

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA PATRICIA BARRERA ACOSTA
CONTRA PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO
DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN – PAR ISS EN LIQUIDACIÓN
– ADMINISTRADO POR LA SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO
AGROPECUARIO S.A FIDUAGRARIA S.A.**

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y la entidad demandada, contra la sentencia dictada por el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de agosto de 2020.

ANTECEDENTES

MARTHA PÁTRICIA BARRERA ACOSTA presentó demanda contra el Instituto de Seguros Sociales -ISS EN LIQUIDACIÓN- para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 1 de septiembre de 2011 hasta el 31 de marzo de 2013 que terminó por despido sin justa causa. Como consecuencia de ello se ordene el reintegro a la entidad demandada en el cargo que venía desempeñando, y se condene al pago de salarios y prestaciones sociales dejados de percibir entre la fecha del despido y el reintegro. Subsidiariamente pide que se condene a pagar: la indemnización por despido convencionalmente

establecida, o a la indemnización por despido sin justa causa legal, cesantías, indemnización moratoria o la indexación de todos los derechos económicos que se reconozcan en la sentencia, intereses de cesantías convencionales, vacaciones, primas extralegales de vacaciones, primas extralegales de servicios, prima de navidad, auxilio de transporte convencional, auxilio de alimentación convencional, el valor de los aportes que le correspondía efectuar al ISS para la seguridad social, y que se nivele salarialmente con las personas que ocuparon el cargo de *técnico grado 16*, o en caso de que no prospere la nivelación salarial se condene al pago del incremento salarial convencional reconocido a los trabajadores oficiales en los años 2011 a 2013 y las costas del proceso (folios 29 a 32).

Como fundamento de lo pedido, afirma que prestó sus servicios al ISS mediante la modalidad impuesta de contratos de prestación de servicios, como técnico de servicios administrativos en tutelas de nivel nacional, desde el 01 de septiembre de 2011 hasta el 31 de marzo de 2013 en forma ininterrumpida, recibía órdenes, cumplía horario, acataba los reglamentos de la entidad y debía prestar sus servicios dentro de sus instalaciones en un lugar asignado por el ISS y con los elementos que allí le proporcionaban. Su última asignación de \$1.293.696 mensuales, y había Técnicos de planta que desarrollaban idénticas funciones y recibían una asignación superior y todas las prestaciones legales y convencionales estipuladas en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y el Sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL (folios 3 a 15).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, el PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES EN LIQUIDACIÓN -PAR ISS EN LIQUIDACIÓN- ADMINISTRADO POR LA SOCIEDAD FIDUCIARIA DE DESARROLLO AGROPECUARIO S.A FIDUAGRARIA S.A. la contestó mediante apoderada, se opuso a las pretensiones con fundamento en que no es sujeto procesal de este litigio, pues no fue convocada como extremo pasivo o como sucesor procesal, y FIDUAGRARIA S.A. es una persona distinta de las empresas públicas o

privadas que constituyen Patrimonios Autónomos de Remanentes. Propuso como *excepción previa* falta de legitimación en la causa por pasiva, y como excepciones *de fondo*: prescripción, inexistencia de la aplicación de la primacía de la realidad, inexistencia del derecho y de la obligación, pago, ausencia de vínculo laboral, cobro de lo no debido, relación contractual con el actor no era de naturaleza laboral, buena fe del ISS y del PAR ISS, inexistencia de la convención colectiva, presunción de legalidad de los actos administrativos y contratos celebrados entre las partes, cosa juzgada y la innominada (folios 155 a 173).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de agosto de 2020, en la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo y condenó a la demandada a pagar los derechos causados como trabajador oficial, en la ley y en la convención colectiva de trabajo. Para tomar su decisión encontró probados los elementos constitutivos del contrato de trabajo entre el 1 de septiembre de 2011 y el 31 de marzo de 2013, y que la entidad demandada no desvirtuó subordinación. Negó la nivelación salarial por falta de prueba del desempeño de funciones iguales a las realizadas en el cargo de *técnico grado 16*. Condenó a la devolución de la cuota parte que le correspondía al empleador por aportes a pensión, conforme lo establece el artículo 22 de la ley 100 de 1993. Para condenar al pago de la indemnización por despido aplicó el artículo 5º convencional. Negó el Auxilio de transporte y de Alimentación argumentando que la demandante “*no había acreditado el valor pagado al 31 de diciembre de 2001 ni los incrementados por cada uno de los años de vigencia*”. Concluyó que la demandada actuó de mala fe al haber ejecutado 5 contratos de prestación de servicios continuos, y por ello condenó al pago de indemnización moratoria hasta el 31 de marzo de 2015, fecha de extinción definitiva de la entidad.

La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR la existencia de una verdadera relación laboral entre el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO como empleador y la*

señora MARTHA PATRICIA BARRERA ACOSTA como trabajadora mediante un contrato de trabajo que tuvo lugar entre el primero de septiembre de 2011 y el treinta y uno de marzo de 2013, con un último salario de \$1.293.696 por lo motivado. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada FIDUAGRARIA S.A. como vocera y administradora de P.A.R. del INSTITUTO DEL SEGURO SOCIAL LIQUIDADO al pago de la siguientes sumas de dinero así y a favor de la demandante: a) \$2.073.363 por concepto de cesantías, b) \$249.243 por concepto de intereses a las cesantías, c) \$1.034.956 por concepto de vacaciones, d) \$2.073.363 por concepto de prima de servicio convencionales, e) \$2.073.363 por concepto de prima legal de servicios, f) \$1.047.893 por concepto de primas extralegales de vacaciones y g) \$1.721.393 por concepto de prima navidad. TERCERO: CONDENAR a la demandada FIGUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del P.A.R del SEGURO SOCIAL LIQUIDADO a pagar a la demandante señora MARTHA PATRICIA BARRERA ACOSTA por concepto de indemnización por despido sin justa causa la suma de \$2.633.533. CUARTO: CONDENAR a la demandada FIGUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del P.A.R del SEGURO SOCIAL LIQUIDADO a pagar a la demandante señora MARTHA PATRICIA BARRERA ACOSTA por concepto de devolución de aportes las sumas correspondientes a la cuota parte que estaba obligada a pagar en su condición de empleador al sistema de seguridad social en pensiones correspondientes a \$1.096.000, de acuerdo a lo motivado. QUINTO: CONDENAR a la demandada FIGUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del P.A.R del SEGURO SOCIAL LIQUIDADO al pago de \$43.123,02 diarios por concepto de indemnización moratoria equivalentes a 638 días de salario contados desde el primero de julio del 2013 y hasta el treinta y uno de marzo de 2015 al pago de la suma de \$27.512.601 la cual debe ser indexada hasta el momento de su pago por lo motivado. SEXTO: ABSOLVER a la demandada FIGUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del P.A.R del INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL YA LIQUIDADO de las demás pretensiones de la demanda por lo motivado. SÉPTIMO: COSTAS a cargo de la parte demandada FIGUAGRARIA S.A. como vocera y administradora del P.A.R del SEGURO SOCIAL y a favor de la demandante por valor de \$4.000.000. OCTAVO: de no ser apelada la presente

decisión ENVÍESE a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA” (CD MIN 43:12).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la demandante reclama en el recurso nivelación salarial con empleados de planta de la misma categoría, y afirma que si bien no se adujo una persona concreta frente a quien nivelarse, conforme al criterio de la Corte suprema de Justicia SL447 2013 procede con la demostración de escalas salariales, y en la tabla salarial para técnicos de servicios administrativos hay personas que recibieron un salario superior. De manera subsidiaria pide los incrementos establecidos en el artículo 40 de la Convención Colectiva del Trabajo, pues dependen del tiempo de servicios del trabajador y no de si se demostró un cargo, el beneficio convencional (auxilios de transporte y alimentación), el pago de los aportes a salud que sufragó la actora, y la indemnización moratoria para lo cual pide que no se limite la condena hasta la fecha de extinción del ISS. Finalmente pide que se revisen las condenas por cesantías, vacaciones y prima de navidad, pues las estima inferiores a su derecho (CD 3 MIN. 47:07)¹.

¹*“Muchísimas gracias su señoría, nosotros con sumo respeto por su decisión interponemos recurso de apelación para que de manera parcial el Tribunal modifique o revoque algunas de las partes de la sentencia que usted acaba de proferir, en este punto, la parte demandante apela en lo concerniente a la nivelación salarial ya que la razón del Juzgado es que si bien se demostró un cargo, no se demostró con quien exactamente se quiere nivelar, pero la Corte Suprema en una decisión que se identifica como la SL 447 2013 radicación interna 41089 advirtió que esta nivelación es pertinente y es posible con la demostración de la parte demandante de las escalas salariales, al expediente se allegó un derecho de petición que está identificado de fecha veintitrés de junio de 2013 dirigió al señor Juan Carlos Gaviria Gómez, en ella señoría hay una tabla salarial para los técnicos de servicios administrativos que demuestran un salario superior a la de la demandante, consideramos que esas pruebas son suficientes para tener por demostrado cómo en el cargo y con salario propio de un técnico que ese Seguro Social, esa empresa pagaba a sus técnicos de servicios administrativos un salario superior al que devengaba la señora Martha Patricia, eso para la parte demandante es suficiente para proceder a la condena del mismo. Frente a los incrementos esta solicitud se hizo de manera subsidiaria a la de la nivelación salarial y esta tiene su génesis en el artículo 40 de la Convención Colectiva del Trabajo que establece un porcentaje de incrementos dependiendo del tiempo que haya durado cada trabajador, no depende de si se demostró un cargo o no, por lo tanto, al ser aplicable la Convención Colectiva a la trabajadora, ella le era también aplicable ese beneficio convencional, ahí en ese decreto, en esa convención, perdón, en ese artículo de la convención establece también que se pagará el primero de junio al treinta y uno de octubre una cantidad y, en ese derecho de petición que estoy haciéndole ver al Tribunal aparecen cuáles han sido los valores constantes de ese pago, por lo tanto, esta*

En el recurso de la demandada pide que se revoquen todas las condenas pues no hubo contrato de trabajo. Afirma que la demandante firmó de forma libre, autónoma y voluntaria el contrato de prestación de servicios, y no demostró subordinación; por el contrario, en el interrogatorio de parte afirmó que su prestación era autónoma. Aduce que este tipo de contratación se realiza cuando la planta no resulta suficiente para cubrir las necesidades del ISS y se debía acudir a un mecanismo de contratación permitido en la Ley. En cualquier eventualidad estima improcedente la condena al pago de indemnización por despido sin justa causa, pues por razones de fuerza mayor como la liquidación del ISS, se tuvo que prescindir del servicio de la demandante, lo que se probó

prueba también es relevante para resolver ese punto. Frente a los auxilios de transporte y alimentación la razón del Juzgado para negarla es que no se tenía constancia del pago del mismo o por lo menos en el, también en la Convención Colectiva se indicaba que se pagará al año 2004 y que no se demostraba una constancia, en este derecho de petición igualmente aparece cuál ha sido el valor constante de esos auxilios de transporte y alimentación, por lo tanto, y, qué personas bajo qué salarios pueden acceder a esos dos auxilios, por lo tanto, también le pido al Tribunal tenerlo en cuenta y liquidarlo con base en esa prueba. Frente a los aportes al sistema de seguridad social la parte demandante encuentra que la razón de esa petición es la misma que expuso el Juzgado cuando se refirió al tema de la devolución de aportes a la seguridad social en pensión y por ella procedió la condena, en este caso no se pide que se indemnice o resarza un daño a la salud del trabajador sino que sencillamente como se pagaron también los aportes esos también deben ser restituidos y, frente a la indemnización moratoria, si bien conocemos las últimas sentencias que ha proferido la Corte Suprema de Justicia frente a este punto, la parte demandante advierte que es viable y en este caso necesario apartarse de ese precedente con una mejor tesis lo cual es posible con base en las muchas sentencias que tiene la Corte Constitucional frente a la posibilidad del Juez de apartarse de las decisiones judiciales de sus superiores y también estableciendo una mejor regla de derecho, el señor Juez con muy buen juicio advirtió cuáles eran las razones con las cuales la Corte limitaba esa moratoria, advirtió que había una imposibilidad de la ejecución, pero revisado la doctrina que tienen los civilistas frente a esta forma de extinción de las obligaciones en especial el tratadista Fernando Hinestrosa en su libro el Tratado de las Obligaciones, que estudia el tema de la imposibilidad sobrevenida, advierte que esta no es posible de ninguna manera frente a un incumplimientos del deudor y de incumplimientos parciales, la moratoria señores Magistrados se dio por un incumplimiento porque el Seguro se sustrajo de la obligación de pagar las prestaciones cuando era su debido tiempo y no lo hizo, entonces, esto hace no que la extinción del Seguro Social no hace que ese incumplimiento se vea limitado, por el contrario, el Instituto de Seguros Sociales creó ese patrimonio autónomo de remanentes para cumplir con las obligaciones del extinto ISS y si a ese empleador del Instituto se le advirtió que tenía una obligación laboral y que hizo caso omiso de esa obligación, ese es un incumplimiento y por lo tanto ese patrimonio debe pagar al demandante todas las obligaciones incluidas las indemnizaciones moratorias, estas son las razones por las cuales solicito al Tribunal apartarse de esa decisión del Superior con muchísimo respeto y que advierto que en este caso puede operar una mejor regla frente al derecho aplicable, esos son los puntos que tenemos que son objeto de apelación, también advertimos al Tribunal que los valores que se impartió por condena por cesantías, vacaciones y prima de navidad son inferiores a los que realmente tiene derecho la demandante, por lo tanto, le solicitamos muy respetuosamente al Tribunal que al revisar las condenas y al estudiarlas pueda también revisar estas y quede habilitado para que si encuentra un mayor valor lo pueda corregir, en estos puntos dejamos presentado el recurso de apelación, muchas gracias”.

con los testimonios y la confesión en el interrogatorio de parte; y el pago de aportes pensionales en razón a que la demandante no hacía estos aportes sobre el 40% de los honorarios, sino sobre un básico; y de sanción moratoria pues la actora realizaba labores de manera autónoma y el ISS entendía de buena fe que estaba bajo la modalidad de contratación que se suscribió (CD3 MIN. 55:24)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Conforme lo establece el artículo 66A del CPT el Tribunal estudiará las materias sobre las cuales versaron los recursos de apelación a saber: (i) si se probó o no una relación de trabajo; (ii) si procede la nivelación salarial o, subsidiariamente, el incremento salarial convencional; (iii) si se causaron los

² “Con el debido respeto me permito interponer recurso de apelación contra el fallo proferido en instancia solicitándole al Honorable Tribunal Superior de Bogotá se sirva revocar en cuanto a las condenas que fueron impuestas al patrimonio al cual represento teniendo en cuenta los siguientes aspectos. Respecto al numeral uno donde se están relacionando los extremos laborales, solicito se sirva revocar ya que no hay tal existencia de dichos extremos, si bien es claro se pudo establecer que la señora Martha estuvo contratada por contratos de prestación de servicios y tal como se pudo establecer en el interrogatorio de parte, esta contratación se hizo teniendo en cuenta que la planta que cubría las necesidades del instituto no resultaba suficiente, por tal razón, se tuvo que acudir a tal mecanismo de contratación. Respecto el punto número dos igualmente solicito se sirva tener en cuenta que la señora manifestó que suscribió una serie de contratos de prestación de servicios de manera libre y autónoma, teniendo una aceptación voluntaria respecto al pago de sus honorarios y tal y como lo manifestó igualmente en su interrogatorio, expresó que el Instituto en ningún momento dejó de hacer este pago de dichas obligaciones. Respecto a la indemnización del punto tres, respecto a la indemnización por despido sírvase tener en cuenta que tal como lo manifestó la señora demandante así como lo manifestaron sus testigos, la terminación de estos contratos se dieron no de manera caprichosa por parte del Instituto, sino por la liquidación y supresión del Instituto, razón por la cual obligó a que se prescindiera del servicio de la señora Martha. Igualmente, respecto al punto cuarto donde se está condenando por los aportes, también solicito se sirva hacer el análisis respecto a esta condena, teniendo en cuenta que como lo manifestó la señora demandante en el interrogatorio de parte, ella no hacía estos aportes sobre el 40% de los honorarios pactados sino que ella tomaba una suma que la manifestó como un básico, entonces, considero que este, no hay claridad en este aspecto y por tal razón no se podría establecer que ella hizo los pagos de aportes conforme lo liquidó el despacho. Ahora, respecto a la indemnización moratoria solicito también se sirva revocar este aspecto teniendo en claro tal y como se pudo evidenciar respecto a las pruebas tanto documentales como testimoniales y el interrogatorio de parte, la señora suscribió una serie de contratos de prestación de servicios de manera libre y autónoma, donde ella manifestó claramente que tenía autonomía para el desarrollo de sus actividades, lo manifestó muy claramente en el interrogatorio y ¿por qué tenía autonomía para el desarrollo de sus actividades?, porque si bien era claro manejaba un aplicativo de tutelas, era la distribución de estos mecanismos de defensa, ella era la única que conocía este aplicativo por eso debió acreditar un estudio técnico al momento de la vinculación y contratación al Instituto, entonces, solicito se sirva tener estos aspectos en cuenta para la revocatoria de todas las condenas, tal y como lo sustenté en dicho recurso, muchas gracias”.

auxilios convencionales de transporte y alimentación; (iv) si procede la devolución de los aportes a la Seguridad Social en Salud; (v) si se causaron sumas adicionales por derechos causados durante la relación; (vi) si se debe limitar el tiempo durante el cual se causa la indemnización moratoria; y (vii) si procede o no el pago de indemnización por despido injusto

(i) Para decidir sobre la naturaleza de la vinculación de la demandante, el artículo 1° de la ley 6ª de 1945 dispone la existencia de contrato de trabajo entre la administración pública y la persona que le presta un servicio personal bajo *continuada dependencia*, por oposición -dice la norma- a los contratos que se celebran para la ejecución de una labor determinada sin consideración a la persona que ha de ejecutarla, y sin que estén sujetas a horario, reglamentos o control especial del empleador. El artículo 53 de la Constitución Política establece, además, la primacía de la realidad sobre las formalidades pactadas por las partes en materia laboral.

Por ello, la prueba de un servicio personal y subordinado por quien alega la condición de trabajador impone al juez la declaración de existencia del contrato de trabajo, al margen de las estipulaciones que haya suscrito.

Bajo esta regla y una vez revisado el expediente la Sala encuentra prueba del *servicio personal* prestado por la demandante con los contratos de prestación de servicios que obran en el expediente administrativo (folios 18 a 22), y con la certificación laboral de folio 23. De estos mismos documentos se evidencia que desde el punto de vista formal el servicio se prestó en ejecución de prestación de servicios regulados por la ley 80 de 1993. Sobre esta forma de contratación (específicamente sobre el artículo 32 numeral 3°) se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia C- 154 de 1997, para definir que en ella el legislador dispuso la presunción de existencia de una relación de carácter *autónomo y no laboral*, pero, "*si se demuestra la existencia de una relación laboral, que implica una actividad personal subordinada y dependiente, el contrato se torne en laboral en razón a la función desarrollada, lo que da lugar a desvirtuar la presunción consagrada en el precepto acusado y, por*

consiguiente, al derecho al pago de prestaciones sociales a cargo de la entidad contratante”.

Con este criterio, el Tribunal encuentra también en el expediente clara prueba de *continuada dependencia* o subordinación en la relación que desarrolló la demandante. Así lo declararon por EDGAR HERNANDO CUBIDES (CD 2 minuto 25:26- Excompañero de trabajo), JULIAN ENRIQUE VARGAS (CD 2 Minuto 50:05 -Excompañero– Profesional Especializado), quienes afirmaron que la demandante trabajó en las dependencias del ISS en el área de tutelas, que prestaba su servicio en un horario de 8 de la mañana a 5 de la tarde, que tenía como jefe directa a “*Gloria Patricia Ramírez*” quien le impartía órdenes y que se revisaba permanentemente que las labores se ajustaran a las instrucciones impartidas, y que se estuviera cumpliendo el horario de trabajo.

Como se demostraron todos los elementos del contrato de trabajo, se desvirtuó la existencia material de contratos de prestación de servicios autónomos en la relación que ejecutaron las partes, y por ello se confirmará este aspecto de la sentencia apelada.

(ii) Sobre NIVELACIÓN SALARIAL, el Tribunal no encuentra prueba de las condiciones que dispone la Ley para ser ubicada en uno u otro grado de la escala de salarios que la entidad tiene dispuesta para el cargo que ocupó, por las funciones específicas que desarrollaba, o por su formación, o por su experiencia, o por la evaluación de sus servicios, o por cualquiera otra de las circunstancias que permiten estimar válidamente el *Grado* de remuneración en cargos con igual denominación, y por ello negará la solicitud de nivelación salarial con lo devengado por trabajadores de planta del ISS que ocupaban cargo de igual denominación en Grado 16. Sobre esta materia el testigo EDGAR HUMBERTO CUBIDES afirmó claramente que no existían trabajadores de planta con las mismas funciones que cumplía la demandante, y JULIAN ENRIQUE VARGAS indicó que no sabía que personal de planta realizaba las funciones que ejecutaba la demandante. No permite conclusión diferente el artículo 11 de la Resolución No. 2800 de 1994 (folios 81 a 143)

pues se refiere las funciones generales de los empleos del nivel Técnico, que tampoco resultan iguales a las funciones que dice la actora desarrollaba al interior de la institución.

Por esta misma razón se negará el INCREMENTO SALARIAL de que trata el artículo 40 de la convención, pues éste surge con base en las escalas salariales dispuestas por la entidad, según el párrafo segundo del mismo artículo.

(iii) Sobre AUXILIO DE ALIMENTACIÓN el Tribunal agrega a las razones expuestas en la sentencia apelada, que el artículo 54 de la norma convencional otorga el auxilio a los trabajadores oficiales de nivel técnico *hasta el grado 20* (inclusive) y -según se dijo atrás- las pruebas aportadas resultan insuficientes para ubicar a la demandante en un grado específico de la escala salarial de la entidad, ni en el documento de folio 146 se demuestra dicha situación, este documento, además de no es la respuesta dirigida a la actora por la reclamación elevada por ésta el 13 de julio de 2013, ni de la tabla que muestra incrementos se puede colegir nada en su favor (folios 147 y 148).

Igual suerte corre el reclamo de SUBSIDIO DE TRANSPORTE, regulado en el artículo 53 de la norma convencional, pues este derecho se limitó al periodo comprendido entre el 1° de enero de 2002 y el 31 de octubre de 2004, y la extensión de la convención no implicaba su continuidad, asunto sobre el cual se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral- en el pasado³.

(iv) Para resolver sobre la DEVOLUCIÓN DE PAGO DE APORTES A SEGURIDAD SOCIAL, basta recordar que los artículos 17 y 161 de la Ley 100 de 1993 imponen al empleador la obligación de afiliar y pagar la parte que le corresponde de los aportes a salud y pensión de sus trabajadores. Así las cosas, cuando el pago se realiza por el trabajador, como ocurrió en el presente asunto, procede la condena al empleador, como indemnización, a pagar la

³ Sentencia 40117 del 27 de febrero de 2013.

proporción que le correspondía pagar, con base en los salarios devengados en cada anualidad. Como en el expediente se probó el pago de aportes a salud por la trabajadora (fl. folios 31 a 48), se modificará este punto la decisión de primera instancia.

(v) Sobre los valores definidos en primera instancia por prestaciones sociales a cargo de la demandada el Tribunal comparte la liquidación efectuada por la Juez. Como en el recurso de la parte demandante no se adujeron razones concretas de controversia frente a la forma como dicha funcionaria obtuvo los valores adeudados, se confirmará también esta parte de la sentencia, advirtiendo que el apoderado de la parte demandante se limitó a manifestar que los estimaba inferiores a las expectativas de la actora, pero no expuso razones concretas -fácticas o jurídicas- de controversia, por lo cual carece de sustentación esta parte del recurso.

(vi) Igualmente se confirmará la condena impuesta por INDEMNIZACIÓN MORATORIA, pues en criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia pese a la existencia de contratos de prestación de servicios regulados por la Ley 80 de 1990, cuya presunción de legalidad podría habilitar la buena fe de la demandada hasta que una sentencia judicial declarase la ineficacia de dichos contratos, *“resulta forzoso descartar que el ISS obrara amparado en una convicción seria y razonable de acatamiento a la ley, por el contrario, de la manera en que se ejecutaron las funciones y de la prolongación de la conducta en el tiempo, solo es posible colegir la intención del ISS de defraudar derechos laborales mediante la adopción de contratos civiles para encubrir verdaderas relaciones laborales”* (sentencia SL 194 de 2019 MP CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

En la sentencia referida dispuso la Corte, además, que el pago de sanción moratoria no corre de manera indefinida pues con la extinción definitiva de la entidad la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de *inimputabilidad de la mora*, y por ello no es viable

extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015 como se reclama en el recurso⁴.

(vii) Igualmente se confirmará la condena impuesta en primera instancia al pago de INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO, para lo cual la Sala se remite al criterio expuesto en la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 1057 del 11 de abril de 2018 (M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ y LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS): *“Los servidores del Instituto, vinculados a la firma de la presente Convención, no clasificados como empleados públicos en los estatutos del I.S.S. son Trabajadores Oficiales con contrato de trabajo a término indefinido; a estos servidores no se les aplica el período de prueba, ni el plazo presuntivo. Desde esta perspectiva, si en el sub examine, las funciones que desarrolló la actora no eran netamente transitorias y, por tanto, no encajaban dentro de los eventos contemplados en la preceptiva convencional que permite la celebración excepcional de contratos a término fijo, debía concluirse que la duración de su vínculo fue indefinida (...) también incurrió en error el Tribunal al no haber dado por demostrado que el contrato del actor terminó de manera unilateral y sin fundamento en alguna de las justas causas consagradas en el artículo 7.º del Decreto Ley 2351 de 1965, por cuanto el vencimiento del plazo pactado en el contrato de prestación de servicios no tiene incidencia en la terminación del contrato, que como quedó probado era a término indefinido, tal como lo asentó esta Corporación en la sentencia antes referida, al proferir el fallo de instancia:[...] conviene señalar que el contrato de trabajo a término indefinido de la demandante terminó unilateralmente y sin fundamento en alguna de las justas causas estipuladas en el artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, dado*

⁴ M.P CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO SL 194-2019 *“La Sala subraya que, con la extinción definitiva de la entidad, la obligación se tornó de imposible ejecución y, en tal virtud, se presenta el fenómeno de la inimputabilidad de la mora, por tanto, no es viable extender la sanción más allá del 31 de marzo de 2015. Así, lo ha entendido esta Corporación en los eventos de disolución y liquidación de entidades en los que tampoco es posible emitir orden de reintegro o de reinstalación más allá de la existencia de la entidad, entonces, lo mismo sucede en tratándose de la sanción moratoria dado que no es lógico condenar por la demora en la atención de obligaciones a quien se encuentra imposibilitado para cumplir”.*

que, el vencimiento del plazo pactado en el contrato de prestación de servicios no tiene efectos para su finalización, a más que no se agotó un trámite previo antes de darlo por terminado". En el caso bajo estudio, además, se debe señalar dentro de las justas causas establecidas en el artículo 7º del decreto Ley 2351 de 1965, no figura la extinción del cargo o de la entidad.

