayor condicionamiento, por ende, se confirmará dicha condena.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0175-2020

Radicado N° 39 2018 00524 01

Bogotá treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por las demandadas **COLPENSIONES** y **PORVENIR**, contra la sentencia proferida el 17 de febrero de 2020, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. que declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante y condenó al fondo demandado a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos con ocasión de la afiliación del actor.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA

ERNESTO ALONSO TONCEL REYNA, presentó demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con el fin de que se declare la nulidad del traslado

que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y que se defina que en consecuencia se encuentra válidamente afiliado al RPM.

Fundamentó las pretensiones en que nació el 12 de enero de 1954, que se trasladó del RPM administrado por el ISS hoy COLPENSIONES al RAIS administrado por la AFP PORVENIR, el día 30 de junio de 1995, que la AFP demandada no le dio información alguna sobre las implicaciones y ventajas o desventajas del traslado de régimen pensional, que PORVENIR le realizó una proyección pensional para el año 2018, arrojándole una mesada pensional de \$1.600.400, que la proyección pensional en el RPM arroja mesada pensional por valor de \$4.455.426, que presentó derecho de petición ante COLPENSIONES, solicitando la nulidad del traslado, el cual a la fecha de la demanda no ha sido resuelto.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, su afiliación al ISS y la solicitud presentada, frente a los demás manifestó que no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, conocimiento de las condiciones de los regímenes pensionales vigentes para el momento del traslado, imposibilidad del traslado, inexistencia de cualquier derecho reclamado, buena fe (fls. 108 a 114).

La **AFP PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones. En cuanto a los hechos aceptó los relacionados con la edad del demandante, el traslado de régimen y la simulación pensional realizada, frente a los demás manifestó que no son ciertos o no le constan. Como excepciones propuso las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y enriquecimiento sin causa (fls. 60 a 67).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá DC, al que le correspondió tramitar la primera instancia, mediante sentencia del 17 de febrero de 2020, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante y condenó a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores que hubiera recibido con ocasión de la afiliación del demandante. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO. DECLARAR que el traslado que hizo el señor ERNESTO ALONSO TONCEL, del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, con efectividad a partir del 1° de julio de 1995, a través de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo tanto, se debe entender que el actor jamás se separó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. **SEGUNDO.** CONDENAR a PORVENIR a que transfiera al Régimen de Prima Media con prestación definida, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, con destino al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES. **TERCERO.** ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba de parte de PORVENIR, los recursos de que tratan los numerales anteriores y reactive la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad. **CUARTO.** DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. **QUINTO.** AUTORIZAR a COLPENSIONES para que adelante las acciones judiciales pertinentes para el pago de perjuicios que pueda acarrear la decisión de ineficacia que se profiere. **SEXTO.** CONDENAR en COSTAS a PORVENIR inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.700.000 a favor del demandante. **SEPTIMO.** CONSULTESE la presente decisión ante el superior por resultar adversa a COLPENSIONES, en la medida en que se está ordenando recibir los dineros y activar de manera inmediata la afiliación que se ordenó”.

El Juez definió el problema jurídico en determinar si es válido el traslado del demandante al RAIS. Para resolverlo indicó que según criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia en el presente asunto, la AFP demandada debía acreditar el cumplimiento del deber de información en el momento en que se efectuó el traslado del demandante pero no se aportaron pruebas en ese sentido y por ello el traslado de régimen es ineficaz.

III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **PORVENIR** pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en tres puntos, frente a la declaratoria de ineficacia manifestó que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la misma, pues el traslado de régimen por parte del demandante se hizo en forma espontánea, voluntaria y sin presiones, y que la AFP cumplió a cabalidad sus obligaciones en materia de información; en cuanto a la condena de devolución de los gastos de administración dijo que no hay lugar a ella, en la medida en que la rentabilidad que benefició al demandante surgió del cumplimiento de las obligaciones de la AFP y que de ordenarse esta devolución se estaría ocasionando un enriquecimiento sin causa a favor del demandante; de igual forma no considera procedente la condena de costas y agencias en derecho en la medida que no hay lugar a declararse la ineficacia del traslado pues la AFP cumplió con el deber de información de conformidad con la normativa vigente al momento del traslado¹.