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

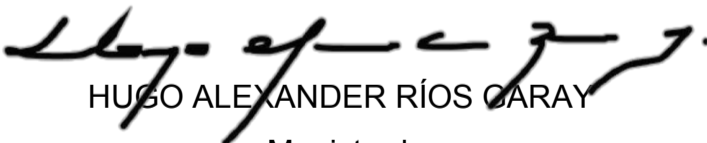
RESUELVE

1. **ADICIONAR** el numeral cuarto de la sentencia apelada para **CONDENAR** también al pago de la proporción que le correspondía al ISS como empleador, por aportes a Salud, en el periodo transcurrido entre el 01 de septiembre de 2011 y el 31 de marzo de 2013.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **SIN CONDENA EN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARTA LILIANA RAMOS ROMERO CONTRA
FUNDACION PARA LA SALUD Y LA VIDA FUNDASALUD- HOY EN
LIQUIDACIÓN.**

Bogotá D. C., Treinta (30) días de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación interpuesto por el curador ad-litem de la demandada, contra la sentencia dictada por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto de 2020.

El Tribunal conforme lo acordado en Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente SENTENCIA.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTA LILIANA RAMOS MORENO presentó demanda contra la FUNDACION PARA LA SALUD Y LA VIDA FUNDASALUD- hoy EN LIQUIDACIÓN, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 1 de octubre de 2015 y el 31 de enero de 2016. Como consecuencia de ello, pide que se condene a pagar salarios, aportes a la seguridad social, vacaciones y prestaciones sociales (cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios), causadas durante la relación laboral, sanción por no consignación

de cesantías, la sanción moratoria del artículo 65 del CST por no pago de las acreencias laborales, indemnización por despido indirecto, indexación, conceptos probados ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que trabajó al servicio de la demandada desde el 1 de octubre de 2015 hasta el 31 de enero de 2016, mediante contrato de prestación de servicios que le fue impuesto, cumplió funciones de Neuróloga, pactó como salario mensual \$ 3.200.000, su labor tenía relación directa con el objeto social de la demandada, y no le han pagado los salarios, ni aportes a la seguridad social, ni prestaciones sociales, ni vacaciones. El contrato terminó el 31 de enero de 2016, por su propia decisión, debido al incumplimiento del empleador de la obligación de pagar el salario (folios 2 al 17 y 38 a 41).

Como no se pudo notificar a la demandada personalmente, estuvo representada en el proceso por *curador ad litem*, quien contestó la demanda extemporáneamente. En su respuesta, se opuso a las pretensiones formuladas, afirmando que la actora estuvo vinculada mediante contrato de prestación de servicios y por ello no se causaron las obligaciones que reclama (folios 16 a 71 y 73).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de agosto de 2020, mediante la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo de término indefinido entre el 1 de octubre de 2015 y el 31 de enero de 2016, y condenó al pago de salarios adeudados, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social en pensiones durante toda la relación laboral, e indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales. Absolvió de las demás pretensiones. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante MARTA LILIANA RAMOS ROMERO como trabajadora y la FUNDACIÓN PARA LA SALUD Y LA VIDA – FUNDASALUD EN LIQUIDACIÓN como empleadora, existió un contrato a término indefinido desde el primero de octubre de 2015 hasta el treinta y uno*

de enero de 2016 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la FUNDACIÓN PARA LA SALUD Y LA VIDA – FUNDASALUD EN LIQUIDACIÓN a pagar a la trabajadora MARTA LILIANA RAMOS ROMERO las sumas correspondientes a los siguientes conceptos: \$12.800.000 por concepto de salarios debidos, \$1.087.867 por concepto de cesantías, \$87.029 por concepto de intereses sobre las cesantías y \$1.087.867 por concepto de prima de servicios conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la FUNDACIÓN PARA LA SALUD Y LA VIDA – FUNDASALUD EN LIQUIDACIÓN a pagar a la trabajadora MARTA LILIANA RAMOS ROMERO la suma de \$76.800.000 por concepto de indemnización moratoria y a partir del dos de febrero de 2018 la demandada pagará a la demandante los intereses moratorios causados sobre los salarios y las cesantías debidos, hasta cuando el pago de los mismos se efectúe a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la FUNDACIÓN PARA LA SALUD Y LA VIDA a pagar a la trabajadora MARTA LILIANA RAMOS ROMERO los aportes al sistema general de seguridad social en pensiones a través de la administradora a la que se encuentra afiliada actualmente la demandante desde el primero de octubre de 2015 hasta el treinta y uno de enero de 2016, teniendo en cuenta para su cálculo el salario de \$3.200.000 mensuales conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada a favor de la demandante en la suma de \$5.000.000 como agencias en derecho.” (CD 3 MIN 37:11)

Para tomar su decisión la juez encontró probados los elementos esenciales del contrato de trabajo.

RECURSO DE APELACIÓN

Aduce el curador ad litem de la demandada, que la demandante no probó la existencia del contrato de trabajo, pues no demostró la subordinación. Afirma

que ni siquiera asistieron los testigos de la demandante a relatar la forma como se desarrolló la relación, o la existencia de subordinación. Además, considera que para funciones derivadas del Sistema de Salud está permitido el pacto de la relación mediante contrato civil de prestación de servicios (CD 3 MIN. 39:38)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con el recurso, la controversia que debe resolver el Tribunal se limita a definir si existió o no contrato de trabajo entre las partes.

Para resolverla son pertinentes los artículos los artículos 22 y 23 del CST que definen 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”*; disponen como elementos esenciales de este contrato la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier

¹*“Si señoría, interpongo recurso de apelación. La labor realizada por la demandante está enmarcada en el Manual de Actividades, Procedimientos e Intervenciones del POS que expide el Gobierno Nacional como las otras normas que la modifican, en consecuencia, ese establece que en ese sistema, en ese manual de actividades es posible la existencia del contrato de prestación de servicios que es diferente ... del contrato de trabajo, como lo mencioné en mis alegatos y como lo dice la sentencia que menciona la SL 13020 del 2017 radicado 48531 de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, es claro que para el señor de primera instancia determinar cada caso en particular y en lo especial el cumplimiento de las funciones que debe desempeñar el demandante, si son derivadas del sistema de salud o si por el contrario son propias de un contrato de trabajo. En este caso, las actividades propias que desarrolló la demandante como neuróloga eran propias del sistema de salud y por lo tanto le era permitido a la empresa contratar, hacer un contrato de prestación de servicios por lo que este difiere en su esencia, cuerpo, en el contrato que firmaron las partes aparece claramente establecido que es un contrato de prestación de servicios, este manual de actividades está enmarcado en la Ley 100 del 93 y allí también se establece cómo por estos motivos tiene que demostrarse la subordinación y aquí en ningún momento se pudo establecer la subordinación, la demandante no lo demostró, los testigos que ella puso no vinieron hoy, entonces no hay medio de prueba que demuestre que ella tenía una subordinación, lo que si dice el contrato es que existía una coordinación, en ese orden de ideas su señoría, en esta forma dejo presentada, sustentada la apelación para que el señor la considere pertinente me la conceda para la segunda instancia, gracias”*.

momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio. Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- se *entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación 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 la carga de acreditar en el proceso los hechos que *presume* el legislador.

En materia laboral, probada la prestación de un servicio personal, se entiende o *presume* que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir, que se prestó de manera subordinada, y la carga probatoria se traslada a la parte demandada quien deberá desvirtuar este elemento, para lo cual debe aportar pruebas pertinentes y suficientes, de las cuales se pueda concluir que el servicio se desarrolló con autonomía técnica y directiva, al margen de que el servicio se hubiera prestado en funciones afines al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues las normas no consagran excepción alguna en esta materia.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia que declaró la existencia de un contrato de trabajo, pues las pruebas documentales aportadas en folios 29 a 32, demuestran la prestación de servicios personales por la demandante MARTA LILIANA RAMOS MORENO en favor de la FUNDACION PARA LA SALUD Y LA VIDA FUNDASALUD- hoy en LIQUIDACIÓN, como Neuróloga, en el periodo comprendido entre el 1º de octubre de 2015 y el 31 de enero de 2016.

Operó por ello la presunción de subordinación, *presunción* que la demandada no desvirtuó, pues no aportó pruebas al expediente.

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE EDILBERTO RODRÍGUEZ ROJAS CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

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

Como la ponencia presentada por la magistrada MARLENY RUEDA OLARTE el pasado 30 de octubre de 2020 no fue aceptada, se reúne nuevamente la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver, con el criterio mayoritario, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2019 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar pensión de sobrevivientes a favor de EDILBERTO RODRÍGUEZ ROJAS, en calidad de cónyuge de ANA CECILIA POVEDA DE RODRÍGUEZ.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, EDILBERTO RODRÍGUEZ ROJAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca pensión de sobrevivientes como cónyuge de ANA CECILIA POVEDA DE RODRÍGUEZ, quien falleció el 22 de octubre de 2017. Afirma que contrajo matrimonio con la causante el 28 de agosto de 1976, procrearon dos hijos, y compartieron lecho, techo y mesa hasta el año 2006, y si bien liquidaron la sociedad conyugal en dicha anualidad, el vínculo matrimonial se mantuvo vigente hasta el fallecimiento, pues nunca se divorciaron. Pide el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a partir del

22 de octubre de 2017, junto con los intereses moratorios o la indexación de las sumas adeudadas (ver demanda en folios 2 a 16 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que en la investigación administrativa realizada concluyó que el actor no tenía vínculo alguno de *techo, lecho y mesa* con la causante antes de su fallecimiento. Propuso como excepciones de mérito las de *inexistencia del derecho, prescripción y caducidad sobre mesadas pensionales y otros, cobro de lo no debido, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 50 a 54).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de septiembre de 2019, a través de la cual la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar pensión de sobrevivientes a favor de EDILBERTO RODRÍGUEZ ROJAS, en calidad de cónyuge de ANA CECILIA POVEDA DE RODRÍGUEZ. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. SEGUNDO: DECLARAR probados los medios exceptivos propuestos por la demandada que denominó inexistencia del derecho y cobro de lo no debido. TERCERO: CONDENAR en costas de esta instancia al demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$300.000. CUARTO: De no ser apelada la presente decisión consúltese con el superior”* (CD 5, minuto 12:42).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que, si bien existió un vínculo matrimonial entre el actor y la pensionada, el demandante no hacía parte del núcleo familiar de la causante para el final de sus días, pues las pruebas se presentó la separación de bienes y de cuerpos en el año 2006, y no se acreditó que después de dicha data se hubiese mantenido un vínculo, o auxilio mutuo, o acompañamiento espiritual entre la pareja.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada del demandante pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Afirma que si bien las pruebas aportadas y practicadas en el proceso pueden corroborar que la pareja convivió desde el momento en el que contrajo matrimonio hasta el año 2006, cuando ocurrió la separación de bienes y de cuerpos, no obstante los testigos indicaron que dicha situación se presentó por discrepancias entre el demandante y sus hijos, pero la pareja mantuvo su relación y ayuda, dado que el demandante le colaboraba a la causante. Además, se remitió a la sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 13 de marzo de 2012 dentro del radicado No. 45038, para advertir que la pareja formó un proyecto de vida y el cónyuge le ayudó a construir su pensión (CD 5, minuto 13:40)¹.

¹ “En este estado de la diligencia me permito presentar recurso de apelación ante el honorable tribunal superior de Bogotá para que revoque la sentencia acá proferida por el despacho teniendo en cuenta que con las pruebas acá aportadas, comenzando por las pruebas documentales como el registro civil de matrimonio y los testimonios escuchados en estrados, sí se puede corroborar esa convivencia que tuvo acá mi representado el sr Edilberto Rodríguez con la Sra. Ana Cecilia Poveda, mínimo desde la fecha que contrajeron matrimonio el 28/08/1976 hasta el año 2006 cuando pues ocurrió esta separación de bienes, en este sentido pues los testigos corroboraron esa situación que por una discrepancia directamente de aquí de mi representado con los hijos pues se tuvo que hacer esa separación de bienes y por lo tanto pues también por esa diferencia como en todo hogar que puede ocurrir entre acá el sr Edilberto con la Sra. Ana Cecilia pues tuvieron que separarse y el vivir en el primer piso de su lugar de residencia como la Sra. Ana Cecilia vivía en otro piso, situación que no conllevaba a que llevaran una mala relación, mantuvieron su relación, él continuó con su negocio como fue indicado acá y él le colaboro a la Sra. Ana Cecilia pues hasta el momento en el que ya no pudo sostener esa convivencia dentro del mismo hogar con sus hijos y la Sra. acá la causante por lo tanto su señoría pues no son unas situaciones de las que se deba deducir que a él no le asiste ése derecho a esa prestación pensional teniendo en cuenta también que aquí la causante empezó a percibir su pensión en el año 2001 situación donde ellos todavía hacían una vida marital en este caso pues se puede indicar que en la honorable corte suprema de justicia lo ha indicado en sentencia con radicado 45038 del 13 de marzo del 2012 magistrado ponente la Dra. Elsy del pilar cuello donde indicó “en atención a que el legislador respetó la unión reconociéndole al esposo el derecho a sustituir aunque no existiera nada en común lo que en criterio equilibrada la realidad de la pareja que durante por lo menos 5 años de convivencia matrimonial conformo un proyecto de vida y ayudo con su compañía a que se construyera la pensión de modo que no era posible dejar sin amparo a ese compañero, a ese cónyuge que en realidad acompañó a construir como tal esa pensión situación que no era ajena acá mi representado pues él estuvo, ella fue pensionada en el 2001, hasta el 2006 hubo esa separación desde el momento en el que contrajeron ese matrimonio, ese vínculo jurídico que se mantuvo vigente hasta el día que falleció ella, una situación que fue demostrada acá por los testigos, por lo tanto pues hay unos elementos suficientes para que a él se le pueda otorgar esta pensión de sobrevivientes ya que pues la acompañó a consideración acá de la suscrita, la acompañó a que se construyera como tal toda esta situación prestacional que

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que ANA CECILIA POVEDA DE RODRÍGUEZ falleció el 22 de octubre de 2017 (folio 20), y que para la fecha de su muerte gozaba de pensión de vejez, otorgada por COLPENSIONES mediante la Resolución No. 20194 de 2001 (ver Resolución aportada con el expediente administrativo – CD 3). La mesada reconocida ascendía a \$2.109.834 para el año 2017 (ver antecedentes Resolución DIR 7414 del 17 de abril de 2018 – folios 38 a 41). Tampoco fue objeto de controversia que el demandante contrajo matrimonio con la causante el 28 de agosto de 1976, y que dicho vínculo fue objeto de separación de bienes y cuerpos mediante sentencia del 19 de marzo de 2006 proferida por el Juzgado Catorce (14) de Familia de Bogotá (ver registro civil de matrimonio a folio 13).

Así las cosas, para resolver la controversia el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, a la cónyuge o a la compañera permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con él por un período no inferior a cinco años antes del óbito. Sobre el requisito de convivencia cuando existe cónyuge con separación de cuerpos, la norma exige que la sociedad conyugal se encuentra vigente o no disuelta (inciso segundo literal B, artículo 13 de la Ley 797 de 2003), y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha entendido que el esposo o la esposa pueden reclamar la prestación con base en esta parte de la norma si demuestran la convivencia por 5 años en

percibió la causante coadyudaron, mantuvieron un negocio hasta último momento que ya por circunstancias de diferencias con los hijos porque no fue directamente con la causante como lo manifestó los testigos pues se tuvo que hacer esta separación y a pesar de eso pues el sr siguió acompañándola a ella y la visitaba como tal al lugar donde ella se encontraba así es como yo le pido al honorable tribunal se detalle como tal estos testimonios que fueron acá declarados y el interrogatorio de parte de mi representado que pueda acceder aquí a la prestación pensional del sr Edilberto”.

cualquier época dentro del matrimonio², al margen de que exista compañero o compañera permanente con quien se dispute la prestación pensional en el momento del fallecimiento³.

Sobre la vigencia y contenido de la norma, la sentencia C-515 de 2019 de la Corte Constitucional dispuso, con efectos de Cosa Juzgada Constitucional y por ello de obligatorio acatamiento para todos los jueces, que el requisito señalado se encuentra vigente, y explicó que con ello *“el legislador optó por desplazar el criterio de convivencia, por el de vigencia o no de la sociedad conyugal”*. Declaró constitucional el aparte normativo pues el *“requisito de existencia del vínculo patrimonial (sociedad conyugal vigente) hasta el fallecimiento del causante es el criterio relevante en el contexto de convivencia no simultánea, y el mismo corresponde con: (i) la amplia potestad de configuración del legislador en materia pensional; y (ii) los efectos que se derivan de la Constitución y la disolución de la sociedad conyugal, sobre las pensiones como derecho a suceder del cónyuge supérstite”* (sentencia C-515 de 2019, M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO). A las consideraciones de la Corte, agrega esta Sala el criterio que ha expresado desde siempre en la materia, según el cual, la separación de cuerpos implica un distanciamiento en la vida afectiva de la pareja que integró una familia, pero bien puede subsistir el derecho a la pensión cuando, pese a ello, se mantiene una *comunidad económica* y este hecho solo se puede expresar jurídicamente con la subsistencia de la sociedad conyugal, pese al distanciamiento físico.

Con estos criterios normativos y jurisprudenciales, el Tribunal confirmará la sentencia que negó el reconocimiento de la sustitución pensional en favor de EDILBERTO RODRÍGUEZ ROJAS.

Para abundar en razones y responder a las interpretaciones que estimen inaplicable el criterio normativo sobre el cual se pronunció la Corte

² Sentencia del 5 de junio de 2012 de la Sala Laboral de la CSJ rad 42631 MP CARLOS ERNESTO MOLINA MONSALVE.

³ Sentencia del 24 de enero de 2012 de la Sala Laboral de la CSJ rad 41637 MP ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN.

Constitucional, la Sala encuentra de todas formas en el caso bajo estudio, que la separación de bienes coincide con la separación de cuerpos de la pareja, situación sobre la cual declararon los testigos ARISMENDI MONTAÑÉZ RODRÍGUEZ y JHON JAIRO VARGAS CASTRO (vecinos de la pareja, minutos 14:40 y 21:13) quienes indicaron que desde el año 2006 el demandante habitó el primer piso de la casa y la causante pasó a vivir en el segundo piso, como lo reconoció el mismo demandante en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso (minuto 7:30), y que en el año 2012 el demandante se fue a vivir a otro lugar (por los lados de Engativá pueblo) y en los últimos dos años de vida de la causante, fue internada en un hogar geriátrico. No bastaba para acceder a la prestación de sobrevivencia, que la pareja hubiera mantenido una relación amigable y cordial después de la separación.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada
SALVO VOTO

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MAYERLING RODRIGUEZ AGUDELO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESNTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para decidir los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A, y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2020 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá.

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

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

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MAYERLING RODRIGUEZ AGUDELO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad o ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 7 de abril de 1999. Señala que la AFP omitió brindarle información clara, integral, cierta y comprensible al momento del traslado, no le indicó cuál sería su mesada pensional a futuro, ni cual sería el trámite si no obtenía el monto suficiente de pensión y ni las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento pensional en el RAIS. Afirma que el fondo sólo le ofreció beneficios, pero desventajas, y con el traslado se afectó considerable su expectativa pensional. Como consecuencia de lo anterior, pide que se ordene a la AFP PORVENIR S.A trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos financieros y todas las sumas de dinero que por cualquier concepto hagan parte de la cuenta de ahorro individual, que se condene por los conceptos que se encuentren probados extra y ultra petita, y por las costas del proceso (ver demanda y subsanación en folios 2 a 6 del plenario).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el traslado de la actora no se efectuó bajo ninguna prohibición legal y que se cumplieron todos los lineamientos legales establecidos para la perfección del acto jurídico discutido en el proceso. Considera improcedente la solicitud de nulidad debido a que no existe ningún vicio de consentimiento en la afiliación, y la selección de régimen se hizo de forma libre y voluntaria con la manifestación escrita de la demandante, previa información de los requisitos y condiciones de una pensión en el RAIS. Propuso como excepciones: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.* (folios 45 a 52).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones afirmando que el origen de la demanda no fue la falta de información si no la inconformidad de la demandante respecto de la mesada pensional que recibiría en cada régimen, y afirma que la anulación de la afiliación de la actora sobrecarga el RPM y le permite aprovecharse de los beneficios y dineros del fondo común de los afiliados que de buena fe han estado afiliados al RPM. Pide, en caso de una eventual sentencia, que se absuelva del pago de costas, teniendo en cuenta que COLPENSIONES siempre ha actuado en estricto cumplimiento del ordenamiento y nada tuvo que ver con la decisión tomada por MAYERLING RODRÍGUEZ. Propuso como excepciones las denominadas: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, buena fe y la innominada o genérica.* (ver contestación en folios 71 a 81 del plenario).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la nulidad de la afiliación y traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado del régimen pensional efectuado por la señora MAYERLING RODRÍGUEZ AGUDELO al régimen de ahorro individual con solidaridad, de fecha de abril de 7 de abril de 1999 por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la cual se debe declarar como afinación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todo conforme a las consideraciones dadas en esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A a trasladar 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 señora MAYERLING RODRÍGUEZ AGUDELO, quién se identifica con la cédula de ciudadanía \$51'922.159 a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR a LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que active la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historial laboral. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. CUARTO: las costas de esta instancia están a cargo de las administradoras demandadas, fijándose como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora. QUINTO: en caso de no ser apelada la presente decisión se deberá Consultar con el Superior dado que le resultó adverso a los intereses de COLPENSIONES.” (Cd 1 Hora 1 Minuto 14:04)

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que PORVENIR S.A no demostró que hubiese suministrado a la demandante asesoría suficiente, amplia, detallada y oportuna para el momento del traslado de régimen pensional y sobre las consecuencias de dicho traslado. Argumentó que la firma de los formularios de afiliación no lo demuestra, según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral.

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. pide que se tenga en cuenta que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria cumpliendo con los presupuestos exigidos por la Superintendencia Bancaria y lo dispuesto en la Ley 692 del 1994, y que con ello se generó un acto jurídico que se debe cumplir, y que se debe valorar el interrogatorio de parte en el cual la afiliada aceptó que por manifestación de su empleador realizó la afiliación y no por un engaño de la AFP. Indica además que no procede la devolución

de los gastos de administración pues la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante por este concepto se realizó por una disposición legal, válida, exigible y vigente, no por capricho la AFP y las comisiones fueron pagadas y causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante. Finalmente considera que operó la prescripción de la acción pues deben contarse 3 años a partir del momento de la afiliación, acto que no guarda una relación directa con el derecho pensional para declarar su imprescriptibilidad (Hora 1 Minuto 15:58)¹.