¹ “Interpongo recurso de apelación en contra del presente fallo ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, el recurso tiene por objeto que se revoquen todas y cada una de las condenas impuestas en contra de mi representada; los puntos material de recurso son los siguientes: la declaratoria de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, la condena impuesta a Porvenir a trasladar los aportes del demandante al RPM, incluyendo rendimientos, comisiones y sin descontarse más por seguros y la condena impuesta a Porvenir a pagar costas y agencias en derecho. Respecto a la declaratoria de ineficacia del traslado, no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia del acto por medio del cual el demandante se trasladó de administradora, la decisión tomada por el actor se hizo en forma consiente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos exigidos por las normas vigentes para la fecha en que se produjo. Al momento en que el demandante tomó la decisión voluntaria de trasladarse, la sociedad administradora de pensiones que representó cumplió a cabalidad con las obligaciones que correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, los cuales deben aclararse, no exigían información en los términos reclamados en la demanda; ahora como independencia de la información otorgada al

El apoderado de **COLPENSIONES** pide que se revoque la decisión de primera instancia y se absuelva a su representada. Fundamentó el recurso en que el demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen conforme lo dispone la ley 100 de 1993, de manera libre y voluntaria, dice además que el demandante tenía la oportunidad de regresar al RPM dentro de los plazos legales y no lo hizo, que tampoco es beneficiario del régimen de transición para entender que podía regresar en cualquier tiempo, de acuerdo a lo definido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Finalmente aduce que la acción para reclamar se encuentra prescrita²

momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo leer en cualquier momento el contenido de la información otorgada en los aspectos que considerara necesarios. De acuerdo con lo anterior, el actor de la administradora aquí llamada a juicio siempre ha sido de buena fe objetiva pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado, cumpliendo con todas las obligaciones que para ese entonces se encontraban a su cargo. Debe tenerse en cuenta que durante la afiliación a la AFP el demandante contó con varias oportunidades para revertir su decisión de cambiar de régimen pensional y pese a ello no lo hizo, de lo cual solamente es posible concluir que siempre mantuvo un interés de estar vinculado al RAIS. Segundo. Respecto a la condena impuesta a trasladar aportes al RPM, no hay lugar a la devolución de aporte alguno, dado que la rentabilidad de la que se beneficia el demandante surge del cumplimiento de un deber legal que le asiste a la administradora quien ha cumplido con sus obligaciones de manera oportuna y eficiente, en el evento de devolverse se estaría ocasionando un enriquecimiento sin causa por parte del accionante, de igual forma no habría lugar a la devolución de cotizaciones correspondientes a riesgo previsional de invalidez, vejez y muerte en tanto que los riesgos sean cubiertos en debida forma durante la vigencia de la relación. Tercero. Respecto de la condena impuesta por pago de costas y agencias en derecho, en la medida que no hay lugar a la ineficacia del traslado, en tanto se cumplió con el deber de información de conformidad con la normativa vigente no es procedente la condena de costas y agenciase en derecho”.

² “Siendo la oportunidad pertinente presento frente al despacho con la decisión emitida por el mismo, recurso de apelación frente al Tribunal Superior de Bogotá sala laboral, solicitando a los Honorables Magistrados revocar la decisión de primera instancia, en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las condenas impuestas, teniendo en cuenta que el demandante hizo uso de su derecho de traslado de régimen pensional conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993, como ya se ha manifestado, de manera libre y espontánea y voluntaria, sin que mediara alguna coacción o presión frente al mismo; así mismo tenemos que el demandante tuvo varias oportunidades, incluso la dispuesto por la ley 797 de 2003 para retornar al régimen de prima media, sin que se haya evidenciado que el demandante e incluso en alguna oportunidad se hubiera presentado ante el ISS, hoy Colpensiones, solicitando su traslado; por tanto esto nos evidencia que el demandante ratificó su deseo y su voluntad de mantenerse dentro del régimen de ahorro individual y por tanto se encontraría saneada por ratificación tácita cualquier vicio en el contrato al momento de la afiliación conforme lo disponen los artículos 17, 52 y 54 del código civil. Asimismo tenemos que el demandante no contaba con el régimen de transición, al momento de realizar el traslado toda vez que la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, no perdón, el demandante si contaba con el régimen de transición toda vez que la entrada en vigencia la ley 100 de 1994, el 1 de abril contaba con la edad de 40 años, sin embargo al momento de realizar el traslado y conforme a lo establecido en la sentencia C 789 de 2002 y la sentencia SU062 de 2010, que da en concordancia con el decreto 3995/2008, se evidencia que para poder regresar al régimen de prima media en cualquier tiempo, el demandante al momento de entrar en vigencia la ley 100 de 1993, no solamente debía contar con la edad dispuesta en el artículo 36, sino que de igual manera debía contar con el requisito de la semanas o el tiempo de servicio requerido o dispuesto en dicha

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del demandante presentó alegaciones. Solicita que se confirme la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que dan las condiciones fijadas en la jurisprudencia para declarar la ineficacia de traslado.

El apoderado de PORVENIR presentó alegaciones para solicitar la revocatoria de la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

Por su parte el apoderado de COLPENSIONES no presentó alegaciones.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66A y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en los recursos de apelación y los que no en consulta a favor de COLPENSIONES.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

normatividad y cómo se evidenció entró dentro del proceso, el demandante contaba solamente con 364.57 semanas y no contaba pues evidentemente con el número de semanas normativamente exigidas, por tanto el demandante contaba sólo con una mera expectativa y la cual se encuentra reglamentado o de la cual se ha hablado en la Corte Constitucional en sentencia C-789 de 2002, en la cual se expuso que pues dichas expectativas no crean un derecho y por tanto no se puede venir a presentar o alegar un perjuicio en dicho derecho de seguridad social, sino que sencillamente es una decisión tomada para trasladarse de un régimen a otro, con unos beneficios y unas expectativas diferentes, por tanto resulta improcedente acceder a los pedimentos del demandante, aunado a que ya se encontraría prescrita la oportunidad para solicitarlos, ya que han transcurrido más de 4 años dispuestos en artículo 1750 del código civil, para la rescisión de los contratos y lo dispuesto en los artículos 488 y 151 del código procesal del trabajo y código sustantivo del trabajo, en el cual dan un término de tres años para presentar las acciones que en derecho corresponda; por tanto como sea fenecido la oportunidad para solicitar su traslado o nulidad de la afiliación, se encontraría actualmente fenecida dicha oportunidad y sería improcedente acceder a su pedimento; por tanto ruego a los honorables magistrados revocar la decisión del a quo y en su lugar absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones”.

El problema jurídico a resolver consiste en establecer si el traslado del demandante al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, a través de su vinculación a la AFP PORVENIR, cumplió con los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para producir efectos jurídicos.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el demandante nació el 12 de enero de 1954 (fl 11), **ii)** que cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 16 de septiembre de 1981 hasta el 31 de julio de 1994 (fl. 22); **iii)** que se trasladó al RAIS administrado por la AFP PORVENIR el 30 de junio de 1995, (fl 13); **iii)** que el 13 de julio de 2018 radicó derecho de petición ante COLPENSIONES, solicitando la nulidad del traslado de régimen (fl 15).

- **Fundamentos normativos sobre traslado de Régimen Pensional**

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

Concomitante con lo anterior, el Decreto Ley No 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, vigente para la época en que se realizó el traslado de régimen del demandante, previó en el numeral 1° del art. 97, la obligación de las entidades, de

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

En la sentencia SL 3464-2019, la Sala de Casación Laboral reiteró que desde la sentencia SL 1688-2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia o exclusión de todo efecto al traslado y por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional, por trasgresión a este deber, se debe abordar desde la institución de la ineficacia en sentido estricto.

Ahora bien, en relación con la decisión libre, voluntaria e informada, que debe custodiar el acto de afiliación o traslado de régimen pensional, la Corte Suprema de Justicia, en sentencias con radicado 31.989 de 2008, SL 19.447 de 2017 y SL 1421 de 2019, indicó, que el libre albedrío exigido por el sistema de seguridad social, no se restringía *“a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse de régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada”* y que tampoco se trataba de diligenciar un formato o adherirse a una cláusula genérica, ya que el asunto exige contar con los suficientes elementos de juicio, para asimilar las consecuencias de la decisión. También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial, razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019.

En aplicación a las reglas decisionales de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL 1689-2019, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

- **CASO CONCRETO**

En el asunto, no es tema de controversia como se indicó que, el señor ERNESTO ALONSO TONCEL REINA se trasladó a la AFP PORVENIR el 30 de junio de 1995, y que con anterioridad a tal traslado efectuó aportes al ISS hoy COLPENSIONES.

De otro lado, en el formulario de afiliación, se evidencia que el demandante aceptó realizar en forma libre y voluntaria la escogencia del Régimen de Ahorro Individual, no obstante, tal afirmación no demuestra en manera alguna el tipo de asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente. Al efecto nada se extrae del interrogatorio de parte absuelto por el demandante (CD. 3 min. 03:35), pues éste solo manifestó haber suscrito un formulario de afiliación a PORVENIR porque en una charla realizada por un asesor de esta entidad a los funcionarios de la Alcaldía de Barranquilla, para la cual trabajaba en la época, les ofrecieron beneficios superiores a los que podría obtener en el ISS hoy COLPENSIONES, indicándole además que el Seguro Social se iba a liquidar, dijo que no le dieron información alguna, ni explicación clara sobre las implicaciones que tenía dicho traslado.

A folio 43 y 44 del expediente, se encuentra declaración extra proceso, realizada por la señora Jacqueline Guevara Rivera, en la que manifiesta que para la época del traslado de régimen, era compañera de trabajo del demandante, declara que en la Alcaldía

de Barranquilla recibieron charlas por parte de las diferentes AFP, en las cuales les daban información ofreciéndoles beneficios superiores a los que podrían obtener en el ISS hoy COLPENSIONES, indicándoles además que el Seguro Social se iba a liquidar. Dicha declaración, a juicio de la Sala no conduce a acreditar el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP.