¹ “Gracias señora juez, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente interpongo recurso de apelación contra la sentencia proferida por el despacho el cual sustentó en los siguientes términos: En primer lugar que de manera respetuosa solicito al Honorable tribunal superior revocar en su integridad la sentencia emitida por el despacho, como quiera que se declara a través de ella la nulidad del traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual adelantado por la demandante a través de mi representada; Sobre el particular debo reiterar en esta oportunidad que se configura ningún vicio del consentimiento que dé lugar a declarar la nulidad del traslado o de la afiliación, y que si nos encontráramos frente a la figura de la ineficacia por falta al deber de información, tampoco se configuran los presupuestos legales para tal efecto. Debe tenerse en cuenta que la demandante suscribió el formulario de afiliación el 7 de abril del año de 1999 de manera libre y voluntaria, documento que cumple con Los presupuestos exigidos por la superintendencia bancaria y además por lo dispuesto el artículo 1172 de la ley 692 del 94, mediante el cual se permitió celebrar con los afiliados dichos actos jurídicos. Debe tenerse en cuenta que en el presente caso nos encontramos frente a un acto jurídico unilateral y adhesión, en este sentido la demandante a través de la filiación realizada el 7 de abril del año 1999 se acogió a las normas que regulan el régimen de ahorro individual con solidaridad y entre ellas al reconocimiento de la pensión, razón por la cual para causar su derecho pensional debe acogerse a esta y no es de recibo de ninguna manera el hecho de que el monto de la mesada pensional puede hacer distinta entre el régimen de ahorro individual con solidaridad y el régimen de prima media con prestación definida, dado que nos encontramos a ... Totalmente diferentes y que en el presente caso no nos encontramos frente a un contrato de seguros; en esa medida la demandante se adhirió a las formas de financiación de su pensión en el régimen de ahorro individual. Así mismo, debe tenerse en cuenta y es una circunstancia que me parece un importante por parte del despacho, y son las condiciones en que la demandante se afilia al régimen de ahorro individual con solidaridad, en este caso en el interrogatorio de parte ella manifestó que la afiliación se hizo a través del empleador quién les brindó la información según su dicho, por el hecho de que el Instituto de seguros sociales estaba en liquidación y debían trasladarse a Porvenir, mismo empleador que les suministró formularios de afiliación y en ese sentido se observa por parte del despacho que mi representada no efectuó en el acto de afiliación y que conformidad con el artículo 112 de La Ley 100 de 1993, pues se encontraba obligada a recibir la afiliación de la demandante, en tal sentido no había motivo alguno para rechazar dicho acto suscrito por la demandante y por su empleador; por lo tanto no se puede decir que en esta medida exigírsele a mi representada circunstancias o condiciones no pudieron darse en virtud de la forma en que se dio la afiliación. Perjuicio de ello considera mi representada que en el presente caso se están imponiendo a la administradora de pensiones obligaciones que no se encontraban vigentes para la época en que se hizo el traslado de régimen pensional. De acuerdo con la documental obrante en el expediente el traslado se hace en el año 1999, y por lo tanto no puede exigírsele a mi representada, como lo señalaba el despacho, un parangón entre uno y otro régimen, una proyección o simulación pensional, o cuadros comparativos como quiera que dicha obligación no estaba establecida en la ley para dicha época, las administradoras de fondos de pensiones por ley no tenían dicha obligación para el año 1999, y no comparte mi representada que en este caso se le estén imponiendo

obligaciones que no existían para dicha probabilidad. Es claro que en este caso el desarrollo del deber de información se ha dado con el paso del tiempo con posterioridad a la afiliación de la demandante, inclusive como un desarrollo que ha afectado la sala de casación laboral pero pasando por alto en este caso las circunstancias propias del momento en que se hizo la afiliación de la demandante, así las cosas pues mi representada no comparte las obligaciones que señala el despacho que se debieron cumplir por parte de porvenir cuando las mismas en realidad nacen en el año 2010, concretamente con el decreto 2555. De igual forma pues considera mi representada que se pasa por alto que nos encontramos frente a una persona plenamente capaz y que en este caso el deber de información a través de la sentencia emitida por el despacho recae únicamente en cabeza de mi representada, pasando por alto las obligaciones que tenía la demandante como consumidora financiera, lo cual implica conocer el sistema general de pensiones cuyo desconocimiento no sirve de excusa en este caso porque se encuentra en la ley, y además conocer las implicaciones de las decisiones que estaba tomando, pero es claro que la demandante no ha tenido ningún interés en el sistema general de pensiones ni en su derecho pensional, ello se colige del interrogatorio de parte, en el cual manifiesta que ella suscribió el formulario de afiliación pero jamás se acercó ni a Colpensiones ni a Porvenir a indagar sobre su derecho pensional, nunca actualizó datos, no tuvo ningún acto como tal que dejará ver su interés en causar o conocer la causación también de su derecho pensional; en este caso se pasa por alto el deber que también tiene la demandante en este sentido, es más llama la atención que señala que no conoce y que no tiene ninguna información de régimen de ahorro individual con solidaridad pero al señalarle que cuál es la razón para retornar a Colpensiones señala que haya va a tener una mesada más alta y que la mesada va acorde con los salarios que ha devengado, mientras que acá sería más baja porque va acorde con lo ahorrado, cuando me refiero acá es al fondo privado estrictamente a porvenir. Entonces la demandante si tenía un grado de conocimiento y en este momento lo que la lleva como tal a motivar su traslado de régimen pensional es una motivación meramente económica haciendo un uso indebido de la figura de nulidad o de las figura de ineficacia de la información con el fin de adquirir una mesada pensional superior a lo que sería en el régimen de ahorro individual con solidaridad cuando llevando más de 20 años al sistema se acogió a las normas que regula el financiamiento de la pensión en el régimen de ahorro individual. Sin perjuicio de lo anterior me representar debe reiterar que a su juicio no existe norma alguna que conlleve o permita la noción de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, pues el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, regula es una afiliación libre y voluntaria, desarrollo que se hace inclusive con el artículo 1271 que hace alusión a la situación de la filiación libre y voluntaria sin que haya ningún tipo de coacción por parte del empleador dentro de las actividades del sistema, sin embargo dichas normas son a las que se hace mención en la sentencia, de ninguna manera consagran expresamente la ineficacia o la nulidad de régimen pensional por falta información suministrada. Estamos frente a una norma como lo es la 271 que es netamente de carácter sancionatorio y por lo tanto considera mi representada se le está dando una interpretación indebida en este caso. Ahora bien, en primer lugar y como lo indicaba, pues se solicita que se revoque la sentencia rendida, sin embargo de manera subsidiaria en el eventual caso que el honorable tribunal disponga confirmar la nulidad del traslado, solicita mi representada que se revoquen las condenas impuestas a trasladar a Colpensiones los gastos de administración y los seguros de invalidez y sobrevivencia cancelados o aportados por la demandante durante todo el tiempo de vigencia de la afiliación a Porvenir, considera mi representada que tal orden desconocen las disposiciones legales que permiten que las administradoras privadas tomen de una parte de los aportes para efectos de gastos de administración y seguros previsionales, Además de eso desconoce la gestión realizada por mi representada y resulta contradictorio en este caso que a mi representada se le ordené trasladar los aportes de la demandante más los rendimientos de la cuenta de ahorro individual y por otra parte se desconozca la gestión de administración realizada, pues claramente esos rendimientos son consecuencia directa de la gestión de administración que hizo mi mandante. En lo que corresponde a las sumas de las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debe tenerse en cuenta que además de eso es que descuentan por disposición legal, dichos dineros no se encuentran en poder de mi representada, fueron trasladados a las aseguradoras razón por la cual la demandante durante todo el tiempo de vigencia de la afiliación ha tenido cobertura para los riesgos de invalidez y sobrevivencia, razón por la cual considera mi representada que cumplió la destinación de dichas sumas y no hay lugar a efectuar ningún traslado, además téngase en cuenta que el artículo 20 de la ley

En el recurso de COLPENSIONES afirma su apoderado que operó el perfeccionamiento del acto jurídico o su ratificación por el paso del tiempo, que perfecciona el acto ineficaz conforme la sentencia SL 413 del 2018, y dado que en el presente asunto no se declaró la ineficacia sino la nulidad, conforme al artículo 898 del código de comercio y Decreto 2241 de 2010, en caso de existir un vicio de consentimiento por error generador de la nulidad alegada la misma fue saneada con la ratificación y el paso del tiempo (Hora 1 Minuto 27:50)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

100 de 1993 regula incluso que en el régimen de prima media una parte del aporte también va destinada para estos conceptos, y en esa medida como quiera que la demandante permaneció afiliada a Porvenir por más de 20 años y los descuentos se hicieron de manera legal y que el objetivo de destinación de los mismos ya se cumplió, pues solicitó al honorable tribunal se revoque la orden de trasladar las sumas que fueron destinadas para estos conceptos y en su lugar se disponga que el traslado de darse de conformidad con el decreto 3925 7e 2008 artículo 7. Por último y en lo que corresponde a la prescripción, pues mi representada se aparta de las consideraciones del despacho y considera que esto es un elemento de nulidad si prescribe y debe contarse 3 años a partir del momento de la afiliación, pues nos encontramos frente a una situación que no guarda una relación directa con el derecho pensional, y en tal sentido también debería aplicar no solo respecto de la pretensión principal que es la declaración de una nulidad, sino también respecto de la devolución de gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia. En estos términos dejo por sustentado el recurso de apelación, muchas gracias.

² *“Gracias señora juez, Me permito presentar recurso alzada contra sentencia aquí preferida solicitándole al honorable tribunal del distrito judicial de Bogotá, revocar en su totalidad la presente sentencia en atención que siendo el presente caso logrado bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad, evidenciándose que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugieran su no intención o inconformidad de pertenecer a la AFP, pues a la fecha se tiene una gran densidad considerable de años que no denota que las alegadas falencias de falta de información sean contrarias al perfeccionamiento, pues no se puede cumplir bajo las máximas de la experiencia que exista un acto ineficaz, homogéneo, cuantificable, sin percatarse de ellos, percatarse de una falacia, engaño, falta de información sólo hasta portal de la acusación de su pensión de vejez. Para hacer el presente análisis sí operó el fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto ineficaz con ocasión a la sentencia SL 413 del 2018, maestra ponente Clara Cecilia Dueñas, se tiene que se perfecciona en atención a los artículos 898 del Código de Comercio que expresa la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a la solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente, lo anterior bajo la existencia del decreto 2241 de 2010 artículo 4 numeral 5 que expresa que se entenderá silencio excluido como la toma de una decisión consciente, con los efectos legales, con sus restricciones y demás consecuencias que ello conlleve. Así las cosas, de lo anterior se entiende Como lo expresé en mis alegatos de conclusión que bajó la gran densidad de años y la falta de interés de la parte actora respecto de su mesada pensional no tiene porqué tenerse en cuenta en este proceso dada cuenta que en atención a su interrogatorio expresó que el origen de este proceso no es más que económico, pues busca obtener beneficios económicos. Así las cosas solicitó absolver a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas, gracias señora juez.*

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

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

constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 29 años de edad y había cotizado 468³ semanas, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años, 7 meses y 14 días), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual, se debe

³ Ver historia laboral de la demandante emitida por PORVENIR S.A que refleja las semanas en RPM (folios 21 a 24) – COLPENSIONES no aportó Historia Laboral ni expediente administrativo.

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

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

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

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

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

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

debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)⁶.

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado toda la información que era pertinente en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un “consentimiento informado”. No es prueba de ello la declaración de parte (cd 1 Minuto 25:48) pues la sugerencia de las directivas de la Clínica empleadora en el año 1999 para que se trasladara a PORVENIR S.A. no excluye para la AFP el deber de cumplir con las obligaciones de brindar la información que, en los términos de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte, resulta necesaria para la eficacia del acto jurídico.

⁶ “En la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible, en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social, calidad que implica al menos dos cosas: (i) no puede ser parcial o totalmente objeto de dimisión o disposición por parte de su titular (inalienable e indisponible), (ii) como tampoco puede extinguirse por el paso del tiempo (imprescriptible) o por imposición de las autoridades sin título legal (irrevocable).”

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación de la actora por el paso del tiempo (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 7 de abril de 1999, a PORVENIR S.A -, AFP a la que se encuentra afiliada (ver formulario de afiliación y SIAFP folios 62, 63 y 68).

Se confirmará también la orden de devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en la AFP, como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa Corporación, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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


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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000), como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GERMAN BARRIGA GARAVITO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESNTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D. C., Treinta (30) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2020 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá.

Reassume poder el doctor Alejandro Miguel Castellanos, con T.P. 115.849 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESNTÍAS PORVENIR S.A, conforme el poder que obra a folio 117 vto.

ANTECEDENTES

GERMAN BARRIGA GARAVITO actuando en nombre propio, presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 22 de enero de 1999. Señala que la AFP omitió brindarle información suficiente al momento de su traslado, no le indicó su situación particular (edad, estado civil, grupo familiar) ni cuales eran las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen, para poder tomar una decisión debidamente informado. Pide que se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado al RPM como si nunca se hubiese efectuado el traslado al RAIS y se condene por los conceptos que se encuentren probados extra y ultra petita y las costas del proceso (ver demanda en folios 1 a 20 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones afirmando que no se incurrió en causal de nulidad ni que se presentaron vicios del consentimiento. Aduce que COLPENSIONES no tiene que asumir errores u omisiones de la AFP o del demandante. Señala que la nulidad o ineficacia del traslado afecta gravemente el principio de sostenibilidad del sistema pensional y pide, en caso de una eventual sentencia condenatoria, que se absuelva del pago de costas a COLPENSIONES. Propuso como excepciones: *falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público, buena fe y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 92 a 102 del plenario).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el traslado del actor se efectuó de manera libre y voluntaria, como lo prueba la solicitud de vinculación. Señala que la AFP PORVENIR siempre garantizó al actor el derecho de retracto y ello se evidencia de los comunicados de prensa del año 2004 en los que se informó a todos los afiliados la posibilidad de trasladarse

de régimen. Afirma que el actor se encuentra inmerso en la restricción del artículo 13 Ley 100 de 1993 y resulta por ello jurídicamente imposible autorizar el traslado, y si en gracia de discusión existiera una nulidad sería *relativa* y susceptible de ratificación y saneamiento por el paso de más de 21 años sin manifestación de inconformidad, y los términos legales para alegarla se encuentran vencidos. Propuso como excepciones: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la innominada o genérica.* (folios 119 a 134).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de septiembre de 2020, mediante la cual la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la nulidad de la afiliación y traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Para tomar su decisión concluyó la juez que PORVENIR S.A. no demostró que hubiese suministrado al demandante asesoría suficiente, amplia, detallada y oportuna para el momento del traslado de régimen pensional, sobre las consecuencias de dicho traslado. Argumentó que la firma de los formularios de afiliación no lo demuestran, y según jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral la carga probatoria en esta materia la tenía el Fondo. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado del régimen pensional por el señor GERMÁN BARRIGA GARAVITO al régimen de ahorro individual con solidaridad hecha el 28 de diciembre de 1998 por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en consecuencia, DECLARAR como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, todo conforme a las consideraciones dadas en esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración, de invalidez y*

sobrevivencia tenidos en la cuenta de ahorro individual del señor GERMÁN BARRIGA GARAVITO quien se identifica con la cédula de ciudadanía 19.266.145 a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que active la afiliación de la aquí demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. Las COSTAS de esta instancia están a cargo de las administradoras demandadas señalándose como agencias en derecho la suma de \$400.000 a cargo de cada una de estas y a favor de la parte actora. En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá CONSULTAR con el Superior en tanto le resulte adversa a los intereses de la demandada COLPENSIONES.” (CD _ HORA 1 MIN. 03:37)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A, aduce su apoderado que la Juez no tuvo en cuenta, como medio probatorio, que el demandante suscribió el formulario de afiliación cumpliendo con los presupuestos exigidos para la época y quedando con ello evidenciada su manifestación libre y voluntaria de cambiar de régimen, además afirma que se probó que al actor se le brindó información sobre las características del RAIS, situación que se debe analizar en cada caso concreto, y que para la época del traslado no eran necesarias proyecciones pensionales. Finalmente afirma que la orden de devolución de gastos de administración es una condena *desproporcionada*, pues durante el tiempo de vinculación el Fondo administró los recursos y estuvo cobijado frente a cualquier contingencia de invalidez y de sobrevivencia (CD 3 HORA 1 MIN. 05:33)¹.

¹*“Su señoría, de manera respetuosa interpongo recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho teniendo en cuenta los siguientes argumentos. Propiamente respecto a la motivación realizada por la falladora de primera instancia donde se concluye que mi representada no cumplió con el deber de información al momento del traslado de régimen efectuado por el demandante y, que conforme a lo allegado respecto a medios probatorios no se acredita que se le haya suministrado la debida información, me aparto de la posición o la motivación realizada por la falladora en el entendido que en este proceso en particular propiamente a criterio de este apoderado sí quedó probado respecto a por un lado la*

En el recurso de COLPENSIONES aduce su apoderado que operó el perfeccionamiento del acto jurídico o ratificación por el paso del tiempo, pues la parte actora no realizó actos que demostraran inconformidad de pertenecer al RAIS, y no es admisible que solo cuando va a causar la pensión de vejez manifieste que nunca le dieron información. Pide tener en cuenta que el actor es profesional del derecho, y solicita en caso de condena, que se le absuelva

información que en su momento Porvenir le otorgó a la parte demandante al momento de trasladarse de régimen pensional, por otro lado la información que le suministró por el lapso de tiempo de vinculación con la AFP ya que téngase en cuenta que ese deber de información no se agota como lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia al momento de la afiliación sino con el periodo o el lapso de vinculación del afiliado a la AFP y por otro lado, el criterio particular respecto a la calidad del demandante en el caso en concreto, evidentemente al momento de trasladarse de régimen el demandante estaba en la libertad de vincularse o trasladarse de régimen pensional, así se lo otorgaba el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 el cual tenía conocimiento y frente a tal disposición suscribió un formulario de afiliación que no fue dado o no fue tenido en cuenta como un medio probatorio idóneo respecto a acreditar ese deber de información, evidentemente hacer un traslado de la carga de la prueba a la demandada de manera automática propiamente ha mencionado diferentes Salas del Tribunal Superior de Bogotá que no debe realizarse de manera automática y que cada caso debe mirarse en particular, considerar la calidad del afiliado al momento de tomar la decisión es plenamente importante teniendo en cuenta que si bien la naturaleza y calidad de la entidad siempre va a ser la misma, la del afiliado si va a variar y eso va a conllevar a percibir la información desde un aspecto particular, condiciones como entender la naturaleza propia del régimen de ahorro individual, entender qué es y cómo se compone una cuenta de ahorro individual, la generación de unos rendimientos financieros, la posibilidad de hacer unos aportes voluntarios y que ello influya directamente a un monto de la mesada pensional son claras circunstancias que fueron probadas en el proceso en el interrogatorio de parte y que dan luces evidentemente para la inconformidad actual del presente proceso que no es más sino el posible monto de la mesada pensional entre los dos regímenes pensionales, situaciones que no fueron tenidas en cuenta por la falladora de primera instancia al momento de adoptar la decisión, la elaboración de simulaciones o proyecciones pensionales que se le aqueja a mi representada al momento de trasladarse de régimen no eran una obligación al momento de trasladarse de régimen, ni siquiera en la segunda etapa de información como lo ha mencionado la Corte, esto surge es con la tercera etapa que es con la Ley 1748 del 2014 que son simulaciones que se elaboran incluso previa solicitud del afiliado, bajo estos supuestos mi representada cumplió con el deber de información, la calidad del demandante era evidente para entender la naturaleza del régimen, la naturaleza incluso de los regímenes pensionales, la posibilidad incluso de poder trasladarse en tiempo al régimen de prima media administrado por Colpensiones, situaciones que propiamente pues no fueron adoptadas o tenidas en cuenta al momento de considerar la decisión. Por otro lado, condenar a mi representada a la devolución de gastos de administración, apoyando los argumentos anteriores propiamente es una condena desproporcional en el entendido que durante el tiempo de vinculación el demandante se vio acobijado o cubiertas sus frente a las contingencias de invalidez y de sobrevivencia con el pago de primas de seguro que durante ese lapso de tiempo frente al descuento que se realizaban sus aportes mi representada cubrió con la aseguradora, evidentemente también lo destinado al fondo de solidaridad, características que fueron legalmente establecidas por el legislador, declarada exequible por la misma Corte Constitucional porque son propiamente esencia del régimen y este tipo de condena desconoce los criterios legales que en su medida se le otorgaron a las administradoras del régimen de ahorro individual, por lo anterior, solicito a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoque en su integridad la decisión emitida por el despacho y en su lugar se absuelva a mi representada de todas y cada una de las pretensiones, gracias”.

de la condena en costas, y que se mantenga en firme la orden de devolución de todos los dineros de la cuenta individual, las prima de seguros de invalidez y de sobreviviente, como lo ha definido reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (CD3 HORA 1 MIN. 11:42)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial.

Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para el inicio de vigencia del Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

² “Gracias señora Juez, me permito interponer recurso de alzada en contra de la sentencia aquí proferida solicitando al ad quem revocar en su totalidad en atención que siendo valorado el presente proceso bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad evidenciándose que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugieran su no intención o inconformidad de pertenecer a la AFP pues a la fecha dada, a la fecha dada tenemos que con la gran densidad de semanas pues no se nota que las alegadas falencias, engaños, falta de información sean contrarias al perfeccionamiento del acto jurídico, este que como ya repetí, se perfeccionó y pues no es admisible que siendo o estar ad portas de la causación de la pensión de vejez tenga algún interés o demuestre alguna inconformidad o evidencie que nunca le dieron la información completa respecto del cambio del régimen al cual hacía parte, igualmente tengamos en cuenta que la calidad de la parte actora como profesional de derecho pues no sugiere que sea inexperta en estos temas de pensiones e igualmente tenemos en cuenta que el artículo 898 del Código de Comercio expresa que la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente, así las cosas señores Magistrados solicito revocar la sentencia aquí proferida absolviendo a mi representada de todas y cada una de las pretensiones incoadas, igualmente siendo una sentencia condenatoria solicito se absuelva en costas e igualmente solicito que se mantenga en firme numeral respecto de los dineros de la cuenta individual, prima de seguros, seguros de invalidez y de sobreviviente y todos aquellos dineros en atención a la jurisprudencia tal como sentencia SL 31989 del 2008, SL 17595 del 2017, SL 4189 del 2018 y SL 1421 del 2019, gracias señora Juez”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 43 años de edad y había cotizado 947.14³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 13 años, 10 meses y 8 días), y para la fecha

³ Ver información en la historia laboral del demandante -actualizada- de COLPENSIONES, Cd 2, que contiene expediente administrativo a folio 105.-

de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión.

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴ ⁵, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que

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

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

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

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

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

igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR S.A no probó haberle brindado toda la información pertinente en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

El cumplimiento de dicha obligación (en el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia) es una condición de eficacia del acto jurídico, y por ello se debía cumplir con todos los afiliados, al margen del nivel académico o de formación profesional que tuvieran. En el interrogatorio de parte (cd 3 Minuto 16:53) el demandante señaló que le explicaron sobre rentabilidades, rendimientos e intereses, y aceptó haber realizado aportes voluntarios para acrecentar su mesada pensional a futuro como se lo indicaron, pero no reconoció que le hubieran informado sobre las *desventajas* del cambio de régimen, exigencia que para la Sala Laboral de la Corte Suprema resulta necesaria.

Cabe advertir para responder a los argumentos de apelación, que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo (la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 28 de diciembre de 1998- con efectividad a partir de enero de 1999, a PORVENIR S.A -, AFP a la que se encuentra afiliado (ver formulario de afiliación folio 135).

Igualmente se confirmará la decisión de primera instancia que ordenó la devolución de los gastos de administración y todos los valores generados durante la afiliación al RAIS, pues así lo ordena la Sala Laboral de la Corte (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para esa Corporación, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a COLPENSIONES al pago de Costas procesales, pues el artículo 365 del CGP impone esta carga a la parte que resulte vencida, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y pierde el proceso. Revisado el texto de la contestación a la demanda se advierte que COLPENSIONES no solo se opuso a las pretensiones de GERMAN BARRIGA GARAVITO, sino que además planteó controversia frente a los argumentos que éste expuso, controversia en la cual resultó vencida.

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

Por el resultado del recurso las COSTAS en la apelación corren a cargo de PORVENIR S.A.


DECISION

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

RESUELVE

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

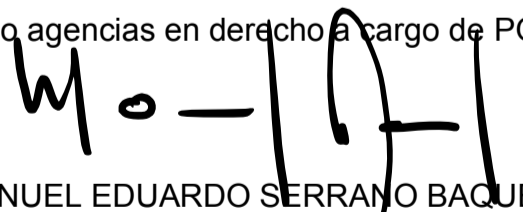
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE COSME ARÉVALO MUÑOZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA (llamada en garantía), FABIO NELSON ARÉVALO CASTIBLANCO, JUAN CARLOS ARÉVALO CASTIBLANDO Y JHON ALEXANDER ARÉVALO CASTIBLANDO (litisconsortes necesarios)

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por la AFP PORVENIR y la aseguradora MAPFRE contra la sentencia dictada el 14 de septiembre de 2020 por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a la AFP PORVENIR a pagar pensión de sobrevivientes a favor de COSME ARÉVALO MUÑOZ como compañero permanente, en proporción del 100% de la pensión de invalidez que causó NOHORA ESPERANZA CASTIBLANCO JIMÉNEZ.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, COSME ARÉVALO MUÑOZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor la sustitución de la pensión de

invalidez causada por su compañera permanente, NOHORA ESPERANZA CASTIBLANCO, con fundamento en que convivieron en unión libre durante más de 35 años y procrearon 3 hijos, advirtiendo que la entidad negó el derecho pensional con fundamento en que la causante manifestó que su estado civil era soltera cuando reclamó el reconocimiento de la pensión de invalidez. Pide el reconocimiento de la sustitución pensional a partir del 6 de julio de 2014, junto con los respectivos reajustes y mesadas adicionales de ley (ver demanda en folios 20 a 27 del expediente).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la causante en el momento en el cual se afilió al fondo privado (28 de noviembre de 1994) y reclamó el reconocimiento de la pensión de invalidez (23 de enero de 2014), no reportó al demandante como su compañero permanente y por el contrario señaló que su estado civil era el de soltera. Además, manifestó que MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., aseguradora con la que tenía contratado el seguro previsional, negó el pago de la suma adicional requerida para el financiamiento de la pensión de sobrevivientes que se reclama. Formuló llamamiento en garantía contra esta sociedad y propuso como excepción previa la de *falta de integración del litisconsorcio necesario*, y como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación en cabeza de PORVENIR, buena fe, prescripción, compensación* y la *innominada o genérica* (ver contestación en folios 41 a 54). E

El llamamiento en garantía se basó en la póliza de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes No. 92014100046634, vigente para el momento en que se estructuró la invalidez de la causante (el 26 de noviembre de 2012). Pide que se le ordene a la aseguradora pagare la suma adicional que correspondería, en el evento de que se determine que el demandante tiene derecho a la sustitución pensional, junto con los intereses moratorios, indexación y demás sumas necesarias para cumplir la condena (ver folios 72 a 74 del expediente).

Notificada MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. del llamamiento en garantía) contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que no se cumplen los presupuestos legales y contractuales para la re-afectación del seguro previsional, máxime si se tiene en cuenta que la causante se identificó como soltera y sin beneficiarios. Informa que el 10 de junio de 2014 se afectó la póliza con la entrega de la suma de \$112.725.419 para completar el capital necesario para financiar la pensión de invalidez, con lo cual dio cumplimiento a sus obligaciones legales y contractuales. Propuso como excepción previa la falta de *vinculación de litis consorcio necesario* a fin de que se vinculen a la litis los hijos de la causante y posibles herederos FABIO NELSON, JUAN CARLOS y JHON ALEXANDER ARÉVALO CASTIBLANCO, y como excepciones de mérito: *no cumplimiento de los requisitos de ley para acceder a la pensión de sustitución pensional, pago de la suma adicional, compensación frente a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR, prescripción, compensación, nulidad relativa, buena fe y la genérica* (ver contestación en folios 107 a 115 del expediente).

Notificados de la demanda como litisconsorte de la parte demandante (ver auto del 6 de diciembre de 2018 – folio 199), compareció su hijo JHON ALEXANDER ARÉVALO CASTIBLANCO mediante apoderada, aceptó los hechos que sustentan la demanda, y no propuso excepciones ni se opuso a las pretensiones (ver folios 223 a 229).

Mediante auto del 12 de febrero de 2020, la juez de primera instancia tuvo por no contestada la demanda por los otros hijos FABIO NELSON y JUAN CARLOS ARÉVALO CASTIBLANCO (ver folio 244).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de julio de 2020, mediante la cual, la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la AFP PORVENIR a pagar pensión de sobrevivientes a favor de COSME ARÉVALO MUÑOZ como compañero permanente, en proporción del 100% de

la pensión de invalidez que causó NOHORA ESPERANZA CASTIBLANCO JIMÉNEZ a partir del 6 de julio de 2014, y dispuso la distribución del retroactivo de la pensión de invalidez, causado por la actora entre el 26 de noviembre de 2012 y el 6 de julio de 2014, a favor de sus herederos (el demandante y 3 hijos). La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el señor COSME ARÉVALO MUÑOZ identificado con la cédula de ciudadanía número 4.006.276 como compañero permanente de la causante NORA ESPERANZA CASTIBLANCO JIMÉNEZ tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor del señor COSME ARÉVALO MUÑOZ identificado con la cédula de ciudadanía número 4.006.276 en cuantía inicial de \$616.000 a partir del primero de julio del 2014 junto con las mesadas ordinarias y adicionales causadas a las cuales se les deberá efectuar los incrementos legales respectivos. TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a pagar el retroactivo correspondiente a la suma de \$12.698.531 así, a COSME ARÉVALO MUÑOZ en un 50% por el valor de \$6.349.275,50, FABIO NELSON ARÉVALO CASTIBLANCO el 16.66% equivalente a \$2.116.421,80, JUAN CARLOS ARÉVALO CASTIBLANCO al porcentaje 16.66% que equivale a la suma de \$2.116.421,80, JOHN ALEXANDER ARÉVALO CASTIBLANCO por un porcentaje igual del 16.66% que corresponde a la suma de \$2.116.421,80. CUARTO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de las pretensiones frente al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes elevadas por FABIO NELSON, JUAN CARLOS y JHON ALEXANDER ARÉVALO CASTIBLANCO. QUINTO: CONDENAR a la indexación de las mesadas pensionales causadas y de los valores también anteriormente señalados a cancelar. SEXTO: ABSOLVER a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. según lo indicado en la parte motiva. SÉPTIMO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción*

en los términos indicados en la parte motiva de esta sentencia. OCTAVO: SIN condena en COSTAS” (CD 3, audiencia virtual, minuto 26:39).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que el demandante acreditó la condición de beneficiario de la pensión que dejó causada NOHORA ESPERANZA CASTIBLANCO JIMÉNEZ, con quien convivió en unión marital de hecho entre el año 1982 y el año 2014, advirtiendo que si bien se ausentaba del hogar para realizar actividades agrícolas con ello no se interrumpió la convivencia. Ordenó el pago de la pensión a favor del actor a partir del 6 de julio de 2014, y dispuso la distribución del retroactivo de la pensión de invalidez causado por la actora entre el 26 de noviembre de 2012 y el 6 de julio de 2014, el cual fue reversado por su fallecimiento, a favor de los herederos de la causante (el demandante y sus 3 hijos). Finalmente, consideró que con la suma adicional que pagó la llamada en garantía, cumplió la obligación que tenía a su cargo, de conformidad con lo establecido en el artículo 77 de la Ley 100 de 1993.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso de PORVENIR S.A., su apoderada pide que se revoque la decisión de primera instancia, y de forma subsidiaria que se condene a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a pagar la suma adicional a que haya lugar por la inclusión del nuevo beneficiario, la indexación de las mesadas y las costas del proceso. Afirma que el demandante no acreditó ser beneficiario de la pensión que reclama, pues la causante se identificó como soltera en el momento que reclamó la pensión de invalidez y no lo reportó en el momento de afiliación al fondo privado, indicios de la inexistencia de convivencia, que no fueron desvirtuados con la prueba testimonial y los interrogatorios de parte practicados en el proceso, advirtió contradicciones en el testimonio de SANDRA TRIANA, pues fue evasiva, imprecisa y no le constaba el lugar de habitación de la pareja. De forma subsidiaria y de mantenerse la condena dictada en primera instancia, solicita que se condene a MAPFRE a pagar la suma adicional a que haya lugar para financiar la pensión de sobrevivientes

de conformidad con lo establecido en el numeral 2, artículo 77 de la Ley 100 de 1993, pues la aseguradora no tuvo en cuenta al demandante como beneficiario de la causante en el momento en que liquidó la suma adicional que pagó para financiar la pensión de invalidez, y el capital no es suficiente para sustituir dicha prestación a su favor pues solo se tuvo en cuenta la expectativa de vida de una persona que padecía una enfermedad terminal. Adicionalmente, solicita que se le ordene a MAPFRE pagar la indexación de las mesadas pensionales, y la condena en costas del proceso, dado que la suerte de lo accesorio sigue la suerte de lo principal (CD 3, audiencia virtual, minuto 31:17)¹.

¹ *“Muchas gracias su señoría, en mi calidad de apoderado judicial de Porvenir S.A. procedo a interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir su despacho, a fin de que los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá la revoquen con base en los argumentos que expongo a continuación. Sea lo primero anotar que tal y como se expuso en el escrito de contestación de la demanda y de un análisis conjunto del material probatorio obrante en el proceso, considera esta apoderada que contrario a lo manifestado por el despacho puede concluirse que el señor Cosme Arévalo Muñoz no acredita la calidad de beneficiario de la pensión de invalidez en la modalidad de sustitución ... por el fallecimiento de la señora Nora Esperanza Castiblanco y ello es así por cuanto a juicio de esta apoderada el hecho de que la afiliada fallecida se haya identificado como soltera al momento de la reclamación pensional por invalidez y, el hecho que ni en el formulario de afiliación ni en dicha reclamación haya relacionado de ninguna manera al demandante como su beneficiario y que por el contrario sí haya indicado a sus hijos como beneficiarios, es un indicio de que no existía la convivencia como lo pretenden hacer ver en el presente proceso. Considera esta apoderada a diferencia de lo considerado por el despacho que la prueba testimonial y el interrogatorio de parte recaudado no logran desvirtuar ese indicio que acabo de mencionar de que la pensionada fallecida era soltera, esto es, que no vivía con nadie y no logran demostrar tampoco lo del material obrante en el proceso, que el señor Cosme Arévalo hubiera convivido con aquella dentro de los cinco años anteriores al fallecimiento. Nótese que el último de los testigos que se presentó incurrió en abiertas contradicciones, de hecho ese testigo había presentado declaración extra juicio y incurrió en evidentes contradicciones con el testimonio que rindió en este proceso, de hecho me refiero a la testigo Sandra Triana, está clarísimo que se contradijo, que fue evasiva, que fue imprecisa, que no le constaba cuál había sido el lugar de habitación de la presunta pareja, de la pensionada fallecida y el demandante, dijo que siempre los había visto juntos cuando los demás testigos habían dicho que el demandante se ausentaba permanentemente, en fin, considero que no debe ser tenida en cuenta como testigo de los hechos en el presente proceso, así mismo, su señoría que los demás testigos tampoco lograron desvirtuar el hecho de que la demandante se hubiese identificado como soltera y que hubiese realizado, relacionado una dirección de residencia diferente, a juicio de esta apoderada lo que eso indica es que no existía realmente una convivencia ininterrumpida del señor Cosme con la afiliada fallecida y que por esta razón ella se identificaba como soltera al efectuar las reclamaciones ante la entidad de seguridad social, por esta razón considero que e insisto que no se encuentra acreditada la calidad de beneficiario del señor Cosme y por ende no había lugar a reconocerle la pensión de sobrevivientes deprecada. Ahora bien, por otra parte su señoría y en relación con la absolución impartida a la aseguradora MAPFRE frente al excedente en la suma adicional a que haya lugar por la inclusión de nuevo beneficiario, también me permito interponer recurso de apelación sobre este punto en la medida en que tal y como quedó demostrado en el proceso, no solo por el documento de liquidación del previsional que se allegó sino porque así fue aceptado por el representante legal de MAPRE, MAPFRE Colombia Vida Seguros al momento de pagar la suma adicional para el*

reconocimiento de la pensión de invalidez de la señora Nora Esperanza Castiblanco no contempló como beneficiario al señor Cosme Arévalo Muñoz y ¿esto a qué conlleva?, que la suma que se pagó fue para financiar solamente la pensión de invalidez y no permite financiar de manera vitalicia la pensión de sobrevivientes al señor Cosme Arévalo Muñoz y, es que debe tenerse en cuenta que la expectativa de vida de la señora Nora Esperanza Castiblanco inferior a la del señor Cosme, sobre todo porque es que la señora Nora Esperanza Castiblanco padecía una enfermedad terminal que le había dado un 68,95% de pérdida de capacidad laboral, de hecho falleció unos meses después, entonces es claro que esa suma adicional contemplada para pagar esa pensión de invalidez nunca va a alcanzar para cubrir de manera vitalicia la pensión del señor Cosme Arévalo Muñoz, afirma, cita su señoría como sustento a dicha absolción el artículo 77 de la Ley 100 de 1993 en su parágrafo que dice que los sobrevivientes del afiliado podrán contratar la pensión de sobrevivientes con una aseguradora distinta, perdón, perdón, excúseme, no es esa parte la que quería citar, la parte que quería citar es el artículo 77 numeral segundo que dice "las pensiones de sobrevivientes causadas por la muerte de un pensionado se financian con los recursos previstos para el pago de la pensión de vejez o invalidez según el caso" esto puede ser cierto, pero es que el hecho que precisamente una pensión de invalidez sea sustituible a través de la figura de los sobrevivientes a los beneficiarios, implica que dentro de esa suma adicional necesariamente tiene que incluirse el valor para que esa pensión de invalidez pueda extenderse de manera vitalicia a los beneficiarios porque o sino de otra manera, mi representada y las administradoras de fondos de pensiones no tendrían cómo garantizar esa prestación de manera vitalicia, entonces a juicio de esta apoderada está clarísimo que, si en el momento en que se desembolsa la suma adicional para la pensión de sobrevivientes se incluyeron la totalidad de beneficiarios es perfectamente viable y eso es lo que debe suceder, que ese dinero tiene que alcanzar para financiar vitaliciamente la pensión de sobrevivientes a dichos beneficiarios, pero si como en el caso que nos ocupa no se incluyó al beneficiario pues es obvio que la aseguradora está obligada a efectuar ese pago restante de la suma adicional para permitir materializar el reconocimiento y el pago de esa pensión de sobrevivientes en este caso al señor Cosme Arévalo Muñoz por lo que solicito y considero que MAPFRE debe ser condenada al pago de dicho monto. Así mismo y en cuanto tiene que ver con la condena a indexar la pensión de sobrevivientes a reconocer y esto obviamente en el caso de que los Honorables Magistrados confirmen el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, solicito también que esa suma de la indexación deba ser asumida por la aseguradora MAPFRE y ello es así por cuanto la suerte de lo accesorio sigue la misma suerte de lo principal, luego si mi representada si se debe condenar a MAPFRE al pago de la suma adicional faltante, debe también condenársele a que pague dicha indexación. La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 14503 de 2017 manifestó lo siguiente, me permito traer, citar una parte literal, "Respecto al segundo tema a resolver el Tribunal determinó que era procedente la indexación para darle razón a la apelación de la AFP consideró que si bien el contrato de seguro previsional con el cual la administradora de pensiones pone a salvo el riesgo de financiación total de la pensión de sobrevivientes es de naturaleza bilateral al igual que el contrato de seguro en general y, con ello las partes pueden proponer en su negociación fórmulas para evitar esa desventaja económica entre ellas mismas por un hecho notorio como es la inflación, en su criterio no era viable con esa característica la negociación entre los particulares interferir mediante la vía jurisdiccional en lo que las partes discutieron o incluso omitieron con plena aquiescencia, el Tribunal estimó que para estos eventos fueron consagrados dentro de los mecanismos para restablecer el equilibrio económico la figura de la indexación que puede reclamar el contratante afectado con el incumplimiento, el Juez de alzada agregó que de no hacerse la indexación se estaría avalando situaciones en las cuales las entidades aseguradoras desconocerían las obligaciones a su cargo. Estimó evidente que el valor reconocido en virtud de la decisión judicial no es el mismo que fue asegurado inicialmente por el factor inflacionario, lo que generaría un desequilibrio en el sistema de financiación del sistema pensional, además que, con la indexación se busca suplir el envilecimiento del dinero en tanto que la cancelación oportuna no se tiene por satisfecha en su totalidad sino hasta cuando efectúe su corrección monetaria la cual debe correr a cargo del deudor incumplido", está claro entonces su señoría que reitero en la medida en que la indexación es una condena accesorio y que simplemente busca actualizar los valores dejados de pagar en su momento y que reitero en este punto se ve necesario que se condenara a MAPFRE a pagar el excedente

En el recurso de la aseguradora MAPFRE su apoderado pide que se revoque la decisión de primera instancia en cuanto reconoció el derecho pensional, y que se confirme en cuanto concluyó el cumplimiento de las obligaciones contractuales a su cargo. Afirma que las pruebas practicadas en el proceso no prueban el requisito de convivencia, pues la causante omitió indicar que el demandante era su beneficiario cuando se afilió al RAIS, omitió suministrar dicha información cuando solicitó el reconocimiento pensional, e indicó una dirección diferente a la que refirieron los testigos como dirección en la que convivió con el demandante. Considera que la declaración que rindió la testigo SANDRA ESPERANZA TRIANA contradice la declaración rendida por el demandante, su hijo y su nuera, pues la primera dijo que iba todos los meses a visitar a la pareja y que ellos siempre estaban juntos, mientras que los demás afirman que el actor se ausentaba del hogar durante 2 o 3 meses, y advirtió que este testimonio tiene más importancia que el del hijo o la nuera del demandante, pues estos últimos tienen interés en el reconocimiento pensional. Finalmente, aduce que MAPFRE ya giró un capital por concepto de suma adicional para financiar la pensión de invalidez que causó la fallecida, por lo que no habría lugar al pago de suma adicional alguna (CD 3, audiencia virtual, minuto 42:05)².

en la suma adicional, también de ser dicha aseguradora la que asuma la indexación a la que fue condenada mi representada así como las costas del proceso. De esta manera su señoría y Honorables Magistrados, dejo debidamente presentado y sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias”.

² *“Señora Juez, en mi calidad de apoderado de MAPFRE Colombia Vida Seguros S.A. me permito presentar recurso de apelación en lo que tiene que ver con el reconocimiento pensional frente al hoy demandante basado en los siguientes puntos, así, como primera medida dentro de la parte motiva de la decisión por parte del despacho dice que se tiene como material probatorio las declaraciones extra juicio así como las de dentro de otros documentos las declaraciones extra juicio así como las declaraciones rendidas ante el despacho, es importante indicar que dentro de las declaraciones extra juicio que se tienen en cuenta para hoy está la que presentó en conjunto la señora Sandra Esperanza Triana con el señor Jorge ... Beltrán, este no estuvo pues declarando dentro del proceso pero si Sandra Esperanza Triana Díaz, es importante recalcar que dentro de la declaración rendida por esta última Sandra Esperanza Triana Díaz es absolutamente contraria a la declaración que se escuchó por parte del mismo demandante, por parte de su hijo y por parte de su nuera ¿en qué sentido?, en el sentido de que los demás declarantes incluido el demandante indicaron que no se encontraba por periodos de dos o tres meses en convivencia con la fallecida, pese a que la demandante indica y afirma que mínimo lo veía ... y que lo veía todos los meses, esto indica una evidente contradicción dentro de las pruebas aportadas al proceso en lo que tiene que ver con la convivencia que se indica el hoy demandante tuvo hasta el último día con la fallecida y ¿por qué es importante esta declaración?, la declaración de la señora Sandra*

Esperanza Triana Díaz es importante y tiene una prevalencia mayor a la que tiene su hijo, por obvias razones tiene un interés directo porque es su padre, al igual que su nuera que fueron los otros dos tenidos en cuenta, pero es importante por qué, porque si observamos la declaración ella rinde lo hace en el año 2016 ... de la situación real de si había o no había una convivencia efectiva dentro del hoy demandante y la fallecida y ¿por qué afirmo eso?, porque, perdón escucho música, porque el desconocimiento es claro ya que el mismo demandante indica que tenía periodos de dos a tres meses sin encontrarse con la fallecida, ¿qué nos indica a nosotros esto?, a nosotros nos indica que fueron las declaraciones de la señora, lo que fueron las del hijo y la nuera pues obviamente existe un claro interés en buscar el reconocimiento de una pensión con una convivencia cuando lo que está probado es lo contrario, que no convivían, que no estaba en el mismo sitio, no podemos decir y partir de la base de que el hecho de que él aparentemente porque eso para mi concepto no está claramente probado, se hubiese probado una convivencia efectiva y no me refiero efectiva todo el tiempo sino que realmente hubiese continuado y ¿por qué afirmo esto?, porque vuelvo e insisto, son contradictorias las mismas pruebas traídas por la parte demandante y lo único que muestran es su interés real en obtener una pensión en la cual considero no tiene derecho el demandante y ¿por qué lo afirmo?, porque vuelvo y pregunto, ¿por qué cuando ella se afilió la primera vez colocó dentro de los beneficiarios a parte de sus hijos a su señor padre y por qué no colocó a su esposo?, vuelvo e insisto, ¿por qué cuando se presentó la reclamación ante la AFP volvió y no colocó a su esposo? cuando es claro y vuelvo e insisto dentro de las indicaciones que se le dan la importancia a las personas por parte de la compañía de aseguradoras de la AFP de que digan quiénes son su beneficiarios, ¿por qué vuelve y lo omite?, lo omitió cuando se afilió, lo omitió cuando reclamó, además indicó una dirección absolutamente diferente a la que se indica donde ellos dos convivían, dice el hijo con todo el que yo pido al Tribunal tenga en cuenta que su hijo el interés que tiene es de que su padre acceda a una pensión que considero que no tiene derecho porque no está demostrada la convivencia de los últimos cinco años, es el que termina diciendo que estaba ahí y la que termina validando esta declaración es su nuera, ¿dónde están los testigos?, ¿dónde están realmente los testigos efectivos, diferentes?, porque si vamos a tener solamente en cuenta esos dos y la declarante ante la notaría vemos de entrada una gran contradicción, ¿por qué al proceso no trajeron unos testigos que probablemente nos llevaran a esa convención?, dice el despacho también dice que eso se justifica porque el señor hacía temas de agrícolas pero es que aquí no estamos, cierto, pudieron haber tenido convivencias teniendo temas agrícolas pero es que aquí no se probó que esa convivencia como ellos lo indican existiese, por el contrario, las contradicciones nos dan a entender que no había ninguna convivencia y termina el despacho diciendo que se demuestra la dependencia económica por el ser agricultor, déjeme y con el respeto el despacho le digo, el hecho de ser agricultor en este país aunque sabemos que es una profesión difícil no implica decir que haya falta o necesidad económica porque o sino la gente del campo no podría subsistir por el sólo hecho..., dentro de este proceso se alegó ni por la parte demandante ni mucho menos se demostró una dependencia económica del hoy demandante frente a la fallecida, lo único que se habló fue siempre de que existió una convivencia pero jamás, jamás se intentó probar una dependencia real, económica y efectiva e independientemente de que estuviesen separados que puede llegar a ser una causal para que se le conceda la pensión cuando hay la dependencia económica independientemente de que hubiesen estado separados pero sigue habiendo ayuda mutua independientemente de que estén separados, eso ni siquiera se debatió en el proceso ni en el ... y mucho menos se probó y no lo prueba el solo hecho de que él sea un trabajador de campo porque sería tanto decir como que la gente del campo no puede sobrevivir por sí sola y eso no es cierto, porque hay grandes personas que están en el campo con grandes beneficios económicos, entonces, en estos términos no sabemos la situación real y económica del hoy demandante para que sea un punto frente a esto. Bajo estas premisas le pediría al Honorable Tribunal que se revoque la sentencia en cuanto en lo que tiene que ver con el reconocimiento de la pensión. Cuando lo que tiene que ver con la decisión de que el despacho considera que efectivamente MAPFRE cumplió con la obligación contractual, el suscrito comparte esta decisión y le solicita al Honorable Tribunal confirmarla por qué, porque el artículo 77 el numeral dos, es claro en lo que es acá que estamos es ante una sustitución pensional no ante un reconocimiento de una pensión de sobrevivientes porque claro lo dejó el despacho, en las pruebas está plenamente probado que ya la pensión estaba reconocida

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que NOHORA ESPERANZA CASTIBLANCO JIMÉNEZ falleció el 6 de julio de 2014 (lo que prueba además con el registro civil de defunción de folio 11 del expediente), y que mediante comunicación del 7 de julio de 2014 (un día después de la muerte) PORVENIR S.A. le reconoció pensión de invalidez a partir del 26 de noviembre de 2012 en cuantía de 1 SMLMV, con fundamento en el dictamen que valoró su pérdida de capacidad laboral en 68.95% con fecha de estructuración del 26 de noviembre de 2012 (ver comunicación en folios 12, 13, 62 y 63, y dictamen de PCL a folios 142 y 143). Tampoco fue objeto de controversia que MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. pagó como la suma adicional para financiar la pensión \$112.725.419, y que para calcular dicho valor no se tuvo en cuenta la existencia de beneficiarios en favor de quien se pudiese sustituir el derecho pensional (ver comunicación del 16 de junio de 2014 a folios 60 y 61), esto último –además- fue reconocido por los Representantes legales de PORVENIR y MAPFRE en las declaraciones de parte que rindieron en el proceso (CD 2, audiencia virtual, minutos 29:22 y 31:56).

cuando ella falleció, entonces aquí no estamos hablando de un reconocimiento pensional de conformidad con el numeral primero del artículo 77, no, estamos hablando de una sustitución pensional y es claro, la norma es absolutamente clara en que aquí este reconocimiento se hace con lo que había en el fondo sin que haya lugar a acudir a un seguro previsional, ¿por qué?, porque no lo hay, el seguro es para el evento ... y por otro lado, si se tratase de una sustitución, de un reconocimiento pensional de un sobreviviente es absolutamente claro y ya lo he dicho varias veces nuestra Corte Suprema de Justicia, que la compañía única y exclusivamente debe responder por el valor de la suma adicional, quien tiene que responder por lo demás, indexación, intereses y cualquier otra condena es la AFP y por qué simple y sencilla razón en concepto del suscrito, porque la AFP es la que reconoce o no reconoce el derecho pensional, la compañía de seguros previsionales sólo gira una suma independientemente de que la gire o no la gire de acuerdo al contrato de seguro previsional, quien tiene en su obligación y deber ... requisitos para conceder esa pensión y quien tiene la obligación de hacerlo independientemente de lo que suceda entre el contrato previsional entre la compañía de seguros y la AFP es la AFP, entonces, no puede trasladarle las consecuencias ... correctas o no correctas a la compañía de seguros previsionales, por eso, considero y solicito que sea confirmado, uno, porque no está en el cálculo de sustitución pensional y si se pensase que no es el caso que se tratase de un reconocimiento de seguro de sobrevivientes, es claro que cualquier concepto adicional a la simple suma que debería girar la compañía que en este caso ya que está demostrado que se giró, no habría lugar al mismo por disposición contractual además por lo que ya indiqué, bajo esta medida dejo presentado el recurso de apelación en lo que tiene que ver con la apelación de la revocación de la concesión y sustentada por qué se debe confirmar el punto frente a la compañía, gracias señora Juez”.

En la situación referida, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite del pensionado(a), si acreditan haber hecho vida marital con él hasta su muerte y convivencia por un período no inferior a los cinco (5) años inmediatamente anteriores al óbito.

La carga de demostrar estas situaciones la tiene la parte que alega el hecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, y la prueba aportada para el efecto debe ser clara y suficiente pues, también ha dicho la Corte, la pensión de sobrevivencia protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO). Para este efecto, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que *“se aplica el principio operante en materia laboral de libertad probatoria (...), pues no ha previsto la ley solemnidad alguna o prueba ad substantiam actus”* (SL 5524 de 2016, citada en la sentencia SL 1366 de 2019), y la convivencia debe ser evaluada en cada caso, dado que *“pueden existir eventos en los que los cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo que no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua”* (SL 1399 de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Con estos criterios y una vez revisadas en conjunto las pruebas del expediente, el Tribunal CONFIRMARÁ la sentencia apelada, pues se demostraron más de 5 años de convivencia continua del demandante con NOHORA ESPERANZA CASTIBLANCO JIMÉNEZ antes de su muerte.

Se llega a la conclusión referida al escuchar los testimonios rendidos por JHON ALEXANDER ARÉVALO y NIDIA YURANY GARNICA MURCIA (hijo y nuera del demandante, CD 2, minuto 49:28 y hora 1, minuto 00:24 respectivamente), quienes indicaron que COSME ARÉVALO MUÑOZ y NOHORA ESPERANZA CASTIBLANCO JIMÉNEZ tuvieron 3 hijos que tenían 29 y 31 años de edad cuando su madre murió, que convivieron como pareja durante todo el tiempo, inicialmente en el barrio Fontibón, luego en Bosa Brasil, y que en el año 2009 se fueron a vivir con su hijo JHON ALEXANDER ARÉVALO su esposa y su nieto, en el barrio 20 de julio, esto último por razones económicas y porque en dicho lugar se facilitaba el acceso de la causante a su servicio médico. El segundo testigo afirma que la pareja nunca se separó, y que si bien los conoce desde el año 2006 cuando comenzó una relación con JHON ALEXANDER, supone que tenían muchos años anteriores de convivencia, dado que el hijo mayor de la pareja actualmente tiene 37 años, y que fue el demandante quien acompañó y brindó apoyo económico y acompañamiento en la enfermedad de su compañera hasta el final de sus días, y que si bien el demandante se ausentaba en períodos de uno o dos meses para trabajar en cultivos en una Finca en Buenavista Boyacá, siempre estuvo acompañando a la causante brindando su apoyo afectivo y económico, e incluso que incluso en muchas ocasiones, ella misma lo acompañaba a la finca si su trabajo lo permitía.