Como no obran más pruebas documentales, interrogatorios de parte o testimoniales tendientes a demostrar el cumplimiento del deber de información por parte del Fondo de Pensiones PORVENIR en los términos descritos por nuestro máximo órgano de cierre, tal como lo dispuso en las providencias antes citadas. Así como tampoco aparece acreditado que al momento del traslado la AFP hubiere brindado al demandante asesoría e información objetiva, suficiente y clara atendiendo su situación personal, sobre los efectos del traslado, concluye la Sala que se configuró una violación del deber de información, como requisito de la esencia del acto de traslado, lo que incide en la validez del cambio de régimen pensional. No puede deducir nada el Tribunal de las pruebas obrantes al expediente, pues nada se aportó sobre el particular y el único documento útil, el formulario de afiliación, solo contiene una manifestación genérica de aceptación.

Por lo anterior, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de la demandante, el cual conlleva retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, acarreando para PORVENIR S.A., la obligación de devolver los aportes pensionales, rendimientos financieros y los gastos de administración a COLPENSIONES, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL 1421-2019, SL 17595-2017 y SL 4989-2018, donde se rememoró la SL del 8 sep. 2008, con rad. 31989, referentes a las consecuencias de la ineficacia del traslado. Así mismo, se confirmará en cuanto ordenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el RPM y actualizar su historia laboral.

Ahora bien, en relación con el traslado de los recursos de la AFP PORVENIR a COLPENSIONES debe tenerse en cuenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia SL 3464-2019 adoctrinó que los fondos privados de pensiones deben trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, igualmente dispuso que deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES (SL 4989-2018; SL 1421-2019 y SL 1688-2019). Como la juez de primera instancia así lo definió se confirmará la sentencia en este punto.

Además de lo anterior se modificará el numeral QUINTO de la sentencia de primera instancia y para dar mayor claridad a dicha orden se declarará que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

Finalmente, en lo que respecta a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, en sentencia SL1421-2019 con ponencia del Magistrado Gerardo Botero Zuluaga, la Corte Suprema de Justicia señaló la inoperancia de este medio exceptivo no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, sino también por el carácter declarativo propio de este tipo de pretensión, en consecuencia se declara no probada.

Sin costas en esta instancia.

En mérito a lo expuesto EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D. C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral QUINTO de la sentencia apelada en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

ACLARACION DE VOTO. Como la Sala Laboral de la CSJ asignó carácter obligatorio a su precedente en la materia (sentencias STL 3382-2020 STL3187-2020, ente otras), suscribo la providencia dejando a salvo mi criterio, según el cual, para la parte actora no es viable el regreso voluntario al Régimen de Prima Media.



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado Ponente

S03-0152-2020

Radicado N° 39-2016-00085-01

Bogotá, treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020).

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, procede la Sala Sexta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, a resolver el recurso de apelación de **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.**, en contra de la sentencia proferida el 08 de octubre de 2019, por el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., que declaró que **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** adeuda al demandante el salario del 1° al 15 de diciembre de 2015, la diferencia por las vacaciones compensadas, la indemnización por despido y la indemnización moratoria, declaro solidariamente responsable a **MACROPROYECTOS DEL CESAR S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** de las condenas impuestas, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a las demandadas (fl. 329 a 330, 24:13 cd fl. 328).

I. ANTECEDENTES

- **DEMANDA (fl. 3 a 14, 52 a 59).**

ÁLVARO IVÁN RODRÍGUEZ PINZÓN solicitó declarar salario los \$2.239.431 que recibió de la demandada **MACROPROYECTOS DEL CESAR S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, en consecuencia, condenar a **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** al pago de los salarios del 1° al 15

de diciembre de 2015, vacaciones compensadas, indemnización por despido, indemnización moratoria, indexación, condenas ultra y extra petita, responsabilidad solidaria de **MACROPROYECTOS DEL CESAR S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.**, para servir como trabajador en misión en **MACROPROYECTOS DEL CESAR S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, ocupando el cargo de gerente administrativo y financiero, con un salario de \$10.850.000 más \$2.239.431 como canon de arrendamiento de la vivienda que habitó durante su contrato y \$1.000.000 como segundo auxilio de vivienda, servicio que desempeñó del 12 de mayo de 2014, siendo nombrado en junta de accionistas celebrada el 22 de mayo de 2014, como representante legal de la empresa usuaria. Afirmó que el 15 de diciembre de 2015, **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** le notificó la terminación unilateral sin justa causa de su contrato de trabajo, mismo día en que se celebró junta extraordinaria de accionistas que lo removió como representante legal de la empresa usuaria. Manifestó que no recibió las vacaciones compensadas al finalizar el contrato ni la indemnización por despido, ni el salario devengado en diciembre de 2015. Afirmó que el 12 de enero de 2016, presentó petición a su empleador solicitando la fecha de pago de su liquidación final, frente la cual no recibió respuesta, por tanto, el 21 de enero de 2016 volvió a presentar la misma solicitud, que tampoco fue contestada, presentando el 16 de marzo de 2016, un derecho de petición formal solicitando el pago, que tampoco fue resuelto.