El Tribunal estima que los anteriores testimonios fueron espontáneos, claros y coincidentes respecto de la calidad de compañero permanente del demandante y el cumplimiento del requisito de convivencia, y que las afirmaciones que hacen no logran ser desvirtuadas por la prueba documental obrante en el proceso, si se tiene en cuenta que la omisión de la causante en reportar a su compañero como su beneficiario y parte del núcleo familiar, en el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR (folio 55), fue explicado por el demandante en su interrogatorio de parte pues su compañera informaba en el trabajo (y en otros lugares) que era soltera y madre cabeza de hogar para acceder a beneficios en el trabajo; y que la manifestación de la causante en el formulario de reclamación pensional de ser soltera, también fue explicada por los testigos JHON ALEXANDER ARÉVALO y NIDIA YURANY GARNICA

MURCIA, quienes señalaron que los asesores del fondo le ayudaron a ella a diligenciar los formularios y le dijeron que tenía que ponerse como una persona sola, por tener una enfermedad terminal, y porque al tratarse de una pensión de invalidez *no tenía derecho* a incluir beneficiarios. Sobre las razones por las que no coincide la dirección de residencia que reportó la causante en la reclamación pensional (Carrera 71 C No. 6A SUR) con la que indicó el demandante y el testigo en sus declaraciones (Carrera 9A este No. 33 sur), JHON ALEXANDER ARÉVALO indicó que es la dirección de residencia de uno de sus hermanos, y que era suministrada por su progenitora porque consideraba que era más fácil que llegara correspondencia allá; y sobre el auxilio funerario explicó el demandante que tenía un seguro exequial a favor de ella y que quien cobró dicho auxilio era la gerente de la empresa que la tenía asegurada (PRESERVIR según se observa en certificación obrante a folio 191 vto del expediente).

El testimonio rendido por SANDRA ESPERANZA TRIANA DÍAZ (conocida y vecina de la pareja, CD 2, audiencia virtual, hora 1 minuto 13:33) no es útil para dar certeza sobre la convivencia entre la demandante y el causante, pues si bien indicó que en el año 2008 eran vecinos en el barrio San Vicente, desde el año 2010 la testigo vive en Mosquera, y desde esa época dejó de visitar con frecuencia a la pareja.

Finalmente debe advertir la Sala que las manifestaciones que hacen los afiliados en formatos o formularios pre-impresos bien pueden ser desvirtuadas en el proceso judicial, a la luz de los hechos que se acreditan probados, máxime en casos como el presente, en el que las brechas económicas, culturales y educativas de la afiliada y/o sus potenciales beneficiarios pueden tener incidencia y afectar el contenido de la información que diligencian en su momento.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación propuestos por la AFP PORVENIR respecto de las obligaciones de la aseguradora MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS SA.

Revisado el expediente el Tribunal revocará la decisión de primera instancia en cuanto liberó de responsabilidad a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., pues en virtud de la póliza colectiva No. 9201410004634 vigente entre el 1° de enero de 2010 y el 1° de enero de 2014, tomada por la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR) en la modalidad de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes (ver folio 116), estos riesgos se encontraban cubiertos por la aseguradora para el momento en que se estructuró la invalidez de la causante (24 de noviembre de 2012), y por ello, debe pagar la suma adicional que se *requiera* para completar el capital necesario para financiar la pensión de invalidez a favor del afiliado y de sus beneficiarios, según lo establecen los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993.

Como en el cálculo inicial no se tuvo en cuenta la situación del demandante como beneficiario por sustitución de la prestación reconocida a NOHORA ESPERANZA CASTIBLANCO JIMÉNEZ, en aras de garantizar el capital suficiente para sustituir para los pagos que corresponden, MAPFRE debe analizar las nuevas condiciones pensionales, incluyendo a COSME ARÉVALO MUÑOZ como beneficiario de NOHORA ESPERANZA CASTIBLANCO JIMÉNEZ, y pagar los recursos necesarios para financiar la sustitución de la pensión de invalidez a favor del demandante.

No se ordenará que la suma adicional a cargo de la aseguradora incluya las condenas dispuestas en primera instancia por indexación de mesadas pensionales a cargo de PORVENIR S.A., pues este concepto no hace parte de los valores asegurados en la póliza, y como ya se dijo, el objeto del aseguramiento y responsabilidad de MAPFRE se limita a amparar la suma faltante para completar el capital necesario que permita financiar la sustitución pensional que se reclama (así lo entendió la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2843 de 2020).

COSTAS en la apelación a cargo de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral SEXTO de la sentencia de primera instancia, para, en su lugar, condenar a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a efectuar el pago de la suma adicional que se requiera para financiar la sustitución de la pensión de invalidez causada por NOHORA ESPERANZA CASTIBLANCO JIMÉNEZ en favor de COSME ARÉVALO MUÑOZ, sin que su responsabilidad vaya más allá del valor asegurado en la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SESICIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segundan instancia.

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, positioned above the printed name.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARIA ANGUSTIA RAMÓN DE BARAJAS
CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -
UGPP**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia dictada el 19 de agosto de 2020 por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reajustar el valor pagado a la demandante por indemnización sustitutiva de una pensión de sobrevivientes.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARIA ANGUSTIA RAMÓN DE BARAJAS presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reliquide la indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes que le fue reconocida como cónyuge supérstite de ROBERTO BARAJAS SOLANO, quien falleció el 20 de marzo de 2016. Pide el pago de \$25.348.657 conforme

la liquidación efectuada en la demanda bajo los parámetros del Decreto 1730 de 2001, suma que se debe pagar debidamente indexada, y los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (ver demanda en folios 24 a 29).

La UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la fórmula que se utilizó para liquidar la prestación se encuentra ajustada a derecho. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación de reliquidar la indemnización sustitutiva, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y no configuración del derecho al pago del I.P.C, ni indexación o reajuste alguno* (ver contestación en folios 66 a 72).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de agosto de 2020, a través de la cual la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UNIDAD ADMINISTRATIVA DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a reajustar el valor pagado a la demandante por concepto de indemnización sustitutiva de una pensión de sobrevivientes en \$256.933. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP a reliquidar la indemnización sustitutiva reconocida a la señora MARÍA ANGUSTIA RAMOS DE BARAJAS en la suma de \$256.933, la que deberá ser indexada al momento del pago con el IPC certificado por el DANE para esa fecha. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago de las costas del proceso incluyendo como agencias en derecho dada la cuantía a la cual fue condenada en la suma de \$50.000”* (CD 5, audiencia virtual, minuto 22:29).

Para tomar su decisión la juez efectuó las operaciones con la fórmula establecida en el Decreto 1730 de 2001, de las que obtuvo la suma de \$3.599.102, levemente superior a la reconocida por la entidad (\$3.359.199).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante dice que la liquidación efectuada por el *a-quo* no se encuentra acorde a los tiempos de servicio que prestó el causante, y pide que se tenga en cuenta la liquidación que aportó con el escrito de demanda (CD 5, audiencia virtual, minuto 23:24)¹.

En el recurso de la UGPP su apoderado pide que se absuelva a la entidad de las condenas pues la resolución que reconoció la indemnización sustitutiva a favor de la demandante se encuentra conforme a derecho, y se tuvieron en cuenta todos los factores salariales devengados (CD 5, audiencia virtual, minuto 25:43)².

¹ “Gracias a su señoría, el suscrito desea presentar el respectivo recurso de apelación frente a la sentencia. Su señoría una vez hecho ... por el despacho la respectiva pronunciamiento en derecho y que el suscrito de manera respetuosa discrepa de la misma, pero en el sentido de la fórmula o la liquidación en que se realizó la misma, es por esto que el presente recurso que el suscrito apoderado presenta con el fin de que ante el Honorable Tribunal Superior Sala Laboral de Bogotá, se puede revocar esta sentencia en lo que concierne a la liquidación, toda vez que se discrepa referente a la liquidación efectuada por el despacho, de manera respetuosa, como ya lo manifesté, no estoy de acuerdo o no hay acuerdo (...) Se me permite presentar el recurso para que el tribunal logré acceder a las pretensiones de la demanda teniendo en cuenta la liquidación que efecto con la presentación de la demanda, esto en razón de que a pesar de que se hizo una liquidación por parte del despacho que pues no encuentra el suscrito que esa liquidación esté acorde a la labor ejecutada a los tiempos de servicio y que ha efectuado el señor Barajas y que cuya beneficiaria es la señora María Angustia Ramos de barajas. Entonces su señoría ruego respetuosamente presentar el recurso de apelación a fin de que el honorable tribunal puede revocar el sentido de la liquidación de la misma. Gracias señorita”.

² “Gracias su señoría (...) recurso de apelación a la sentencia dictada por el juzgado 29 en este momento manifiesto (...) al Tribunal Superior Sala Laboral, que debe tener en cuenta que la resolución en el cual se emitió la pensión de sobrevivientes para la señora María angustia Ramos de Baraja, el 11 julio del 2018 fue una resolución emitida en derecho, donde se ajustó en los factores salariales del causante y que en este orden de ideas es solicitud de este defensor pedirle al tribunal que absuelva a la UGPP de dicha condena, toda vez que la actuación que se emitió por la unidad estuvo soportada en derecho y aparte de eso se emitieron y se colocaron todos los conceptos en relacionados con el causante con su asignación básica y todos los factores salariales incluidos. Muchas gracias señoría”.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución RDP 037257 del 13 de septiembre de 2018, la UGPP reconoció a favor de MARIA ANGUSTIA RAMON DE BARAJAS indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$3.359.199, por ser beneficiaria de las prestaciones pensionales que se causaron con ocasión del fallecimiento de su esposo, ROBERTO BARAJAS SOLANO, ocurrida el 20 de marzo de 2016 (ver resolución en folios 2 a 5 y registro civil de defunción a folio 28). Para tasar este valor la entidad demandada tuvo en cuenta 741 semanas de servicios prestados por el causante en el MINISTERIO DE TRANSPORTE.

Para tasar el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por remisión del artículo 49 de la misma normatividad, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 dispone que *“se aplicará la siguiente formula: $I = SBC \times SC \times PPC$. Dónde: **SBC**: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. **SC**: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. **PPC**: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”*. En relación con la última variable y en el evento en que con anterioridad a la Ley 100 de 1993 la administradora no manejara separadamente las cotizaciones de riesgos de vejez, invalidez y muerte por riesgo común, de las correspondientes al riesgo de salud, la misma norma establece que se tomará el 45.45% del total de la cotización efectuada.

Bajo este criterio normativo y una vez hechas las operaciones aritméticas, con base en los salarios y factores certificados en el formulario CLEPB No 3B emitido por el Ministerio de Transporte (folio 12, documental aportada por la

parte demandante), la Sala obtiene los siguientes valores: i) SBC: \$180.069,07, ii) SC: 756,4 semanas (folio 13)³, y iii) PPC: 2.275% (por tratarse de tiempos de servicio cotizados a CAJANAL antes del 1 de abril de 1994, le era aplicable el artículo 2° de la Ley 4ª de 1996 que establecía una tasa de aporte del 5% sobre el salario correspondiente a cada mes, porcentaje al que se aplicó el 45.45% para obtener el PPC).

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1960	Marzo	29	\$ 203	0,06	126,15	2184,7844	\$ 443.511	\$ 12.861.826
1960	Abril	30	\$ 217	0,06	126,15	2184,7844	\$ 474.098	\$ 14.222.946
1960	Mayo	31	\$ 217	0,06	126,15	2184,7844	\$ 474.098	\$ 14.697.045
1960	Junio	30	\$ 210	0,06	126,15	2184,7844	\$ 458.805	\$ 13.764.142
1960	Julio	31	\$ 217	0,06	126,15	2184,7844	\$ 474.098	\$ 14.697.045
1960	Agosto	31	\$ 217	0,06	126,15	2184,7844	\$ 474.098	\$ 14.697.045
1960	Septiembre	30	\$ 246	0,06	126,15	2184,7844	\$ 537.457	\$ 16.123.709
1960	Octubre	31	\$ 254	0,06	126,15	2184,7844	\$ 555.372	\$ 17.216.538
1960	Noviembre	30	\$ 246	0,06	126,15	2184,7844	\$ 537.457	\$ 16.123.709
1960	Diciembre	31	\$ 254	0,06	126,15	2184,7844	\$ 555.372	\$ 17.216.538
1961	Enero	31	\$ 254	0,06	126,15	2035,1281	\$ 517.330	\$ 16.037.216
1961	Febrero	28	\$ 230	0,06	126,15	2035,1281	\$ 467.265	\$ 13.083.431
1961	Marzo	31	\$ 254	0,06	126,15	2035,1281	\$ 517.330	\$ 16.037.216
1961	Abril	30	\$ 246	0,06	126,15	2035,1281	\$ 500.642	\$ 15.019.245
1961	Mayo	31	\$ 254	0,06	126,15	2035,1281	\$ 517.330	\$ 16.037.216
1961	Junio	30	\$ 246	0,06	126,15	2035,1281	\$ 500.642	\$ 15.019.245
1961	Julio	31	\$ 298	0,06	126,15	2035,1281	\$ 605.654	\$ 18.775.278
1961	Agosto	31	\$ 298	0,06	126,15	2035,1281	\$ 605.654	\$ 18.775.278
1961	Septiembre	30	\$ 288	0,06	126,15	2035,1281	\$ 586.117	\$ 17.583.507
1961	Octubre	31	\$ 298	0,06	126,15	2035,1281	\$ 605.654	\$ 18.775.278
1961	Noviembre	30	\$ 288	0,06	126,15	2035,1281	\$ 586.117	\$ 17.583.507
1961	Diciembre	31	\$ 298	0,06	126,15	2035,1281	\$ 605.654	\$ 18.775.278
1962	Enero	31	\$ 349	0,07	126,15	1924,6529	\$ 671.223	\$ 20.807.904
1962	Febrero	24	\$ 270	0,07	126,15	1924,6529	\$ 519.656	\$ 12.471.751
1962	Marzo	31	\$ 349	0,07	126,15	1924,6529	\$ 671.223	\$ 20.807.904
1962	Abril	30	\$ 338	0,07	126,15	1924,6529	\$ 649.570	\$ 19.487.111
1962	Mayo	31	\$ 349	0,07	126,15	1924,6529	\$ 671.223	\$ 20.807.904
1962	Junio	28	\$ 338	0,07	126,15	1924,6529	\$ 649.570	\$ 18.187.970
1962	Julio	31	\$ 371	0,07	126,15	1924,6529	\$ 714.527	\$ 22.150.349
1962	Agosto	31	\$ 416	0,07	126,15	1924,6529	\$ 801.137	\$ 24.835.240
1962	Septiembre	30	\$ 394	0,07	126,15	1924,6529	\$ 757.832	\$ 22.734.962
1962	Octubre	31	\$ 405	0,07	126,15	1924,6529	\$ 779.484	\$ 24.164.017
1962	Noviembre	30	\$ 383	0,07	126,15	1924,6529	\$ 736.180	\$ 22.085.392
1962	Diciembre	31	\$ 349	0,07	126,15	1924,6529	\$ 671.223	\$ 20.807.904
1963	Enero	31	\$ 473	0,07	126,15	1810,5411	\$ 855.481	\$ 26.519.901
1963	Febrero	28	\$ 472	0,07	126,15	1810,5411	\$ 854.575	\$ 23.928.111
1963	Marzo	31	\$ 473	0,07	126,15	1810,5411	\$ 855.481	\$ 26.519.901
1963	Abril	30	\$ 458	0,07	126,15	1810,5411	\$ 828.323	\$ 24.849.676
1963	Mayo	31	\$ 463	0,07	126,15	1810,5411	\$ 837.828	\$ 25.972.664
1963	Junio	30	\$ 458	0,07	126,15	1810,5411	\$ 828.323	\$ 24.849.676

³ Por los servicios prestados en el MINISTERIO DEL TRABAJO entre el 2 de marzo de 1960 y el 30 de septiembre de 1972 (ver folio 12).

1963	Julio	31	\$ 473	0,07	126,15	1810,5411	\$ 855.933	\$ 26.533.932
1963	Agosto	31	\$ 463	0,07	126,15	1810,5411	\$ 837.828	\$ 25.972.664
1963	Septiembre	30	\$ 458	0,07	126,15	1810,5411	\$ 828.323	\$ 24.849.676
1963	Octubre	31	\$ 473	0,07	126,15	1810,5411	\$ 855.933	\$ 26.533.932
1963	Noviembre	30	\$ 458	0,07	126,15	1810,5411	\$ 828.323	\$ 24.849.676
1963	Diciembre	31	\$ 503	0,07	126,15	1810,5411	\$ 911.155	\$ 28.245.799
1964	Enero	31	\$ 535	0,09	126,15	1355,1780	\$ 724.681	\$ 22.465.124
1964	Febrero	29	\$ 500	0,09	126,15	1355,1780	\$ 677.928	\$ 19.659.905
1964	Marzo	31	\$ 535	0,09	126,15	1355,1780	\$ 724.681	\$ 22.465.124
1964	Abril	30	\$ 535	0,09	126,15	1355,1780	\$ 724.681	\$ 21.740.442
1964	Mayo	31	\$ 535	0,09	126,15	1355,1780	\$ 724.681	\$ 22.465.124
1964	Junio	30	\$ 552	0,09	126,15	1355,1780	\$ 748.058	\$ 22.441.747
1964	Julio	30	\$ 518	0,09	126,15	1355,1780	\$ 701.305	\$ 21.039.138
1964	Agosto	31	\$ 535	0,09	126,15	1355,1780	\$ 724.681	\$ 22.465.124
1964	Septiembre	30	\$ 518	0,09	126,15	1355,1780	\$ 701.305	\$ 21.039.138
1964	Octubre	31	\$ 535	0,09	126,15	1355,1780	\$ 724.681	\$ 22.465.124
1964	Noviembre	30	\$ 518	0,09	126,15	1355,1780	\$ 701.305	\$ 21.039.138
1964	Diciembre	31	\$ 535	0,09	126,15	1355,1780	\$ 724.681	\$ 22.465.124
1965	Enero	31	\$ 535	0,10	126,15	1245,6129	\$ 666.092	\$ 20.648.837
1965	Febrero	28	\$ 483	0,10	126,15	1245,6129	\$ 601.631	\$ 16.845.669
1965	Marzo	31	\$ 535	0,10	126,15	1245,6129	\$ 666.092	\$ 20.648.837
1965	Abril	29	\$ 500	0,10	126,15	1245,6129	\$ 623.118	\$ 18.070.418
1965	Mayo	31	\$ 535	0,10	126,15	1245,6129	\$ 666.092	\$ 20.648.837
1965	Junio	30	\$ 552	0,10	126,15	1245,6129	\$ 687.578	\$ 20.627.350
1965	Julio	27	\$ 527	0,10	126,15	1245,6129	\$ 655.815	\$ 17.707.011
1965	Agosto	31	\$ 605	0,10	126,15	1245,6129	\$ 752.973	\$ 23.342.164
1965	Septiembre	30	\$ 585	0,10	126,15	1245,6129	\$ 728.684	\$ 21.860.507
1965	Octubre	31	\$ 624	0,10	126,15	1245,6129	\$ 777.262	\$ 24.095.137
1965	Noviembre	30	\$ 585	0,10	126,15	1245,6129	\$ 728.684	\$ 21.860.507
1965	Diciembre	31	\$ 605	0,10	126,15	1245,6129	\$ 752.973	\$ 23.342.164
1966	Enero	31	\$ 605	0,12	126,15	1088,4336	\$ 657.958	\$ 20.396.701
1966	Febrero	28	\$ 546	0,12	126,15	1088,4336	\$ 594.285	\$ 16.639.972
1966	Marzo	31	\$ 605	0,12	126,15	1088,4336	\$ 657.958	\$ 20.396.701
1966	Abril	30	\$ 585	0,12	126,15	1088,4336	\$ 636.734	\$ 19.102.009
1966	Mayo	31	\$ 605	0,12	126,15	1088,4336	\$ 657.958	\$ 20.396.701
1966	Junio	30	\$ 585	0,12	126,15	1088,4336	\$ 636.734	\$ 19.102.009
1966	Julio	31	\$ 605	0,12	126,15	1088,4336	\$ 657.958	\$ 20.396.701
1966	Agosto	31	\$ 605	0,12	126,15	1088,4336	\$ 657.958	\$ 20.396.701
1966	Septiembre	30	\$ 585	0,12	126,15	1088,4336	\$ 636.734	\$ 19.102.009
1966	Octubre	31	\$ 605	0,12	126,15	1088,4336	\$ 657.958	\$ 20.396.701
1966	Noviembre	30	\$ 585	0,12	126,15	1088,4336	\$ 636.734	\$ 19.102.009
1966	Diciembre	31	\$ 605	0,12	126,15	1088,4336	\$ 657.958	\$ 20.396.701
1967	Enero	31	\$ 667	0,13	126,15	964,3716	\$ 642.754	\$ 19.925.364
1967	Febrero	28	\$ 602	0,13	126,15	964,3716	\$ 580.552	\$ 16.255.448
1967	Marzo	31	\$ 667	0,13	126,15	964,3716	\$ 642.754	\$ 19.925.364
1967	Abril	30	\$ 675	0,13	126,15	964,3716	\$ 650.951	\$ 19.528.525
1967	Mayo	31	\$ 698	0,13	126,15	964,3716	\$ 672.649	\$ 20.852.125
1967	Junio	30	\$ 675	0,13	126,15	964,3716	\$ 650.951	\$ 19.528.525
1967	Julio	31	\$ 698	0,13	126,15	964,3716	\$ 672.649	\$ 20.852.125
1967	Agosto	31	\$ 698	0,13	126,15	964,3716	\$ 672.649	\$ 20.852.125
1967	Septiembre	30	\$ 675	0,13	126,15	964,3716	\$ 650.951	\$ 19.528.525
1967	Octubre	31	\$ 698	0,13	126,15	964,3716	\$ 672.649	\$ 20.852.125
1967	Noviembre	30	\$ 675	0,13	126,15	964,3716	\$ 650.951	\$ 19.528.525
1967	Diciembre	31	\$ 698	0,13	126,15	964,3716	\$ 672.649	\$ 20.852.125
1968	Enero	31	\$ 907	0,14	126,15	899,8334	\$ 815.699	\$ 25.286.669
1968	Febrero	29	\$ 800	0,14	126,15	899,8334	\$ 719.417	\$ 20.863.088
1968	Marzo	31	\$ 907	0,14	126,15	899,8334	\$ 815.699	\$ 25.286.669
1968	Abril	30	\$ 882	0,14	126,15	899,8334	\$ 793.653	\$ 23.809.593

1968	Mayo	31	\$ 907	0,14	126,15	899,8334	\$ 815.699	\$ 25.286.669
1968	Junio	30	\$ 931	0,14	126,15	899,8334	\$ 837.745	\$ 25.132.348
1968	Julio	31	\$ 936	0,14	126,15	899,8334	\$ 842.244	\$ 26.109.567
1968	Agosto	31	\$ 962	0,14	126,15	899,8334	\$ 865.640	\$ 26.834.833
1968	Septiembre	30	\$ 910	0,14	126,15	899,8334	\$ 818.848	\$ 24.565.453
1968	Octubre	31	\$ 936	0,14	126,15	899,8334	\$ 842.244	\$ 26.109.567
1968	Noviembre	30	\$ 936	0,14	126,15	899,8334	\$ 842.244	\$ 25.267.323
1968	Diciembre	31	\$ 962	0,14	126,15	899,8334	\$ 865.640	\$ 26.834.833
1969	Enero	31	\$ 1.058	0,15	126,15	844,8545	\$ 894.025	\$ 27.714.776
1969	Febrero	28	\$ 915	0,15	126,15	844,8545	\$ 773.211	\$ 21.649.904
1969	Marzo	31	\$ 944	0,15	126,15	844,8545	\$ 797.374	\$ 24.718.584
1969	Abril	30	\$ 858	0,15	126,15	844,8545	\$ 724.885	\$ 21.746.555
1969	Mayo	31	\$ 972	0,15	126,15	844,8545	\$ 821.537	\$ 25.467.632
1969	Junio	30	\$ 1.058	0,15	126,15	844,8545	\$ 894.025	\$ 26.820.751
1969	Julio	31	\$ 1.001	0,15	126,15	844,8545	\$ 845.699	\$ 26.216.680
1969	Agosto	31	\$ 1.087	0,15	126,15	844,8545	\$ 918.188	\$ 28.463.824
1969	Septiembre	30	\$ 972	0,15	126,15	844,8545	\$ 821.537	\$ 24.646.096
1969	Octubre	31	\$ 1.001	0,15	126,15	844,8545	\$ 845.699	\$ 26.216.680
1969	Noviembre	30	\$ 1.058	0,15	126,15	844,8545	\$ 894.025	\$ 26.820.751
1969	Diciembre	31	\$ 1.058	0,15	126,15	844,8545	\$ 894.025	\$ 27.714.776
1970	Enero	31	\$ 1.186	0,16	126,15	777,7497	\$ 922.295	\$ 28.591.130
1970	Febrero	28	\$ 1.026	0,16	126,15	777,7497	\$ 797.660	\$ 22.334.483
1970	Marzo	31	\$ 1.250	0,16	126,15	777,7497	\$ 972.148	\$ 30.136.596
1970	Abril	30	\$ 1.090	0,16	126,15	777,7497	\$ 847.514	\$ 25.425.416
1970	Mayo	31	\$ 1.250	0,16	126,15	777,7497	\$ 972.148	\$ 30.136.596
1970	Junio	30	\$ 1.154	0,16	126,15	777,7497	\$ 897.368	\$ 26.921.029
1970	Julio	31	\$ 1.122	0,16	126,15	777,7497	\$ 872.441	\$ 27.045.663
1970	Agosto	31	\$ 1.218	0,16	126,15	777,7497	\$ 947.221	\$ 29.363.863
1970	Septiembre	30	\$ 1.306	0,16	126,15	777,7497	\$ 1.015.508	\$ 30.465.235
1970	Octubre	31	\$ 1.154	0,16	126,15	777,7497	\$ 897.368	\$ 27.818.397
1970	Noviembre	30	\$ 1.154	0,16	126,15	777,7497	\$ 897.368	\$ 26.921.029
1970	Diciembre	31	\$ 1.186	0,16	126,15	777,7497	\$ 922.295	\$ 28.591.130
1971	Enero	31	\$ 1.364	0,17	126,15	729,7233	\$ 995.488	\$ 30.860.143
1971	Febrero	28	\$ 1.500	0,17	126,15	729,7233	\$ 1.094.935	\$ 30.658.185
1971	Marzo	31	\$ 1.113	0,17	126,15	729,7233	\$ 812.109	\$ 25.175.380
1971	Abril	30	\$ 1.292	0,17	126,15	729,7233	\$ 943.094	\$ 28.292.830
1971	Mayo	31	\$ 1.113	0,17	126,15	729,7233	\$ 812.109	\$ 25.175.380
1971	Junio	30	\$ 1.292	0,17	126,15	729,7233	\$ 943.094	\$ 28.292.830
1971	Julio	31	\$ 1.669	0,17	126,15	729,7233	\$ 1.218.054	\$ 37.759.676
1971	Agosto	31	\$ 1.705	0,17	126,15	729,7233	\$ 1.244.251	\$ 38.571.785
1971	Septiembre	30	\$ 1.597	0,17	126,15	729,7233	\$ 1.165.660	\$ 34.969.798
1971	Octubre	31	\$ 1.705	0,17	126,15	729,7233	\$ 1.244.251	\$ 38.571.785
1971	Noviembre	30	\$ 1.669	0,17	126,15	729,7233	\$ 1.218.054	\$ 36.541.622
1971	Diciembre	31	\$ 1.705	0,17	126,15	729,7233	\$ 1.244.251	\$ 38.571.785
1972	Enero	31	\$ 1.558	0,20	126,15	639,9270	\$ 997.006	\$ 30.907.194
1972	Febrero	29	\$ 1.353	0,20	126,15	639,9270	\$ 865.821	\$ 25.108.816
1972	Marzo	31	\$ 1.517	0,20	126,15	639,9270	\$ 970.769	\$ 30.093.847
1972	Abril	30	\$ 1.435	0,20	126,15	639,9270	\$ 918.295	\$ 27.548.857
1972	Mayo	31	\$ 1.517	0,20	126,15	639,9270	\$ 970.769	\$ 30.093.847
1972	Junio	30	\$ 1.517	0,20	126,15	639,9270	\$ 970.769	\$ 29.123.078
1972	Julio	31	\$ 1.517	0,20	126,15	639,9270	\$ 970.769	\$ 30.093.847
1972	Agosto	31	\$ 1.517	0,20	126,15	639,9270	\$ 970.769	\$ 30.093.847
1972	Septiembre	30	\$ 1.394	0,20	126,15	639,9270	\$ 892.058	\$ 26.761.747
1974	Marzo	31	\$ 1.703	0,28	126,15	452,4194	\$ 770.253	\$ 23.877.844
1974	Abril	30	\$ 1.962	0,28	126,15	452,4194	\$ 887.493	\$ 26.624.789
1974	Mayo	31	\$ 2.148	0,28	126,15	452,4194	\$ 971.887	\$ 30.128.506
1974	Junio	30	\$ 1.757	0,28	126,15	452,4194	\$ 795.100	\$ 23.852.997
1974	Julio	31	\$ 1.757	0,28	126,15	452,4194	\$ 795.100	\$ 24.648.097