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA.**

PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S. se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a que celebró contrato de trabajo con el demandante desde el 12 de mayo de 2014, que se desempeñó como trabajador en misión en el cargo de gerente administrativo y financiero de la empresa en misión, con un salario de \$10.850.000 y un auxilio de vivienda de \$1.000.000 y que el

demandante presentó solicitudes de cobro el 12 y 21 de enero de 2016, así como el 16 de marzo de 2016. Indicó que el contrato de trabajo suscrito fue por obra o labor determinada, que el salario devengado fue integral, que el auxilio de vivienda no era factor salarial; así mismo, el contrato finalizó por terminación de la obra o labor contratada, siendo la falta de pago de las vacaciones producto de la situación de liquidación judicial de la sociedad, el cual conoce el demandante porque se presentó como acreedor. Interpuso las excepciones de enriquecimiento sin justa causa, pago, transacción y compensación, prescripción, buena fe y la genérica (fl.134 a 147).

Mediante auto del 22 de marzo de 2018, se le designó curador *ad litem* a la demandada **MACROPROYECTOS DEL CESAR S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** (fl. 185), siendo designada la Dra. Astrid Daniela Rodríguez Bello en tal calidad (fl. 197), quien contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, no aceptó ningún hecho, manifestó atenerse a lo que resulte probado y no propuso excepciones (fl. 200 a 202).

II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (fl. 329 a 330, 24:13 cd fl. 328).

El 08 de octubre de 2019, el Juzgado Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia en la que resolvió:

“(…) PRIMERO: DECLARAR que la empresa Personal y Servicios Oportunos SAS, debe al señor ÁLVARO IVÁN RODRÍGUEZ PINZÓN, los conceptos de salario del 1º al 15 de diciembre de 2015, vacaciones e indemnizaciones por terminación sin justa causa.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa PERSONAL Y SERVICIOS OPORTUNOS SAS a pagar al actor los siguientes conceptos:

- \$5.425.000 por salarios pendientes del 1º al 15 de diciembre de 2015.
- \$8.649.861 por diferencia de vacaciones compensadas.
- \$10.850.000 por indemnización de despido sin justa causa.
- \$361.666.66, por concepto de indemnización de falta de pago del art. 65, por concepto de un día de salario por cada día de retardo a partir del 15 de diciembre de 2015 y hasta el 8 de marzo de 2017 que asciende a \$160.941.667.

TERCERO: DECLARAR solidariamente responsable a la empresa MACRO PROYECTOS DEL CESAR, de las condenas dadas en la presente providencia.

CUARTO: Tener como no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: DENEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEXTO: CONDENAR en costas a las demandadas dentro de los cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$3.717.330,16. Se aclara que las costas deben ser asumidas en partes iguales por las demandadas. (...)"

El Juez de primera instancia fijó como problema jurídico determinar la clase de contrato suscrito entre las partes, si hay o no saldo pendientes por salarios y vacaciones y si el auxilio de vivienda constituyó o no factor salarial, para establecer si procede la reliquidación de vacaciones y si procede la liquidación del artículo 64 CST y si se configuró o no la responsabilidad solidaria de la demandada MACROPROYECTOS DEL CESAR S.A.S.

Para resolver indicó que no hay controversia entre las partes de que existió una relación laboral y que el demandante recibió un salario integral de \$10.850.000, frente al auxilio de transporte, indicó que las partes acordaron mediante otro sí que no tendría naturaleza salarial, variando su valor en el tiempo, sin que su periodicidad implique que fuera remuneratorio y además era a favor de una inmobiliaria, por ende no declaró que fuera salario. De otra parte, indicó que se acreditó que el contrato suscrito entre el demandante y la EST fue a término indefinido, sociedad que también reconoce adeudarle el valor de las vacaciones y de la indemnización por despido, sin que acredite el pago del salario de diciembre de 2015, por tanto, condenó a dicho reconocimiento. Afirmó que la cifra que reconoció la EST en la graduación de crédito es inferior en \$1.404.124 a la suma que en derecho le corresponde, por lo cual condenó al pago de la misma. Condenó al pago de la indemnización moratoria generada desde la terminación del contrato de trabajo y la apertura de la liquidación judicial ordenada el 09 de marzo de 2017, por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES. Declaró la responsabilidad solidaria de la empresa

usuaria demandada, con ocasión de que los pagos del auxilio de vivienda los realizó dicha sociedad, quien además nombró al demandante como su gerente y representante legal.

III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** solicitó revocar la sentencia y absolver de todas las pretensiones. Señaló que la condena al pago de salarios, vacaciones e indemnización por despido no procede en su totalidad, ya que \$20.071.136 ya fueron reconocidos en el proyecto de liquidación y graduación del crédito; por tanto, solo procede condenar al pago de la diferencia de \$1.404.124. De otra parte, indicó que no existe mala fe en el no pago de acreencias, porque si bien la liquidación se ordenó desde el 09 de marzo de 2017, el proceso liquidatorio empezó con la solicitud que realizó la compañía en diciembre de 2015, sin que hubiera omitido graduar las acreencias laborales reclamadas. Respecto de la solidaridad indicó que si el Despacho verificó valencias en la contratación del demandante como trabajador en misión, corresponde declarar que fue la empresa usuaria la verdadera empleadora y absolver a la EST de las condenas¹ (25:55 cd fl. 328).

¹ Gracias señoría. De forma respetuosa presento recurso de apelación solicitando a los magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá revocar la sentencia proferida por su Despacho, toda vez que respecto del salario, vacaciones e indemnización por la cual se condena a PYSO no procede en el sentido que ya se encuentran en la graduación y liquidación del crédito por parte de la Superintendencia, por ello, condenar por tales conceptos equivale a un enriquecimiento sin justa causa por parte del señor ÁLVARO IVÁN RODRÍGUEZ, dentro de dicha liquidación de créditos, como lo afirmó el despacho, asciende a \$20.071.136, siendo la diferencia como lo señaló el Despacho de \$1.404.124, entonces, si en gracia de discusión se entiende que esta graduado y calificado el crédito, como lo afirmó el demandante en su interrogatorio cuando indicó que ya hace parte de la liquidación del crédito, pues la suma a cancelar por concepto de salario, vacaciones e indemnizaciones es de \$1.404.124 y no de aproximadamente 20 millones como señaló el Despacho. De igual forma, respecto de la indemnización moratoria, si bien el auto que declaró la liquidación es del 09 de marzo de 2017, debemos señalar que el proceso liquidatorio no inició con ese auto que declaró la superintendencia, porque es con la solicitud que se hizo con parte de la compañía, que data de 2015, muestra de ello en la incapacidad de pago como ni siquiera se pudo cancelar al demandante los salarios del 1 al 15 de diciembre de 2015, si bien no es una excusa y los trabajadores no deben conllevar las pérdidas del empleador, si es cierto que se realizó una graduación y calificación del crédito por los conceptos de salario, vacaciones a indemnización, pero frente a la moratoria no debe prosperar porque no existió un actuar de mala fe, porque mi representada una vez avaló para que los deudores se inscribieran en la liquidación y concurso de créditos aviso al demandante para que se presentara, pudiera graduar y calificar su deuda y muestra de ello es que ya se encuentra provisionada para efectos del pago por parte de la superintendencia a través de su liquidador, en ese sentido no debe prosperar la condena por indemnización moratoria que asciende a \$160.941.667, toda vez que si bien hay ausencia de pago, la misma no obedece a un actuar de mala fe de la compañía y reitero que fue en diciembre de 2015 que empezó el proceso de liquidación, por lo cual no se puede endilgar mala fe a mi representada. En ese sentido, ruego a los honorables magistrados revocar la sentencia y en su lugar absolver a mi representada. De igual forma, frente a la solidaridad que señala el Despacho, debo indicar que si bien era un trabajador en misión y si en gracia de discusión se quisiera decir que excedió los términos de temporalidad, el análisis de no debe ir enfocado de que era un trabajador de PYSO sino que al exceder el término de contratación establecido en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990,

IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** solicitó revocar la sentencia, por cuanto indicó que acceder a las pretensiones afecta la igualdad de derechos de los demás acreedores del proceso de liquidación judicial, situación que de forma objetiva impide el pago de la liquidación final del contrato de trabajo, sin que exista mala fe porque la sociedad informó dicho proceso para que el demandante se hiciera parte, quien ya solicitó el pago de lo pretendido en dicho procedimiento y de forma temeraria también en sede judicial. Agotado el término legal de traslado, el **DEMANDANTE** y la demandada **MACROPROYECTOS DEL CESAR S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** se abstuvieron de presentar alegatos.