1974	Agosto	31	\$ 2.426	0,28	126,15	452,4194	\$ 1.097.687	\$ 34.028.298
1974	Septiembre	28	\$ 1.538	0,28	126,15	452,4194	\$ 695.712	\$ 19.479.947
1974	Octubre	30	\$ 1.648	0,28	126,15	452,4194	\$ 745.406	\$ 22.362.185
1974	Noviembre	30	\$ 1.648	0,28	126,15	452,4194	\$ 745.406	\$ 22.362.185
1974	Diciembre	31	\$ 1.812	0,28	126,15	452,4194	\$ 819.947	\$ 25.418.350
1975	Enero	31	\$ 2.128	0,35	126,15	358,0678	\$ 762.022	\$ 23.622.685
1975	Febrero	28	\$ 2.197	0,35	126,15	358,0678	\$ 786.603	\$ 22.024.896
1975	Marzo	31	\$ 3.095	0,35	126,15	358,0678	\$ 1.108.374	\$ 34.359.592
1975	Abril	30	\$ 2.624	0,35	126,15	358,0678	\$ 939.405	\$ 28.182.159
1975	Mayo	31	\$ 2.793	0,35	126,15	358,0678	\$ 1.000.083	\$ 31.002.588
1975	Junio	30	\$ 2.937	0,35	126,15	358,0678	\$ 1.051.541	\$ 31.546.243
1975	Julio	31	\$ 2.588	0,35	126,15	358,0678	\$ 926.680	\$ 28.727.067
1975	Agosto	15	\$ 1.304	0,35	126,15	358,0678	\$ 467.046	\$ 7.005.687
1975	Septiembre	30	\$ 2.334	0,35	126,15	358,0678	\$ 835.766	\$ 25.072.985
1975	Octubre	31	\$ 2.360	0,35	126,15	358,0678	\$ 844.951	\$ 26.193.468
1975	Noviembre	30	\$ 2.540	0,35	126,15	358,0678	\$ 909.510	\$ 27.285.307
1975	Diciembre	31	\$ 2.128	0,35	126,15	358,0678	\$ 762.022	\$ 23.622.685
1976	Enero	31	\$ 2.969	0,41	126,15	304,0354	\$ 902.635	\$ 27.981.699
1976	Febrero	29	\$ 275	0,41	126,15	304,0354	\$ 83.488	\$ 2.421.155

TOTAL SALARIO DEVENGADO: \$4.086.281.640

TOTAL DÍAS LABORADOS: 5295 días

SALARIO PROMEDIO MENSUAL: \$771.724,58 (Total salario / total días)

TOTAL SEMANAS LABORADAS: 756.4

SALARIO PROMEDIO SEMANAL: (($\$771.724,58/30$) * 7): \$180.069,07

Aplicando estas variables a la fórmula establecida en la norma referida (L:SBC*SC*PPC), se obtiene como indemnización sustitutiva en favor de la demandante en la suma de \$3.098.646, que resulta inferior a la que tasó la juez de primera instancia (\$3.599.102), razón por la que se revocará dicha decisión y se absolverá a la entidad de todas las pretensiones incoadas.

Cabe precisar frente a la liquidación de indemnización sustitutiva que aportó la parte actora con la demanda (ver folio 27), que en ella no se tomó el detalle de los salarios devengados mes a mes para liquidar el promedio semanal (SBC) como corresponde, sino el *“total anual incluyendo factores salariales”* certificado por el Ministerio del Trabajo para el año 1976 (\$3.243,45 – ver folio \$3.243.45), lo que resulta equivocado.

COSTAS en primera instancia a cargo de la parte demandante.


SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia. En su lugar se **ABSUELVE** a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP de las pretensiones incoadas en su contra por MARIA ANGUSTIA RAMÓN DE BARAJAS.
2. **COSTAS** en primera instancia a cargo de la parte demandante.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE NELSON ERNESTO PERDOMO ORDÓÑEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y
CESANTÍAS**

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

Como la ponencia presentada por la magistrada MARLENY RUEDA OLARTE no fue aceptada, se reúne nuevamente la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver, con el criterio mayoritario, los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., y estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 22 de agosto de 2019 por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la nulidad del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NELSON ERNESTO PERDOMO ORDÓÑEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, para que mediante los trámites de un proceso

ordinario laboral se declare la nulidad del traslado de RPM al RAIS, ocurrido en el mes de diciembre de 2002, y el posterior traslado horizontal entre fondos privados ocurrido en el mes de octubre de 2005, con fundamento en que fue inducido en error por parte de los asesores del fondo pues no le suministraron información clara, veraz y suficiente sobre los efectos del traslado de régimen, ni sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS, pese a que tenía una expectativa legítima de causar su derecho pensional en el RPM por contar con 1023 semanas cotizadas. Como consecuencia de lo anterior pide que se disponga el retorno automático al RPM administrado por COLPENSIONES, la devolución a esta entidad de todos los valores que hubiese recibido el RAIS con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil, y el reconocimiento de la pensión de vejez regulada en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, junto con el pago del retroactivo pensional causado a partir del momento en que acreditó los requisitos para acceder a la pensión, los intereses moratorios que se generen y el pago indexado de las mesadas pensionales (ver demanda en folios 6 a 17 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado entre regímenes pensionales, pues le faltan menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para adquirir el derecho pensional, y advirtió que el actor no era beneficiario del régimen de transición por edad ni por tiempos de servicios, y que la entidad que tiene a cargo el reconocimiento pensional es PORVENIR S.A. Propuso como excepciones: *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 125 a 135 del expediente).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que el demandante gozaba de capacidad de goce y ejercicio para el momento en el que se le brindó asesoría y expresó su consentimiento exento de vicios con la suscripción del formulario de afiliación, por lo que de haberse presentado un problema con la información suministrada, el actor debió acudir a los canales de comunicación con los que cuenta el fondo privado de pensiones. Propuso como excepciones *falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento y la innominada o genérica* (folios 174 a 193, y 226 del expediente).

Igualmente contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que al demandante se le suministró información acorde con lo dispuesto en las normas legales vigentes en la época y con los lineamientos establecidos por la Superintendencia Financiera en la materia, por lo que tomó una decisión informada y consciente, de lo cual dejó constancia expresa al suscribir el formulario de afiliación. Propuso como excepciones la de *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 204 a 214).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de agosto de 2019, mediante la cual el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la nulidad del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las*

demandadas conforme a las consideraciones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha trece de noviembre del año 2002 efectuado por el demandante con la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus respectivos rendimientos y bono pensional si a ello hubiere lugar. CUARTO: ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a recibir al demandante en el régimen de prima media con prestación definida e incluir las semanas cotizadas por éste en el régimen de ahorro individual con solidaridad a efectos de consolidar su historia laboral. QUINTO: ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las pretensiones relacionadas con el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del demandante a partir del cumplimiento de la edad así como los intereses moratorios e indexación. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada PORVENIR S.A. y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes, SIN COSTAS respecto de COLFONDOS y COLPENSIONES. SÉPTIMO: en caso de no ser apelada la presente decisión y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES envíese al Superior en el grado jurisdiccional de CONSULTA” (CD 2, hora 1, minuto 41:00). La anterior decisión fue adicionada por el juez de primera instancia en los siguientes términos: “frente a la solicitud de adición que se hace de la sentencia y teniendo en cuenta la nulidad que se declara es procedente adiclarla en el sentido de que las cosas retornan a su estado original y en esa medida no es procedente que las administradoras de fondos de pensiones efectúen descuento alguno por concepto de gastos de administración y/o pólizas para efectos de cubrir los riesgos de invalidez y muerte, por ello, se adiciona el numeral TERCERO de la sentencia en el sentido de señalar que se CONDENAN a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos

pensionales con todos sus frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y/o pólizas que se hayan contratado durante la afiliación durante el tiempo que el demandante permaneció afiliado al régimen de ahorro individual” (CD 2, hora 1, minuto 44:27).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que no se presentó prueba que dé cuenta de la información que se le dio al demandante al momento de suscribir su formulario de traslado de régimen, y advirtió que el demandante tenía una expectativa legítima de acceder a una pensión de vejez en el RPM, pues contaba para ese entonces con más de 1000 semanas en dicho régimen, y que el cambio normativo introducido por la Ley 797 de 2003 le impidió al afiliado la posibilidad de retornar al RPM de forma oportuna. Negó el reconocimiento del derecho pensional dado que no se demostró el retiro del actor para entender que operó su desafiliación del Sistema.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de la parte actora, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.

El apoderado de la parte demandante pide que se condene a COLPENSIONES a reconocer pensión de vejez, pues el demandante cumple con la edad y la densidad de semanas para acceder al derecho pensional. Afirma que si bien se hay una diferencia entre la causación y el disfrute el derecho pensional, lo que se reclama en la demanda es que se declare que ya existe el derecho siendo el disfrute un tema accesorio al principal, y advierte que no le son oponibles las cargas administrativas al afiliado, pues exigirle que demuestre el retiro del Sistema en este momento resulta una carga imposible si se tiene en cuenta el presente trámite judicial que tuvo que adelantar (CD 2, hora 1, minuto 46:19)¹.

¹ *“Muchas gracias señor Juez, interpongo recurso de apelación de manera parcial en contra de la decisión por usted adoptada, esto es respecto de la absolución contenida en el numeral quinto de la parte resolutive en donde se absolvió a Colpensiones del reconocimiento de la pensión de vejez, recurso que sustento de la siguiente manera. Como bien lo indicó el despacho el señor Nelson Ernesto Perdomo Ordóñez cumple con los requisitos para el*

En el recurso de PORVENIR pide su apoderado que se revoque el numeral segundo de la sentencia dictada en primera instancia y se le absuelva de todas las pretensiones y de la condena en costas. Afirma que no se desconoció el deber de información que regulaban las normas vigentes para la época en la que operó el traslado de régimen pensional (año 2002), como lo prueba el formulario de afiliación suscrito por el demandante, pues en ese momento las

reconocimiento de la pensión de vejez, esto es la edad y las semanas de cotización como se indica en el artículo 33 de la Ley 100 del año 93. En principio y de manera pues digamos que principal la revocatoria que se solicita es que se reconozca ese derecho por cuanto ya se encuentra causado, haciendo especial énfasis en que la jurisprudencia ha definido una diferencia clara entre la causación y el disfrute, como la pretensión que se está reclamando es que se declare que existe ya un derecho y el tema del disfrute pues sería un tema digamos que accesorio al principal, considero que debe revocarse la sentencia en el sentido de que al reunirse y verificarse el cumplimiento de los requisitos tanto de edad como de semanas, y que en virtud de la nulidad las cosas vuelven a su estado inicial, tanto así que fue definido en la sentencia que se activara nuevamente la afiliación del señor Nelson en el régimen de prima media obligando a Colpensiones a recibir los dineros que sean trasladados, téngase en cuenta por parte de la Honorable Sala del Tribunal Superior de Bogotá la Sala Laboral, que el señor Nelson ha cumplido con los requisitos señalados en artículo 33 de la Ley 100, semanas y edad y que la pretensión debe generar más allá de esa congruencia y en el ámbito laboral la interpretación correspondiente por los Jueces Laborales en que esa declaración debe darse, esto es, en que se ha causado el derecho y que para efectos del disfrute ratifico la petición inicial de reconocérsela a partir del momento en que ha cumplido los requisitos, esto es, los 62 años, atendiendo que la obligación del retiro o la circunstancia del retiro del sistema no puede recaer dicho trámite administrativo en mi representado como quiera que no ha sido culpa de él o no ha sido falta de voluntad de él retirarse del sistema, por el contrario, se ha hecho digamos que el reconocimiento de que ha cumplido con los requisitos pero no ha podido retirarlo precisamente por una discusión jurídica ajena a él y es este proceso judicial. En este entendido la jurisprudencia de la Corte Suprema en su Sala Laboral ha indicado en varias oportunidades, me disculpa la imprecisión por este tema de la oralidad no tengo los radicados acá, en donde se ha señalado que esa carga administrativa no le corresponde al afiliado asumirla cuando son circunstancias ajenas al propio afiliado que le impiden realizar tal situación, eso en principio, para que sea reconocida desde ese momento, no obstante y no desconociéndose el artículo 1335 del Decreto 758 del año 90 que reglamentó el Acuerdo 049 del mismo año, téngase en cuenta que al momento de tener reunidos los requisitos para el reconocimiento de la pensión y si se supedita dicho reconocimiento, perdón, dicho disfrute al retiro efectivo como ha sido indicado en las normas, se reconozca el derecho al pago de la mesada pensional a partir del momento en que se acredite el retiro del sistema de seguridad social advirtiendo que esta es una circunstancia de manera subsidiaria que puede ser tramitada a través de los principios ultra y extra petita contenidos en el artículo 50 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social y que en beneficio y reconocimiento del derecho a la seguridad social, mínimo vital y dignidad de mi representado, considero que debe reconocerse el derecho pensional primero a partir del momento en que se cumplen los requisitos por no ser imputable al afiliado el retiro imposible del sistema debido al trámite judicial que se ha estado adelantando y segundo, que si no se tiene la fecha efectiva del reconocimiento y disfrute a partir del momento en que cumple con los requisitos, se ordene reconocer la mesada pensional a partir del momento del retiro efectivo del sistema en una aplicación integral, favorable y más beneficiosa para mi representado, en estos términos dejo presentado el recurso y sustentado el recurso de apelación para que en virtud del principio de consonancia contenido en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social se resuelva por la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, muchas gracias”.

normas no exigían dejar constancia por escrito de la información suministrada. Además, advirtió que con la posición jurídica plasmada en la sentencia se está asumiendo que la actuación del fondo privado fue de mala fe y lo que ocurrió fue que el afiliado desatendió sus obligaciones como consumidor financiero, lo que denota un actuar negligente y falta de interés frente a su futuro pensional, y que no se puede atribuir al fondo responsabilidad alguna por el cambio normativo que modificó la prohibición legal de efectuar traslados entre regímenes pensionales (CD 2, hora 1, minuto 51:58)².

² “Su señoría de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho teniendo en cuenta los siguientes aspectos. Dentro del escrito de contestación de demanda como dentro de lo adelantado en el presente proceso, en ningún momento se desconoció el deber de información que le asistía a mi representada para con el demandante, incluso considerando que el traslado de régimen lo efectuó en su momento con Horizonte que era una AFP independiente de mi representada y que como bien se consideró en la parte considerativa, dicho deber de información ha atendido a un carácter evolutivo, histórico a favor de los afiliados y a cargo de las administradoras de pensiones. En este aspecto, considera este apoderado que no se efectuó un análisis referente al deber de información que le asistía en su momento a Horizonte al momento en que se suscribió o se legitimó dicho acto jurídico, es decir, para el año 2002 cuando el demandante suscribe el formulario de afiliación. En el entendido que como se manifestó, las leyes y decretos reglamentarios que para tal aspecto obligaban a las administradoras de pensiones, no exigían dejar por escrito la información que se le daba a los afiliados y como consideró el fallador de primera instancia frente a que no existía prueba de la información, estamos partiendo desde un primer aspecto de la mala fe de la administradora de pensiones referente a que como no existir una prueba se está concluyendo de que no se le suministró información, y en segundo aspecto, que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para acreditar la voluntad y la asesoría que se le dio al demandante. Yendo por encima de este aspecto, dentro de los Decretos sobre todo el 692 de 1994, donde contiene expresamente cuáles son los requisitos que debe contener ese formulario de afiliación que era para el momento del traslado del demandante la exigencia legal que le asistía en su momento a Horizonte hoy Porvenir, en esos aspectos considero pues que el análisis realizado frente a la línea jurisprudencial que ha trazado la Corte, no permite ver o desde un aspecto los medios probatorios, esto es, el formulario de afiliación, más aun cuando en él se contiene una característica propia y era que al demandante se le informó referente a si era o no beneficiario del régimen de transición, de que no iba a realizar aportes voluntarios y la firma del formulario acredita el consentimiento del demandante, que no haya obtenido o no haya atendido al deber objetivo de cuidado que como consumidor financiero le asiste no es una carga que mi representada en su momento haya o tenga que asumir, más con su mismo interrogatorio de parte asumió su falta de interés frente a su situación pensional y que frente al interrogatorio de parte el despacho se atiende simplemente solo a las afirmaciones que da el demandante frente a una posible falta de información de mi representada, más aun cuando es un medio probatorio que por reglas de principio probatorio no puede atenderse a dichas cuestiones, sino frente a las confesiones que da el demandante porque es una prueba solicitada por mi representada y por la AFP Colfondos. En ese aspecto, condiciones como la negligencia por parte del demandante de su situación o de informarse frente a su situación pensional no fueron tenidas en cuenta. También se le atribuye a mi representada una prohibición legal que presentó el legislador con la Ley 797 del 2003, referente a que el demandante como bien ya se indicó, realiza un traslado de régimen en el año 2002, en ese aspecto cómo mi representada iba a saber de la expedición de una ley en la cual se iba a plasmar una prohibición legal, en ese sentido siendo que este traslado de régimen es anterior a la promulgación de la ley, no puede endilgársele a mi representada tal prohibición legal o que por haber realizado ese traslado de régimen estando el demandante dentro de la facultad legal que le permitía atribuírsele que tal prohibición legal

En el recuso de COLFONDOS S.A. pide su apoderado que se revoque parcialmente el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en cuanto dispuso el traslado de las sumas adicionales sin efectuar descuentos por concepto de gastos de administración. Afirma que la consecuencia de la anulación es la devolución de los aportes y rendimientos financieros que trajo consigo la vinculación del demandante en el RAIS, por lo que no se puede ordenar la devolución de las sumas que fueron pagadas a las aseguradoras para garantizarle cobertura por los riesgos de invalidez o muerte durante su vinculación, ni de los gastos de administración, pues además de que ello no hizo parte de la fijación del litigio, estaría en contra del efecto jurídico de restituciones mutuas que establece el artículo 1746 del Código Civil, si se tiene en cuenta que las cotizaciones del afiliado no sufrieron deterioro alguno y por el contrario sí se incrementaron en virtud de los rendimientos financieros que obtuvo el fondo con su buena administración (CD 2, hora 1, minuto 58:10)³.

pues es un aspecto que sea responsable mi representada porque son aspectos totalmente ajenos a lo que frente al deber de información le asiste, por los anteriores argumentos solicito Honorable Tribunal revocar la decisión frente al numeral segundo de la decisión emitida por el despacho y en su lugar absolver a mi representada de todas las pretensiones y costas instauradas en la demanda, gracias”.

³ *“Gracias su señoría, de manera respetuosa presento recurso de apelación parcial con relación al numeral tercero para lo cual solicito al Honorable Tribunal del Distrito Judicial Sala Laboral revoque de manera parcial lo atinente a que se condene a Colfondos S.A. al traslado de las sumas adicionales sin descuentos de gastos de administración, para ello solicito tener en cuenta que tanto en la fijación del litigio como en las consideraciones efectuadas por el Juzgador de primera instancia, se fijó la declaratoria de la nulidad de la afiliación y por lo tanto, no se puede dar de manera indiscriminada e indistinta los efectos que surgen a partir de la declaratoria de la nulidad o de la declaratoria de ineficacia. Nótese que desde la fijación del litigio y en los argumentos se establecieron y se esgrimieron por el Juzgador todos y cada uno de los aspectos relacionados con la declaratoria de la nulidad y en el numeral tercero no se está haciendo distinción entre lo fijado en el litigio y las consecuencias que este trae. Para ello es importante precisar, que la declaratoria de nulidad trae consigo única y exclusivamente la devolución de gastos y rendimientos que trajo consigo la vinculación de la parte actora en el régimen de ahorro individual con solidaridad, caso indistinto que llevaría en el caso de que se hubiera declarado la ineficacia de la afiliación, restituir las cosas a su estado originario. Debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional ha realizado de manera clara un pronunciamiento tanto en la diferencia en que trae consigo la nulidad como la ineficacia y los efectos que esto produce, por lo tanto, no hay lugar a que se declare que mi representada deba trasladar sumas adicionales, esto es, las sumas que le corresponden a las aseguradoras, como quiera que dichos aportes no obran en la cuenta de ahorro individual del demandante por cuanto mi representada en su oportunidad y durante la vinculación del demandante tuvo contratadas Aseguradoras en las cuales estaban con la capacidad de enfrentar o de cubrir las contingencias de invalidez o de muerte en el evento en que estas se hubieran presentado, pero pues igual no ocurrieron o no acaecieron durante la vinculación del demandante con Colfondos. Igualmente, debe tenerse en cuenta que no se puede castigar a mi representada de manera general sobre hechos distintos a los ocurridos tanto en la fijación del litigio como en los de la demanda, ya que el proceso que está en esta controversia no se probó como en derecho corresponde alguna de las causales de vicios del consentimiento que declararan la*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En este proceso la Sala estudió el proyecto de decisión propuesto por la ponente inicial Dra. MARLENY RUEDA OLARTE el 30 de octubre de 2020, que no fue aceptada, y por ello pasa a desatar la controversia con base en la decisión mayoritaria así:

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

ineficacia o como se solicitó dentro del presente proceso, igualmente debe tenerse en cuenta que en lo referente a los gastos de administración, este deber está consagrado en la ley, no es una decisión de mi representada de realizarlos por cuanto desde la creación de la Ley 100 de 1993 junto con sus modificaciones en la Ley 797 ha sido claro en establecer que los gastos de administración van dirigidos a aquellas administradoras que, valga la redundancia, administren recursos y es así, que dichos gastos de administración no van dirigidos única y exclusivamente al régimen de ahorro individual sino también al régimen de prima media con prestación definida. De otro lado, debe tenerse en cuenta que no existe norma que faculte al operador para obligar al menoscabo de los derechos de mi representada a devolver dichos dineros como quiera que a la luz del artículo 1746 del Código Civil es claro en establecer que “en las restituciones mutuas en las que haya hacerse las contratantes en virtud de este pronunciamiento será cada cual responsable de la pérdida de especie o su deterioro, de los intereses y frutos y abono a las mejoras necesarias, útiles o voluptuarias tomándose en consideración los casos fortuitos y la posesión de buena o mala fe de las partes, todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo”, al no haber sufrido unas cotizaciones efectuadas por el demandante un deterioro alguno por el contrario las mismas se incrementaron en virtud de los rendimientos que se generaron por la buena administración de mi representada que muy seguramente en el régimen de prima media con prestación definida y dada su naturaleza no se hubiera generado, pues no hay lugar a responder por parte de mi representada por concepto alguno diferente al traslado de los aportes, rendimientos financieros de su cuenta de ahorro individual y bonos si este hay lugar, en estos términos señores Magistrados solicito la revocatoria parcial del numeral tercero ordenando a Colfondos S.A. al traslado a la Administradora Colombiana de Pensiones única y exclusivamente en lo atinente a los aportes, rendimientos y bono si a ello hay lugar, en estos términos dejo sustentado mi recurso, muchas gracias”.

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 47 años de edad y había cotizado 1018.43 semanas⁴, para la fecha entrada en

⁴ Ver las historia laboral de COLPENSIONES obrante en folios 137 a 144 del expediente.

vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 11 años, 5 meses y 20 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad mínima de pensión en el RPM (tenía 62 años de edad – ver folios 43 y 112).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6 7}, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

⁵ *Ibídem*.

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR (dada la fusión por absorción de la AFP HORIZONTE) no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de forma que le permitiera *comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión* -como exige la Sala Laboral de la Corte-. No se obtiene prueba de ello por confesión en el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues indicó que los asesores comerciales del fondo privado le ofrecieron que tendría mejores condiciones que las que tendría en el ISS, y que esta entidad se iba a acabar y que el bono pensional se iba a perder si no se trasladaba (CD 2, minuto 16:30).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia del actor en el RAIS, o el posterior traslado horizontal entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó el 13 de noviembre de 2002 a HORIZONTE, hoy PORVENIR, y posteriormente se trasladó a la AFP COLFONDOS el 25 de agosto de 2005, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliado – ver folios 77, 78, 194 y 216).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación del demandante, como aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, sin poder efectuar deducción alguna por concepto de gastos de administración y/o pólizas que se hayan contratado durante la afiliación, pues así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte en el precedente que se está siguiendo (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de

2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Se debe aclarar sin embargo de la decisión de primera instancia que ordenó el traslado de traslado de las sumas de dinero con *“todos sus frutos e intereses”* se debe entender que hace referencia a los rendimientos financieros que haya generado la cuenta de ahorro individual del demandante hasta el momento en que sean entregadas a COLPENSIONES, y que tratándose de la devolución de los gastos de administración, estos se deben trasladar debidamente indexados; así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia en las sentencias indicadas (ver SL 1688 de 2019).

Igualmente se confirmará la decisión apelada en cuanto se abstuvo de ordenar el pago de la pensión. COLPENSIONES tendrá a su cargo la obligación pensional del demandante cuando se haga efectiva la anulación del traslado e ingresen los aportes y recursos que la financiarán, pues no se le puede endilgar ninguna responsabilidad por las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encuentra cometidas por los Fondos de Pensiones. Solamente cuando se reciban los aportes y los demás emolumentos de los Fondos privados, podrá esta entidad (COLPENSIONES) definir las normas que se aplican por vigencia o transición para regular el derecho, el valor de la mesada que corresponde conforme a la actualización y consolidación del historial de cotizaciones, y solo desde el retiro del Sistema tendrá a su cargo el pago de la primera mesada pensional.

Asimismo se confirmará la condena en costas a PORVENIR S.A, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso o la instancia, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda como ocurrió en el caso bajo estudio (ver folios 204 a 214).

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

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

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO

EXP. 32 2018 00375 01

Nelson Ernesto Perdomo Ordóñez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otros

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA ROCÍO VANEGAS FETECUA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

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

Como la ponencia presentada por la magistrada MARLENY RUEDA OLARTE no fue aceptada, se reúne nuevamente la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver, con el criterio mayoritario, el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia dictada el 7 de octubre de 2020 por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la prescripción de la acción para reclamar la anulación del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA ROCÍO VANEGAS FETECUA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 25 de junio de 1999, con fundamento en que el fondo privado no le informó sobre las implicaciones del cambio de régimen pensional, ni sobre la

naturaleza o desventajas del RAIS, ni la ilustró con escenarios comparativos de pensión en ambos regímenes pensionales. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare que siempre ha permanecido afiliada en el RPM, se ordene la devolución, con destino a COLPENSIONES, de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, comisiones y demás emolumentos, y se reconozca a su favor la pensión de vejez bajo los parámetros de la normatividad que regula dicho régimen, o las normas anteriores en caso de que resulten más favorables, junto con los intereses de mora que se generen (ver demanda en folios 2 a 26 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de régimen es válido, se encuentra vigente, y la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para retornar al RPM. Advirtió que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el fondo privado asesoró a la demandante en el momento de su afiliación en el RAIS, por lo que se deben probar las omisiones o engaños en los que pudo incurrir la AFP para conseguir el traslado. Propuso como excepciones la de *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, buena fe de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción, y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 112 a 123).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación se realizó de manera libre, voluntaria y espontánea, después de que se suministró información necesaria y se plantearon todos los escenarios posibles a la demandante, para que pudiera realizar su elección y manifestar su voluntad en el formulario de afiliación que suscribió. Por ello, manifiesta que no se configuró ningún tipo de vicio del consentimiento o engaño. Propuso como excepciones la de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos*

públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica (ver contestación en folios 153 a 180 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de octubre de 2019, mediante la cual el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la prescripción de la acción para reclamar la anulación del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción que fuese formulada tanto por COLPENSIONES como por PROTECCIÓN S.A. conforme a las consideración expuestas. SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MARTHA ROCIO VANEGAS FETECUA. TERCERO: CONDENAR en COSTAS a la demandante y a favor de las demandadas tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente a favor de cada una de ellas. CUARTO: en caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable a la demandante REMÍTASE al Superior en el grado jurisdiccional de CONSULTA”* (CD 4, minuto 59:00).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que, pese a que la información que suministró el fondo privado a la actora es insuficiente, dado que no se le explicó que perdería el régimen de transición del que era beneficiaria, la acción para reclamar la anulación del traslado de régimen se encuentra prescrita, pues ella elevó solicitud de afiliación ante el ISS en el año 2011 advirtiendo que era beneficiaria del régimen de transición, y recibió respuesta el 25 de julio de 2011, por lo que transcurrieron más de 7 años entre el momento en el que se brindó dicha respuesta y la presentación de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la parte demandante pide que revoque en su integridad la sentencia de primera instancia. Afirma que se debe aplicar la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para anular el cambio de régimen de la demandante, pues para el momento del traslado la actora tenía una expectativa pensional en el RPM si se tiene en cuenta que contaba 40 años de edad, 638,28 semanas cotizadas, y era beneficiaria del régimen de transición, por lo que el fondo tenía los elementos para realizar una proyección pensional acertada. Señaló que si bien presentó solicitud ante el ISS en el año 2011, solo hasta el año 2017 conoció las implicaciones reales del traslado realizado en el año 1999, por lo no se puede concluir la prescripción de la acción en el caso bajo estudio (CD 4, hora 1, minuto 00:03)¹.

¹ *“Muchas gracias, muy respetuosamente señor Juez interpone recurso de apelación por la providencia aquí proferida por este Juzgado, para que el Honorable Tribunal de Bogotá Sala Laboral revoque en su totalidad el fallo atacado, lo anterior lo sustentó en los siguientes términos. Primero, la señora Martha Rocío Vanegas nació el tres de febrero de 1959 y en la actualidad cuenta con 60 años, para la fecha en que realizó el traslado de régimen pensional tenía 40 años, tenía un total de 683,28 semanas cotizadas y cotizaba sobre 5,46 salarios mínimos legales mensuales vigentes para la fecha, por lo anterior, tenía una expectativa pensional, lo cual la AFP tenía todo para brindar una proyección acertada en la época. Sobre la línea jurisprudencial que ha dejado o que ha plasmado la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, debe manifestarse que para que se predique la nulidad de la afiliación, la AFP debió haber incumplido con una información completa, veraz, adecuada, suficiente y comprensible a sus potenciales afiliados, es más, hasta el momento en el que se llegue a disfrutar de su pensión, caso aquel que no ocurrió. Se agrega que la elección del régimen pensional trasciende al deber de informar, esto es, que las AFP's tienen un reglamento interno el cual les establece brindar un buen consejo, que no solamente las diferentes sentencias de la Corte Suprema sino también la Superintendencia Financiera y el Decreto 720 de 1994 establece el deber que tienen los promotores de las AFP's. Del acervo probatorio recaudado y discutido se puede evidenciar que la AFP Colmena hoy Protección aportó formulario de afiliación, quien como se dijo la demandante no llenó, fue su asesora, ella solamente se encargó de firmarlo, no es prueba suficiente la cual demuestre la obligación que tenía el fondo de brindar un buen consejo, esto es, para que la señora Vanegas tomara una decisión libre y voluntaria del régimen pensional que más le convenía, jamás se le hicieron proyecciones, jamás se le indicaron puntos desfavorables o comparaciones entre cada régimen y no le dijeron que era beneficiaria del régimen de transición por lo tanto nunca le esclarecieron cuáles eran los beneficios que perdería al realizar el traslado. De igual manera se deja en claro que la única asesora que la atendió le dijo que era más favorable cambiarse debido al salario que devengaba, que porque su mesada sería mejor, que para el año 2011 no se desconoce que realizó o presentó una petición ante Colpensiones solicitando el traslado el cual fue negado pero queremos resaltar que solamente hasta el 2017 después de un estudio pensional aterrizado por parte de la firma al cual la representa, conoció las implicaciones reales que le ocasionaron el traslado realizado en el año 1999, esto es, que pues no aplicaría la prescripción para este caso, se agrega que la demandante el día de hoy pues sufraga los gastos de su hogar, que es la que paga la universidad de su hijo y que actualmente tiene 60 años y todavía se encuentra laborando, es más, ya debería estar disfrutando de su pensión. Por último, se deja en claro que la sentencia SL 1452 del 2009 del tres de abril del año actual establece la inversión de la carga de la prueba el cual la AFP tiene la obligación de demostrar que cumplió*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En este proceso la Sala estudió el proyecto de decisión propuesto por la ponente inicial Dra. MARLENY RUEDA OLARTE el 30 de octubre de 2020, que no fue aceptada, y por ello pasa a desatar la controversia con base en la decisión mayoritaria así:

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

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

con todos y cada uno de los deberes sobre la asesoría que debió dar, es decir, para que este acto sea válido hoy en día, muchísimas gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 40 años de edad y había cotizado 672.43 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años, 10 meses y 6 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad de pensión (tenía 59 años de edad – ver folios 27, 28 y 107).

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

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

² Ver las historias laborales de COLPENSIONES y formularios CLEPB de los tiempos laborados por la actora para el Colegio Mayor de Cundinamarca, el Instituto Agustín Codazzi y el Ministerio del Interior (folios 29, 31, 37 y 44).

³ *Ibidem*.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión". En este sentido: (i) "El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) "Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información

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

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

⁵ Sentencia STL3187-2020: "Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen -de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y que la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal debe revocar la sentencia de primera instancia pues la AFP no demostró haber brindado toda la información pertinente en el momento de suscripción del formulario, para que la demandante pudiera haber expresado su consentimiento conociendo las ventajas y desventajas de cada régimen, y todas las implicaciones de su decisión. No se obtiene prueba de ello en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues allí informó que los asesores le dijeron que CAJANAL estaba en proceso de desaparecer y que lo mismo iba a ocurrir con el ISS, por lo que convenía trasladarse a un fondo privado donde iba a recibir una pensión

más onerosa por el salario que percibía, y donde se podría pensionar a cualquier edad (CD 3, minuto 23:14). Los testimonios rendidos por EISLEANE SUÁREZ (CD 3, minuto 49:46) y CARLOS EDUARDO BERNAL MOLINA (CD 3, hora 1, minuto 03:04) no son útiles porque no son testigos directos dado que no estuvieron presentes en el momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación.

Se declarará entonces -en las mismas palabras usadas por la corte- la *ineficacia del traslado* de régimen de la demandante, y se dictarán las condenas con el mismo criterio que en esta materia ha trazado esa Corporación, según el cual, se debe ordenar el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y los gastos de administración que cobró la AFP (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). En palabras de la Sala Laboral de la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no se puede entender como un *“saneamiento”* la permanencia de la actora en el RAIS.

También se debe advertir que el traslado de los aportes se debe efectuar a COLPENSIONES, pues así se pidió en la demanda, y esta entidad (vinculada válidamente al proceso) no propuso excepción alguna frente a los hechos expuestos por la demandante (su afiliación anterior se hizo en CAJANAL – según se observa en los formato CLEPB aportados al proceso a folios 31, 37 y 44). Pero de todas formas, para situaciones como la referida, el artículo 4° del Decreto 2196 de 2009 impuso a CAJANAL en Liquidación el deber de adelantar

EXP. 32 2018 00552 01
Martha Rocío Vanegas Fetecua Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otro

las acciones que fueran necesarias para trasladar a los afiliados cotizantes que no hubiesen cumplido los requisitos para obtener la pensión de jubilación o de vejez dentro del mes siguiente a la vigencia de dicho Decreto (es decir, para el 12 de julio de 2009), al ISS, hoy COLPENSIONES.

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

No se ordenará el pago de la pensión, como reclama la demanda, pues COLPENSIONES tendrá a su cargo la obligación pensional del demandante cuando se haga efectiva la anulación del traslado e ingresen los aportes y recursos que la financiarán. No se le puede endilgar a esta entidad ninguna responsabilidad por las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encuentra cometidas por los Fondos de Pensiones. Por ello, solamente cuando se reciban los aportes y los demás emolumentos de los Fondos privados, podrá COLPENSIONES definir las normas que se aplican por vigencia o transición para causar el derecho, el valor de la mesada que corresponde conforme a la actualización y consolidación del historial de cotizaciones, y solo desde el retiro del Sistema tendrá a su cargo el pago de la primera mesada pensional.

Por las resultas del proceso las COSTAS en primera instancia corren a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.


SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **DECLARAR** la ineficacia del traslado de MARTHA ROCÍO VANEGAS FETECUA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
2. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar los valores correspondientes a los saldos, cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, así como toda la información contenida en la historia laboral de MARTHA ROCÍO VANEGAS FETECUA.
3. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
4. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
5. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GLORIA NIDIA SARMIENTO RIAÑO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, sobre la sentencia dictada el 7 de octubre de 2020 por el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase al doctor John Jairo Rodríguez Bernal, identificada con T.P. 325.589, para actuar como apoderado de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, en los términos y para los fines del poder conferido (ver Escritura pública No. 1717 del 16 de octubre de 2019 y apoderados judiciales de GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLORIA NIDIA SARMIENTO RIAÑO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado de RPM al RAIS, ocurrido en el mes de noviembre de 1994, y el posterior traslado horizontal entre fondos privados ocurrido en el mes de julio de 1998, con fundamento en que se presentaron vicios en el consentimiento por no haberse brindado asesoría clara, completa, adecuada y eficaz sobre las consecuencias de la afiliación. Afirma que el fondo privado no le informó sobre las ventajas y desventajas entre el RPM y el RAIS, ni sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, ni se realizaron escenarios comparativos para determinar el posible valor de la mesada pensional en ambos regímenes pensionales. Como consecuencia de lo anterior pide que se le ordene a COLPENSIONES recibir la afiliación de la demandante sin solución de continuidad, y se ordene la devolución, con destino a COLPENSIONES, de los intereses, bono pensional, sumas adicionales y rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de cuota de administración (ver demanda en las páginas 4 a 13 del expediente digital, archivo No 1).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre costreñimientos o presiones indebidas, y sin que se hubiese hecho incurrir en error por faltar al deber de información en cabeza de la AFP PORVENIR, ni se haya presentado algún vicio en el consentimiento por error, fuerza o dolo. Advirtió que la demandante no cumple los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, para que pueda retornar al RPM en cualquier tiempo. Propuso como excepciones *inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, presunción de legalidad de los actos*

EXP. 32 2019 00568 01
Gloria Nidia Sarmiento Riaño Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otras

jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, compensación y la innominada o genérica (ver demanda en las páginas 111 a 132 del expediente digital, archivo No 1).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la actora a dicho fondo es un acto válido, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, manifestación que quedó plasmada la voluntad libre con la suscripción del formulario de afiliación, contrato en virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada, y advirtió que la forma como se liquida la mesada pensional en el RAIS se encuentra regulada en la Ley 100 de 1993 y sus Decretos reglamentarios. Propuso como excepciones las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica (ver contestación en las páginas 151 a 168, y subsanación en las páginas 286 a 299 del expediente digital, archivo No 1).*

Igualmente con testó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada en el RAIS y no existen pruebas que acrediten la nulidad de dicha afiliación. Propuso como excepciones las de *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (ver contestación en las páginas 257 a 274 del expediente digital, archivo No 1).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de octubre de 2020, mediante la cual el Juez Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con

prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas conforme a las consideraciones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen efectuado por la demandante GLORIA NIDIA SARMIENTO RIAÑO a través de la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. de fecha treinta y uno de octubre de 1994 así su posterior traslado entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad. TERCERO: como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración y seguro previsional de los aportes efectuados por la demandante mientras estuvo afiliada a esa administradora. CUARTO: CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales. QUINTO: ORDENAR a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante GLORIA NIDIA SARMIENTO RIAÑO como afiliada al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásese por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, SIN COSTAS respecto de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. SÉPTIMO: en caso de no ser apelada la presente decisión y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de CONSULTA”* (audiencia virtual No 3, minuto 52:39).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia refirió la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia y concluyó que no se demostró el cumplimiento del deber de

información para el momento del traslado, advirtiendo que no es suficiente para ese efecto la suscripción del formulario de afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES.

La apoderada de PORVENIR pide que revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, y de forma subsidiaria, se revoque la condena al pago de los gastos de administración y los descuentos por invalidez o sobrevivencia. Afirma que la demandante suscribió el formulario de afiliación al RAIS de manera libre, voluntaria y consiente, y reviste de validez dado que el fondo cumplió con las obligaciones que le correspondían en materia de información en el momento en el que se efectuó dicho traslado, y advirtió que la demandante reconoció en su interrogatorio de parte que se brindó información sobre las características, beneficios y desventajas del RAIS, y que para el momento del traslado las normas no exigían hacer escenarios comparativos entre regímenes ni cumplir con un deber de buen consejo. Además, considera que la demandante incumplió su obligación de informarse como consumidor financiero, y no actuó con diligencia, y solicita que no se ordene el pago de los gastos de administración y de las primas de seguro, pues dichos valores fueron invertidos de forma correcta y en los términos establecidos en la Ley (audiencia virtual No 3, minuto 54:51)¹.

¹ “Gracias su señoría en la oportunidad procesal pertinente me permito presentar el recurso de apelación con el fin de que sea revocada la sentencia de primer grado en su totalidad, lo anterior en cuanto a las siguientes consideraciones, en primer lugar, pues la afiliación de la demandante fue completamente libre y voluntaria toda vez que suscribió el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y consiente con mi representada y el Juzgador no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de validez en la medida que mi representada cumplió con las obligaciones que le correspondían en materia de información atendiendo a los parámetros establecidos en las normas vigentes en el momento en el cual se efectuó dicho traslado, igualmente para la fecha de afiliación de la demandante se cumplió a cabalidad con las obligaciones correspondientes del Decreto 663 de 1993 toda vez que se le indicaron las características, beneficios y desventajas a la demandante tal y como ella lo expresó en el interrogatorio de parte y, sin embargo, esta comparación a la que se hace referencia, la comparación entre regímenes no era obligatoria en pues para el momento del traslado y tampoco era obligación de mi representada brindar una asesoría o un buen consejo, incluso para desincentivar a la pues a la actora. Por otra parte pues cabe resaltar que la actora era completamente consiente, contaba con capacidades suficientes para

En el recuso de PROTECCIÓN S.A. su apoderada pide que revoque la sentencia de primera instancia en cuanto ordeno trasladar las sumas descontadas por comisión de administración, de gastos de administración y por seguros previsionales. Afirma que la comisión de administración y las primas de seguros son descuentos autorizados por la ley, en virtud de los cuales se generaron rendimientos sobre los aportes pensionales por la buena administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante, y se cubrieron los riesgos de sobrevivencia e invalidez, por lo que considera que disponer su devolución constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Advirtió que de conformidad con la sentencia SL 2324 de 2019 proferida por la Sala de Descongestión de la Corte Suprema de Justicia, no se pueden extender los efectos de la ineficacia a terceros de buena fe (audiencia virtual No 3, minuto 58:49)².

efectuar dicha afiliación en concordancia con el artículo 1503 del Código Civil y además, ella tenía la obligación como consumidor financiero de informarse, sin embargo, esto no quedó acreditado en el proceso y pues es claro que ella debía actuar con una mediana diligencia y por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que ella pretendía adoptar y pues que efectivamente adoptó. Igualmente, pues cabe informar que la simple inconformidad con el monto pensional no es una razón jurídica para efectuar o declarar la nulidad del traslado que aquí se discute, sin embargo, si el Tribunal decide confirmar la presente sentencia se solicita que por favor se revoque en cuanto al pago de gastos de administración y descuentos por invalidez y sobreviviente toda vez que estas sumas ya fueron invertidas y no se encuentran en cabeza de mi representada, específicamente en cuanto a los gastos de administración ya fueron invertidas según las exigencias de ley para dar la correcta administración de los recursos aportados que se pueden evidenciar en los rendimientos y, en cuanto a las primas de seguros previsionales es claro que ya se brindaron a una aseguradora y no se puede retrotraer en el tiempo y simplemente resulta material y jurídicamente imposible realizar el pago de dichas sumas. Por todo lo anterior, simplemente me permito reiterar que solicito que se revoque la totalidad de la sentencia, muchas gracias”.

² “Gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito presentar recurso de apelación solicitándole a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que se revoque la sentencia que se acaba de proferir solo en lo relativo a condenar a Protección a trasladar a Colpensiones lo descontado por comisión de administración, de gastos de administración y por seguros previsionales, lo anterior con base en los siguientes argumentos. Sea lo primero manifestar que la comisión de administración y la prima de seguro previsional son descuentos autorizados por la ley que facultan a los fondos privados para realizar la deducción del porcentaje sobre los aportes que los afiliados realizan al sistema general de pensiones, este descuento se usa pues para cubrir los gastos de administración y pagar la prima de seguro previsional y opera en ambos regímenes tanto en el régimen de ahorro individual con solidaridad como en el régimen de prima media, con el escrito de contestación de demanda se allegó el certificado de rendimientos financieros que la cuenta de la demandante ha tenido con mi representada, donde se evidencia que indudablemente la demandante ha recibido unas ganancias por parte del fondo que le benefician a sus aportes pensionales y a su futuro pensional y lo cual da cuenta de la buena administración que mi representada ha realizado con la cuenta de ahorro individual de la demandante, en ese sentido pues revisada la documental allegada con el escrito de contestación de demanda se evidencian unos rendimientos de ochenta y cinco

En el recuso de COLPENSIONES su apoderado pide que se revoque la sentencia de primera instancia en cuanto le ordenó recibir a la demandante como afiliada del RPM, y de forma subsidiaria, que se orden el pago de los perjuicios económicos que se le ocasionen por la afectación de las reservas pensionales por el futuro reconocimiento del derecho que le corresponda a la actora. Afirma que el juez de primera instancia no tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues COLPENSIONES es un tercero ajeno al acto jurídico de traslado que realizó la demandante con el fondo privado, por lo que al margen de la declaratoria o no de ineficacia del traslado, la entidad no puede

millones lo cual en todo caso pues es un valor económico superior al que pudo haber recibido en el régimen de prima media si allí estuviera afiliada y, teniendo en cuenta esos rendimientos es que mi representada solicita se respete esa comisión de administración toda vez que no es un dinero que hace parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante pues por mandato legal se descontó y ya se causó ese dinero a las acreencias de la administradora, con la condena que se efectúa en primera instancia de devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y adicionalmente lo descontado por comisión de administración y seguros previsionales estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez y que como yo lo indiqué ya no hace parte de la cuenta de ahorro individual de la demandante sino que Protección ya hizo uso de esos dineros y por ello se le generó a la demandante ese rendimiento que hoy por hoy la beneficia. Ahora bien, frente a la prima de seguro previsional se debe manifestar que este dinero ya fue girado a una administradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez dicha compañía pagara la suma adicional con el fin de financiar las pensiones por dichos conceptos, inclusive pues la mencionada prima ya fue pagada mes a mes durante todo el tiempo de la afiliación de la parte demandante con mi representada y en ese caso Protección está totalmente imposibilitada para solicitar una devolución a la administradora y trasladársela a Colpensiones, pues en este caso la administradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver ni con el traslado que la demandante realizó de régimen pensional en el año 96 con la AFP Horizonte y Porvenir ni posteriormente el traslado horizontal que realiza con la AFP Davivir hoy Protección, en ese sentido es de resaltar la sentencia SL 2324 del 19 de marzo de 2019 proferida por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia Magistrada Ponente la Doctora Ana María Muñoz Segura donde luego de accederse a la ineficacia del traslado solicitada por un afiliado y ordenarse la devolución de los aportes del fondo privado a Colpensiones, se refirió a los terceros de buena fe dentro de estos procesos considerando para tal circuito que las consecuencias de la ineficacia no pueden ser extendidas a los terceros y, que la devolución de los aportes no supone una retroactividad plena y en ese sentido deben mantenerse todas las situaciones consolidadas y que se presumieron de buena fe, si la figura de la ineficacia es volver las cosas a su estado anterior no habría lugar entonces a trasladar unos rendimientos que se generaron fue por la administración que realizó el fondo privado y sí se haría pues la devolución de los aportes, sin embargo, bajo la jurisprudencia que ha existido respecto a este tema Protección está en la disposición de trasladar esos aportes junto con los rendimientos, pero le solicita muy respetuosamente a los Honorables Magistrados tener en cuenta que esos gastos de administración y esos seguros previsionales Protección tiene derecho a conservarlos por la administración que se generó de los dineros y por la cobertura en invalidez y muerte que se le generó a la demandante durante los veinte años que ha estado afiliada con mi representada, en ese sentido dejo sustentado mi recurso de apelación solicitándole pues a los Magistrados revocar parcialmente la sentencia de primera instancia, muchas gracias”.

resultar perjudicada, y advirtió que de mantenerse dicha orden, se estaría afectando gravemente el principio de sostenibilidad financiera del Sistema de Seguridad Social establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. De forma subsidiaria, solicita que se estudien las consecuencias de la declaratoria de ineficacia en cabeza de la AFP que faltó a su deber legal de información, y se le ordene pagar los perjuicios económicos que se generen a COLPENSIONES (audiencia virtual No 3, hora 1, minuto 4:52)³.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

³ “Si su señoría gracias, me permito presentar recurso de apelación ante los Honorables del Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral sobre la sentencia que se acaba de proferir, recurso que sustento en los siguientes términos. Solicito a los Magistrados de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se revoque la sentencia proferida por el Juez de primera instancia en su totalidad toda vez que, el a quo al momento de dictar sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica entendiéndolo que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado entre la actora y la Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir y, en razón a que todos los actos jurídicos tienen efecto inter partes por lo cual independientemente de la decisión adoptada por el señor Juez en razón a la declaratoria o no de ineficacia del traslado, mi representada no puede ser perjudicada con la misma pues como se ha manifestado Colpensiones nada tuvo que ver con la decisión tomada por la actora en esa época, por lo que solicito al Honorable Tribunal Sala Laboral que no se condene a mi representada a recibir a la parte actora como afiliada del nuevo régimen de prima media pues con esta decisión consecuencial a la declaratoria de inexistencia se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones como la sostenibilidad financiera, el cual fue establecido por el artículo 48 de la Constitución Política y adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 1 de 2005, pues en caso de esta condena debe tenerse en cuenta el impacto en la reserva pensional que día tras día se ha venido afectando de manera excesiva y preocupante con este tipo de procesos. De igual forma, le solicito a la Sala que estudie de manera juiciosa este escenario en el cual la AFP que faltó supuestamente a su deber legal de información no acarrea graves consecuencias con la posible declaratoria de inexistencia, pero Colpensiones mi representa quien como ya se dijo es un tercero que no tuvo injerencia a la celebración del acto jurídico si ... pues con el regreso de la actora al régimen de prima media existe una alta posibilidad de un futuro reconocimiento de derechos pensionales lo cual genera, como ya se dijo, un alto impacto en el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y en la reserva presupuestal que se destina para tales fines pues la actora regresa después de, vuelvo y lo reitero, más de veintiséis años a un régimen que no tuvo en cuenta para su reserva y cálculos financieros, en últimas, si se determina que no hay otra posibilidad que ordene el retorno de la demandante al régimen de prima media solicito al Tribunal condene a la AFP que incumplieron supuestamente a su deber legal de información a la afiliada, pague a mi representada Colpensiones los perjuicios económicos que ello genere para mi representada, lo anterior en atención a que en virtud de la teoría del daño del derecho civil quien causa el daño es quien debe repararlo y no un tercero en el acto jurídico como lo es Colpensiones, de esta manera dejo sustentado el recurso presentado reiterando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque el fallo proferido por el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá y en su lugar absuelva a mi representada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito introductor, finalmente manifiesto que el presente recurso podrá ser ampliado en el momento procesal pertinente ante el Tribunal Superior, gracias su señoría, gracias a todos”.

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

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

pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 28 años de edad y había cotizado 285.86 semanas⁴, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 4 años, 10 meses y 17 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver folios 41 y 94).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶ ⁷, según el cual, se debe

⁴ Ver las historias laboral válida para bono pensional en la página 122 del expediente digital.

⁵ *Ibidem*.

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

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

⁷ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por*

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

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

los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR (dada la fusión por absorción de la AFP HORIZONTE) no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. No se obtiene prueba de ello en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues indicó que los asesores comerciales de la AFP les dijeron que se debían trasladar del ISS a los fondos privados para no perder las cotizaciones hasta el momento ahorradas, porque la primera entidad se iba a acabar, pero no le dieron información sobre las características ni los beneficios del RAIS (audiencia virtual No 2, minuto 22:14).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender un “*saneamiento*” con la permanencia de la actora en el RAIS o con el posterior traslado horizontal entre fondos pensionales (la afiliación inicial operó el 31 de octubre de 1994 a HORIZONTE, hoy PORVENIR, y posteriormente se trasladó a la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, el 26 de junio de 1998, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada – ver páginas 119, 131 y 280, expediente digital, archivo No. 1).

EXP. 32 2019 00568 01
Gloria Nidia Sarmiento Riaño Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otras

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de los fondos privados demandados la devolución de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración y seguros previsionales, pues así lo ha ordenado la Corte en las sentencias que se están acatando para estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Sala Laboral de la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO)

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

Por el resultado de los recursos las COSTAS en la apelación corren a a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

DECISIÓN

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

RESUELVE

EXP. 32 2019 00568 01

Gloria Nidia Sarmiento Riaño Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otras

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas de segunda instancia la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE JUAN CARLOS LINARES MARTÍNEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.) Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver: (i) la nulidad de todo lo actuado desde la notificación de la sentencia de primera instancia que propuso el apoderado de la AFP PORVENIR mediante memorial allegado por correo electrónico al Tribunal, por la limitación del tiempo que dispuso el juez de primera instancia para que las partes propusieran el recurso de apelación, con fundamento en el numeral 6° del artículo 133 del CGP; y (ii) resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas OLD MUTUAL, PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la última entidad, la sentencia dictada el 16 de octubre de 2020 por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la nulidad del traslado del

demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

AUTO

Para resolver la solicitud de nulidad debe recordar el Tribunal que las causales de anulación del proceso están contempladas taxativamente en el artículo 133 del Código General del Proceso, norma sobre la cual se pronunció la Corte Constitucional para definir que por fuera de dichas causas solo procede la anulación por violación del artículo 29 de la Carta Política, cuando “*se ha obtenido una prueba pertinente y relevante con violación del debido proceso*”.

Bajo esta reglas el Tribunal **NIEGA** la nulidad solicitada, pues el juez de primera instancia no omitió la oportunidad para sustentar el recurso de apelación (casual a la cual se refiere el numeral 6° del artículo 133 del CGP), sino que en uso de sus facultades como director del proceso limitó la intervención de los recurrentes a 3 minutos, a fin de que propusieran el recurso de apelación, y de ser el caso, se ampliaran los argumentos de apelación en los alegatos por escrito en segunda instancia. De todas formas y frente a cualquier inquietud del recurrente el Tribunal estudiará con atención los alegatos por escrito que presentó el apoderado de PORVENIR S.A.

Pasa ahora la Sala a estudiar en segunda instancia el contenido de la sentencia dictada en primera instancia.

SENTENCIA

Por medio de apoderada, JUAN CARLOS LINARES MARTÍNEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado de RPM

al RAIS, ocurrido el 20 de diciembre de 1995, y de los posteriores traslados entre fondos privados, con fundamento en que se incumplieron los mínimos de permanencia para aprobar el traslado de régimen del afiliado y no se le suministró información oportuna, necesaria, clara y suficiente sobre las diferencias entre el RPM y el RAIS, ni sobre las consecuencias, ventajas y desventajas del traslado de régimen pensional, y tampoco se realizó una proyección comparativa de la mesada pensional que percibiría en ambos regímenes, para que pudiera tomar una decisión informada. Como consecuencia de lo anterior pide que se registre la afiliación del actor en el RPM administrado por COLPENSIONES, y se traslade a dicha entidad la totalidad del capital y los intereses acumulados en su cuenta de ahorro individual, junto con el valor de las cuotas de administración (ver demanda en las páginas 2 a 27, archivo No 1 del expediente digital).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.), mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante eligió el RAIS de manera libre y voluntaria, y para el efecto suscribió el formulario de afiliación, con lo que aceptó las condiciones propias de dicho régimen, y advirtió que no participó en el acto de traslado de régimen del demandante pues este se afilió en dicha administradora con posterioridad, el 1° de mayo de 2002, y el 7 de octubre de 2013, última fecha en la cual se encontraba inmerso en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales. Estima que en el escenario en que se declare la ineficacia del traslado, no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración. Propuso como excepciones de fondo las que denominó *SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no*

son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica (ver contestación en folios 228 a 250, archivo No 1 del expediente digital).

Igualmente contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se probó la falta de alguno de los elementos esenciales del acto jurídico, ni se acreditó la existencia de vicios en el consentimiento, y por el contrario, en el formulario de vinculación suscrito por el demandante - documento que se presume auténtico- se observa que este manifestó un consentimiento informado. Además, considera que en caso de haber existido la nulidad que alega el demandante, la misma fue saneada al operar el fenómeno de ratificación con el pago de los aportes mensuales durante más de 19 años, e insiste en que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales que establece el literal e), artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la excepción genérica* (ver contestación en folios 325 a 357 archivo No. 01 y subsanación carpeta No 07, del expediente digital).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que al demandante no se le hizo incurrir en error, ni existieron vicios en el consentimiento por error, fuerza o dolo, pero de todas formas, en caso de existir alguna nulidad, la misma fue saneada al ejecutar voluntariamente lo acordado en el contrato. Adicionalmente, el demandante se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para trasladarse entre regímenes pensionales, y no era beneficiario del régimen de transición por edad o tiempo de servicio, por lo que no puede retornar al RPM en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida,*

prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica (ver contestación en folios 369 a 407, archivo No 01, y subsanación carpeta No 06, del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de octubre de 2020, mediante la cual el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la nulidad del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la nulidad del traslado efectuado por el señor JUAN CARLOS LINARES MARTÍNEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP PORVENIR el 20 de diciembre del 95, conforme a lo señalado en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: SE DECLARA válidamente afiliado al demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a SKANDIA y a la que actualmente se encuentra afiliado el demandante a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos a COLPENSIONES. CUARTO: CONDENAR a PORVENIR y SKANDIA a pagar con su propio patrimonio la disminución del capital de la pensión del demandante, con los gastos de administración conforme al tiempo que permaneció afiliado a cada uno de estos fondos de pensiones como se advirtió en la parte motiva. QUINTO: SE CONDENAN a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a volver a afiliarse al señor JUAN CARLOS LINARES MARTÍNEZ al régimen de prima media con prestación definida y a recibir todos los aportes que se hubiesen efectuado al régimen de ahorro individual por medio de la sociedad PORVENIR y SKANDIA y actualizar la historia laboral del demandante. SEXTO: CONDENAR en costas a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR, por lo tanto se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$500.000 que se incluirán en la liquidación de costas, SIN COSTAS para*

COLPENSIONES ni para SKANDIA. SÉPTIMO: en caso de no ser apelada esta decisión la REMITIRÉMOS al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que se analice en el grado jurisdiccional de CONSULTA” (audiencia virtual No. 1, minuto 49:41).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que el traslado de régimen a la administradora PORVENIR S.A. no cumplió con las condiciones y requisitos legales, pues no observó el tiempo mínimo de permanencia de tres años, y por ello no se pueden entender la validez del traslado. Advierte, que para el 1º de abril de 1994, fecha en la cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993 el demandante no se encontraba como afiliado activo en el sistema general de pensiones y a partir del 6 de julio de 1994 el demandante se vinculó al ISS e hizo la “*selección inicial*” de régimen pensional, escogiendo vincularse al RMP, por lo que el traslado al RAIS solo era posible hacerlo después de transcurrir tres años a partir de la selección inicial, plazo que no se cumplió pues el demandante suscribió el formulario de afiliación el 20 de diciembre de 1995.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación los apoderados de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y SKANDIA.

La apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Afirma que la decisión tomada por el *a-quo* desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional contenido en el artículo 48 de la Constitución Política y en el Acto Legislativo 01 de 2005, y da prevalencia al interés particular del demandante sobre los intereses generales (audiencia virtual No. 1, minuto 51:56)¹.

¹ “*Gracias Doctor, dentro del término que me da el despacho para pronunciarme frente al fallo debo manifestar expresamente que presento el recurso de apelación contra la totalidad del mismo, toda vez que no se comparte el hecho de desconocer el artículo 48 de la Constitución Política y el artículo primero del Acto Legislativo número uno del 2005 en el sentido del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema pensional, lo anterior porque*

El apoderado de PORVENIR S.A. afirma que el traslado del actor al RAIS en dicha AFP es válido, pues contrario a lo concluido por el juez de primera instancia se respetaron los mínimos de permanencia y dicha afiliación fue ratificada con los traslados horizontales que el afiliado efectuó con posterioridad (incluyendo su afiliación en dos oportunidades adicionales a la misma AFP PORVENIR). Advirtió que el demandante no se encontraba inmerso en la prohibición de permanencia establecida en el artículo 15 del Decreto 692 de 1994, pues antes del año 1994 ya se encontraba afiliado al ISS en estado inactivo, y la reanudación de sus aportes después de dicha data no se puede entender como una nueva manifestación de vinculación. Adicionalmente, considera improcedente condenar a la AFP a asumir la disminución del capital y la consecuencia devolución de los gastos de administración, pues además de que no fui incluido en la fijación del litigio, no hay motivación respecto de que se haya presentado tal disminución en el capital, y no se presentó un perjuicio o daño respecto de su situación pensional (audiencia virtual No. 1, minuto 53:14)²

la decisión de decretar dicha nulidad de afiliación afecta los intereses generales sobre un interés particular en este sentido, por lo tanto, solicito a la Sala del Tribunal se revoque el fallo y en su lugar se absuelva a la entidad que represento reservándome el derecho a ampliar los alegatos en segunda instancia, muchas gracias”.

² “Su señoría como primera medida sí le solicito pues la ampliación obviamente del término para la sustentación del recurso de apelación en el entendido que la sustentación del recurso si bien se puede hacer una ampliación en el Tribunal, la misma es referente a lo que se pronuncie en este momento. En ese sentido pues su señoría me permito interponer recurso de apelación en contra de la decisión emitida por el despacho teniendo en cuenta los siguientes argumentos. La decisión del despacho se centró propiamente a declarar la nulidad o ineficacia del traslado al régimen efectuado por el demandante no frente a criterios deber de información sino propiamente a criterios de estricto derecho referente al tiempo de permanencia mínimo para el traslado de régimen propiamente adoptado por la Ley 100 de 1993, frente a la situación en particular propiamente debe entenderse que una situación es que el afiliado se encuentre en un estado inactivo y otro que no haya realizado un estado de afiliación a la administradora de pensiones, bajo ese argumento teniendo en cuenta que el demandante realizó con anterioridad un estado de afiliación, es decir, una manifestación de voluntad para vincularse con el Instituto de Seguros Sociales a 1994, propiamente sí debe aplicar la oportunidad que existía o no la no aplicación más bien de la prohibición del artículo 15 del Decreto 692 de 1994, véase que en tal artículo 11 propio menciona en dicho decreto que las personas que al 30 de junio del 94 se encontraran afiliadas al Instituto de Seguros Sociales o a cualquier caja de previsión no se le iba a aplicar la restricción propia de los tres años si realizaban un traslado de régimen hacia alguna administradora propia del régimen de ahorro individual como ocurre en este caso efectuado por el demandante para el año 1995 con Porvenir, en ese sentido el hecho de que el demandante no haya realizado aportes o no haya realizado cotizaciones más bien en el Instituto de Seguros Sociales durante un lapso de

En el recurso de SKANDIA SA su apoderada pide se revoque la decisión de primera instancia en cuanto la condenó a devolver los gastos de administración con sus recursos propios, pues la afiliación del demandante generó unos gastos de administración en cumplimiento de lo dispuesto en la Ley 100 de 1993, y dichos descuentos se vieron representados en los rendimientos de la cuenta de ahorro individual del demandante y en el pago del seguro previsional (audiencia virtual No. 1, minuto 59:42)³.

tiempo reanudándola hasta julio de 1994, no quiere decir que su vinculación no haya existido en el Instituto de Seguros Sociales con anterioridad, el estado de afiliación como inactivo no quiere conllevar a que la reanudación de los aportes se ve como una nueva manifestación de vinculación a la administradora de pensiones, propiamente esto existía con mucha más anterioridad frente a su historia laboral que existía y en ese sentido sí le aplicaba propiamente la intención de trasladarse y es totalmente legal la vinculación y traslado de régimen efectuado con Porvenir para el año 1995, por otro lado, si la misma no es de aplicación véase que aquí existen posteriores traslados no solamente hacia otras administradoras del régimen de ahorro individual sino con el mismo Porvenir para el año 2000 y para el año 2007 donde claramente existe en ese sentido una ratificación de la manifestación del traslado de régimen del demandante ya que es la misma entidad con la cual inicialmente realizó el traslado de régimen, por ende pues no debió propiamente considerarse que el acto primigenio haya o carezca de tal requisito en considerarse los posteriores como inválidos más aun cuando es con la misma administradora de pensiones quien realiza esos traslados posteriores, bajo ese argumento y considerando también que el traslado efectuado por el demandante con Porvenir cumple los criterios legales de mínimo de permanencia, es válida la afiliación que en cierta medida se realizó con Porvenir y sus posteriores traslados entre administradoras del régimen de ahorro individual, por otro lado, la condena en el numeral cuarto referente a la disminución del capital, bueno que Porvenir deba hacer la devolución de gastos de administración propiamente referente a la disminución del capital del demandante, propiamente es una condena desproporcional en primera medida porque no fue centrado en la fijación del litigio, en segunda medida porque no existe motivación dentro del fallo que permita concluir que efectivamente el traslado de régimen efectuado por Porvenir le haya generado una disminución del capital respecto a la situación pensional del demandante, al momento del traslado de régimen se encontraba apenas consolidando su situación pensional y en esa medida no existió ninguna pérdida frente a algún derecho prestacional o pensional como lo era que fuera beneficiario del régimen de transición, en ese sentido, no existió un perjuicio o algún daño referente a su situación pensional (se interrumpe por el juez) su señoría que pena lo que pasa es que el recurso va motivado a ... efectivamente... su señoría si lo que pasa es que pues por mi derecho de defensa existe una motivación que ... yo solicito respetuosamente me amplíe el término, mis pronunciamientos en el Tribunal se deben hacer... mis alegaciones en el Tribunal se deben hacer respecto a lo que yo pronuncie en esta oportunidad...”

³ *Muchas gracias su señoría, me permito formular recurso de apelación parcialmente respecto de la providencia previamente dictada especialmente ante el numeral tercero en el cual se condena a mi representada a devolver los gastos de administración con recursos propios con digamos a cargo de esos recursos atendiendo a lo siguiente y es, solicito al Honorable Tribunal de la ciudad de Bogotá que tenga en cuenta lo siguiente para revocar el numeral previamente mencionado y, es que Skandia Pensiones y Cesantías S.A. dando cumplimiento a las normas establecidas en la Ley 100 de 1993 determinó o continuó bajo la afiliación del señor Juan Carlos Linares generando unos gastos de administración que por una parte pueden verse determinados en los rendimientos que este a hoy puede observar en su cuenta de ahorro individual y por otro lado asegurar por otro lado cualquier tipo de situación que pusiera digamos*

ALEGATO ESCRITO DE PORVENIR

El apoderado de PORVENIR amplió sus argumentos en los alegatos de conclusión afirmando: (i) el acto jurídico de vinculación es eficaz, pues se realizó de forma libre y voluntaria, después de que se le brindó información oportuna y completa al demandante, y no se probaron las causales de vicios en el consentimiento que prevén los artículos 1741 y 1598 del Código Civil; (ii) no es procedente declarar la ineficacia prevista en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues esta opera frente a conductas dolosas que impidan o atenten contra la afiliación del trabajador, ni es procedente la ineficacia contemplada en el artículo 899 del Código de Comercio (por causa u objeto ilícito, o celebrado por una persona incapaz); (iii) el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico, y no fue tachado ni desconocido, por lo que no se le puede restar valor probatorio; (iv) el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de que trata el literal e), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que no puede efectuar traslados entre regímenes pensionales; (v) en atención al salvamento de voto que presentó el Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán contra la sentencia de la CSJ dentro del radicado 5912 del 13 de mayo del año en curso, no es procedente declarar de forma automática la nulidad o ineficacia del traslado, sino que se debe analizar en cada caso la situación particular del afiliado; (vi) de haberse presentado alguna irregularidad en el acto de afiliación y traslado, este se debe entender saneado por la ratificación tácita de la parte demandante, quien permaneció 25 años en el RAIS y efectuó en dicho régimen sus aportes pensionales; y, (vii) de entenderse que el negocio jurídico no tuvo validez, se debe ordenar el traslado de los dineros en los términos establecidos en el artículo 113, literal b) de la Ley 100 de 1993, lo que impide ordenar la

o que afectara la vida del señor Juan Carlos Linares, en este sentido el seguro previsional fue pagado mes a mes como plena constancia y además de esto pues los gastos generan unos rendimientos lo cual quiere decir, que Skandia dio cumplimiento a digamos a las normas establecidas en lo que a ello se refiere pues determinó y continuó haciendo estas derogaciones, por lo anterior solicito al Honorable Tribunal que revoque el numeral antes mencionado, gracias”.

devolución de sumas diferentes (gastos de administración y primas del seguro previsional), máxime si se tiene en cuenta que en virtud del artículo 1746 las partes tienen el derecho a que las cosas se restituyan en el mismo estado en el que se hallarían si no hubiese existido el negocio o contrato, y que ello podría generar un enriquecimiento sin justa causa a favor de un tercero.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 180.14 semanas⁴, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 2 años, 8 meses y 18 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltan menos de 10 años para alcanzar la edad de pensión (tenía 60 años de edad – ver páginas 28 y 212 archivo 01, expediente digital).

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

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

⁴ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en el expediente administrativo obrante en el archivo no 2, del expediente digital.

⁵ *Ibidem*.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶ ⁷, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión". En este sentido: (i) "El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación,

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte el y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la nulidad del traslado de régimen del demandante, con el fundamento que la Corte ha estimado válido para el

efecto y al margen de las razones adicionales que se pudieron consideraer en la sentencia de primera instancia.

La AFP PORVENIR S.A. no probó haber brindado *toda la información pertinente* en el momento en que el demandante suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. Para esda Corporación los Fondos deben demostrarm enn elm proceos no solo que brindaron una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener su escogencia para cada afiliado, pues el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*.

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la ratificación del actor por el paso del tiempo o por posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial operó con el traslado de régimen el 20 de diciembre de 1995 a PORVENIR S.A, posteriormente se trasladó el 2 de noviembre de 1999 a la AFP HORIZONTE (hoy PORVENIR), el 19 de octubre de 2000 a PORVENIR, el 20 de marzo del 2002 a SKANDIA, el 21 de febrero de 2007 a PORVENIR, y el 7 de octubre de 2013 a SKANDIA, AFP a la que se encuentra actualmente afiliado (ver formularios de afiliación en las páginas 43, 48, 49, 93, 96, 116, 151, 166, 167, 168, 169, 171, 263, 264, 360, 363, 364 y 365, archivo 01, expediente digital).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA la devolución todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses, y a cargo de ambas AFP's demandadas (PORVENIR y SKANDA) pagar con su propio patrimonio la disminución en el

capital de financiación de la pensión por los gastos de administración, para lo cual se sigue también el criterio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en casos similares (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA); la declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

1. ADICIONAR la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del

EXP. 35 2019 00789 01

Juan Carlos Linares Martinez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otras

demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

2. **CONFIRMARLA** en lo demás

3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

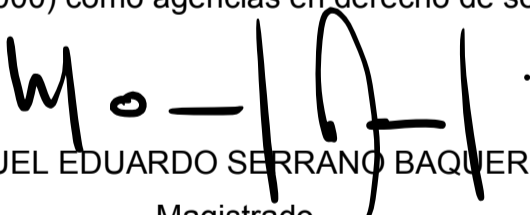


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS ARIEL MESA BONILLA CONTRA
SODEXO S.A.S.**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para estudiar, en grado jurisdiccional de CONSULTA concedido a favor del demandante, sobre la sentencia dictada el 18 de junio de 2020 por la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS ARIEL MESA BONILLA presentó demanda contra la sociedad SODEXO S.A.S., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que al momento de terminación del contrato de trabajo gozaba de la estabilidad laboral reforzada que otorga la Ley 361 de 1997, y por ello la transacción que suscribió para terminar la relación de trabajo carece de efectos. Pide que se condene al reintegro con el pago de los salarios y las prestaciones sociales dejados de percibir desde la fecha del despido, los aportes al Sistema de Seguridad Social, la indemnización prevista en el artículo 26 de la ley 361 de 1997, los conceptos que aparezcan probados ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que laboró al servicio de la demandada entre el 17 de octubre de 2012 y el 26 de noviembre de 2015 mediante contrato

de trabajo a término fijo inferior a un año, desempeñó el cargo de lava-loza, y devengó salario mensual de \$1.396.000. Aduce que durante la relación de trabajo padeció dos hernias debido a la sobrecarga laboral, y de *contractura muscular dorsal del pie y cuello del pie, marcha antiálgica, dolor a la palpación del torso*, por lo que el 17 de marzo de 2015 se realizó una cirugía y la EPS SALUDCOOP recomendó su reubicación laboral temporal, que no fue tenida en cuenta por la demandada, lo que deterioró su salud y fue incapacitado en repetidas ocasiones, la última entre el 1 y el 18 de octubre de 2015. En noviembre de 2015 la demandada le pidió que renunciara y le propuso una bonificación por retiro, con base en ello presentó renuncia el 26 de noviembre de ese año. El 22 de marzo de 2017 SEGUROS DE VIDA ALFA S.A. le notificó una pérdida de capacidad laboral del 22.20% (ver demanda y subsanación folios 3 a 14 y 78 a 85 expediente digital).

Notificada la demanda a SODEXO S.A.S., y corrido el traslado legal, fue contestada mediante apoderada, quien aceptó algunos hechos, y las pretensiones relacionadas con la existencia y modalidad del contrato de trabajo. Se opuso a las demás pretensiones afirmando que cumplió con todas sus obligaciones laborales. Aduce que la renuncia del actor fue libre y voluntaria, y con base en ella se suscribió una transacción, dada la negativa del trabajador de aceptar la reubicación laboral, y para dejar claro que la empresa se encontraba a PAZ Y SALVO por las acreencias laborales. Indica que para el momento de terminación de la relación laboral la empresa no conocía la calificación de pérdida de capacidad laboral, pues se dio dos años después, y que el demandante no es sujeto de la protección que regula la Ley 361 de 1997 pues la terminación del contrato de trabajo no ocurrió por su estado de salud, ni padecía limitaciones del 25% en capacidad laboral. Propuso como excepciones la *inexistencia de la obligación y ausencia de causa, subrogación de riesgos en cabeza de la ARL, improcedencia del reintegro, buena fe, excepción de prescripción y cobro de lo no debido* (ver contestación folios 114 a 129 expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de junio de 2020, mediante la cual declaró la existencia del contrato de trabajo a término fijo y absolvió a la demandada de las demás pretensiones de la demanda. Para tomar su decisión, la Juez declaró *confesión ficta* del demandante por su inasistencia a la primera audiencia, y dedujo que la causa de terminación del contrato no fue el estado de salud sino su decisión libre de renunciar, para lo cual firmó un acuerdo transaccional que tiene validez. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR que entre el señor LUIS ARIEL MESA BONILLA y la SOCIEDAD SODEXO S.A.S. existió un contrato de trabajo a término fijo del 17 de octubre de 2012 al 26 de noviembre de 2015. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra. TERCERO: CONDENAR en COSTAS al actor, liquidense con la suma de \$400.000 a título de agencias en derecho. CUARTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante*”. (audiencia virtual, Hora 1, minuto 2:23).

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante, y no haberse apelado, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en el proceso