V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el artículo 66 A CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la procedencia o no de condenar al pago completo de los salarios de diciembre de 2015, vacaciones e indemnización por despido o a su pago parcial considerando el valor reconocido en el proyecto de graduación de créditos, así como si le asiste o no derecho al demandante al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST en atención al proceso de liquidación judicial de la EST demandada, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

mi representada podría llegar a ser un simple intermediario y convertirse en un verdadero empleador MACROPROYECTOS, el Despacho no abordó desde ese sentido sino se limitó a la solidaridad respecto de lo que tiene que pagar mi representada PYSO, que si bien no existe una fuente de solidaridad legalmente establecida para el caso de las EST, pues lo cierto es que si de parte del Despacho se analiza que se excedió la temporalidad permitida, no debe enfocarse a que no se tiene en cuenta a MACROPROYECTOS DEL CESAR sino que por el contrario se debería tener a PYSO un simple intermediario y que el empleador debería ser MACROPROYECTOS, más si el Despacho observó pagos directos por parte de MACROPROYECTOS del arriendo. En ese sentido solicitó revocar la sentencia y en su lugar absolver a PYSO, muchas gracias.

VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de los siguientes presupuestos fácticos: **i)** el 12 de mayo de 2014, el demandante **ÁLVARO IVÁN RODRÍGUEZ PINZÓN** y la demandada **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** suscribieron contrato de trabajo a término indefinido, en virtud del cual se le contrato como gerente administrativo y financiero, a cambio de un salario integral de \$10.850.000 (fl. 16 a 17); **ii)** mediante Auto No. 400-005842 del 09 de marzo de 2017, la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES ordenó la apertura del proceso de liquidación judicial de la precitada sociedad (fl. 148); **iii)** Mediante escrito del 31 de agosto de 2017, el Dr. Edgar Sánchez García, en su calidad de liquidador de la precitada sociedad, presentó a la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES proyecto de calificación y graduación de créditos, en el cual se reconoció la suma de \$20.071.136 por concepto de *liquidación* (fl. 149 a 167); **iv)** mediante sentencia de primera instancia, la *a quo* condenó al pago de \$24.924.861, discriminados en \$5.425.000 por salarios del 1° al 15 de diciembre de 2015, \$8.649.861 por diferencia de vacaciones compensadas y \$10.850.000 por indemnización de despido sin justa causa (fl. 329 a 330, 24:13 cd fl. 328).

- **Sobre la Indemnización Moratoria en situación de Iliquidez o Insolvencia del Empleador.**

El artículo 65 CST consagró la imposición al empleador al pago de una suma equivalente a un día de salario en los eventos que se cumplen los presupuestos señalados en dichas normas.

Respecto de la naturaleza de dichas figuras, la H. Sala de Casación de la CSJ ha indicado que no procede de forma automática, por cuanto al tener carácter sancionatorio es necesario acreditar, como un requisito para su causación, la mala fe del empleador al momento de incurrir en su comportamiento omisivo, por cuanto si éste aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta no proceden dichas condenas, tal y como reitero recientemente la H. CSJ en las

sentencias SL2823 de 2019, SL2885 de 2019, SL2837 de 2019, SL5628 de 2019, SL5595 de 2019, entre otras.

Ahora bien, no han sido pocos los conflictos judiciales en los cuales el empleador que incumple el pago de los salarios y prestaciones sociales alega su situación de crisis, insolvencia o iliquidez como la causa del incumplimiento en el pago de dichas acreencias. Al respecto, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ indicó que la conducta del empleador al momento en que incurrió en la mora es el único criterio que debe ser evaluado para establecer la procedencia o no de la condena al pago de esta indemnización, por tanto, en situaciones como la reestructuración, la intervención u otra similar que afecte al empleador, es preciso evaluar su conducta para observar si de buena o mala fe cesó en el pago de sus acreencias, siendo posible que demuestre que desde el instante en que se configuró la situación analizada estuvo imposibilitado para efectuar el pago, evento en el cual no procederá la condena a la sanción, posición que ha sido reiterada en las sentencias SL9660 de 2014, SL16280 de 2014, SL16884 de 2016, SL4711 de 2017, SL981 de 2018, SL1186 de 2019, entre otras.

CASO CONCRETO

En el presente asunto, la Juez de primera instancia declaró que **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** adeuda al demandante el salario del 1° al 15 de diciembre de 2015, la diferencia por las vacaciones compensadas, la indemnización por despido y la indemnización moratoria, declaro solidariamente responsable a **MACROPROYECTOS DEL CESAR S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** de las condenas impuestas, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a las demandadas.

El apoderado de la demandada **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** presentó recurso de apelación, por el cual solicitó revocar la sentencia y absolver de toda condena. Indicó que debe restarse el valor de \$20.071.136 reconocido en el proyecto de liquidación y graduación de créditos de las condenas y que no existió mala fe en la falta de pago

de salario debido a que desde diciembre de 2015 inició el proceso de liquidación, a la vez que indicó la posibilidad de declararse que la EST actuó como simple intermediaria.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante indicar que no existe controversia alguna respecto de las condenas y montos que por concepto de salarios de diciembre de 2015, vacaciones e indemnización por despido fueron ordenados en primera instancia, aspectos que no serán objeto de pronunciamiento de la Sala en virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS.

Así las cosas, se tiene que el apoderado de la EST demandada solicitó que del valor de las condenas por los anteriores conceptos, que suman \$24.924.861, discriminados en \$5.425.000 por salarios del 1º al 15 de diciembre de 2015, \$8.649.861 por diferencia de vacaciones compensadas y \$10.850.000 por indemnización de despido sin justa causa (fl. 329 a 330, 24:13 cd fl. 328), sea restada la suma de \$20.071.136 que se reconoció al demandante en el proyecto de calificación y graduación de créditos, en el marco del proceso de liquidación judicial adelantado ante la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (fl. 149 a 167).

Al respecto, sea lo primero indicar que al expediente solo se aportó copia del Auto 415-000035 del 03 de mayo de 2017, por el cual la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES fijo aviso liquidaciones a fin de que los acreedores de la demandada **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** presentaran al proceso liquidatorio los créditos que pretenden hacer valer (fl. 148). Posteriormente, se allegó el proyecto del 31 de agosto de 2017, que el Dr. Edgar Sánchez García, en su calidad de liquidador, presentó al Juez del Concurso para la calificación y graduación de créditos, en el cual se reconoció la suma de \$20.071.136 por concepto de *liquidación* (fl. 149 a 167).

De las anteriores pruebas se puede inferir que si bien en el proyecto se reconoció la cifra de \$20.071.136 a favor del demandante, no se acreditó que el mismo hubiera sido aprobado por la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES, por tanto, no existe certeza

de que en efecto se dispuso el pago de dicha suma a favor del demandante, lo que impide acceder a la súplica de deducir dicho monto de las condenas impuestas en primera instancia por concepto de salarios, vacaciones e indemnización por despido.

Pasa la Sala a resolver el segundo punto de apelación, relativo a la improcedencia de condenar al pago de la indemnización moratoria por cuanto desde diciembre de 2015 la EST demandada solicitó la apertura del proceso de liquidación judicial.

Al respecto, llama la atención de la Sala que de la revisión del Auto 415-000035 del 03 de mayo de 2017 de la SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES (fl. 148) y el proyecto de calificación y graduación de créditos (fl. 149 a 167), no se hace mención alguna a los presuntos trámites que desde diciembre de 2015 adelantó la EST demandada solicitando presuntamente la apertura de la liquidación, a la vez que el certificado de existencia y representación legal de tal sociedad, expedido el 10 de agosto de 2017 (fl. 108 a 112), no relacionó la inscripción de ninguna restrictiva del manejo del patrimonio de la compañía, por cuanto en 2012 se registró que cambió su tipo societario y la siguiente nota corresponde al registro del auto de marzo de 2017, por el cual se dio apertura al proceso de liquidación, siendo que el numeral 11 del artículo 50 de la Ley 1116 de 2006 determinó que el efecto de limitar la disposición del patrimonio inicia desde la declaratoria del proceso de liquidación judicial, el cual se reitera lo fue el 09 de marzo de 2017.

Así las cosas, no se acredita causa alguna que justifique el por qué el empleador se sustrajo del pago de los salarios causados del 1° al 15 de diciembre de 2015, máxime cuando se declaró la liquidación judicial más de un año después, por lo cual se confirmará la condena dictada en primera instancia al pago de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, máxime si se considera que la demandada **PYSO SERVICIOS OPORTUNOS S.A.S.** reconoció que el demandante le radicó solicitudes de cobro el 12 de enero de 2016, el 21 de enero de 2016 y el 16 de marzo de 2016, sin que se hubiera procedido siquiera a dar respuesta a las mismas.

En cuanto el tercer y último punto señalado en el recurso de apelación, relativo a que debe analizarse la posibilidad de declarar que la EST fue una simple intermediaria, la Sala observa que la demanda, así como las contestaciones, no plantearon dicho escenario, el cual tampoco fue fijado en el problema jurídico en la audiencia celebrada el 30 de agosto de 2019 (fl. 229 a 230, 04:25 cd fl. 228), sin que en dicho instante procesal la EST demandada presentará recurso alguno a fin de adicionar la posibilidad de ser considerada como intermediaria al problema jurídico, por lo cual no puede pretender que luego de proferida sentencia de instancia y en su recurso de apelación el incluir novedosas tesis defensivas, las cuales en todo caso no pueden ser resueltas en segunda instancia habida cuenta que la competencia de este Tribunal se limita a verificar los puntos que fueron objeto de decisión judicial por el *a quo*, que no son otros que los que en su momento fueron fijados en el litigio.

Por las anteriores consideraciones se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

RESUELVE


PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, conforme la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado.



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado.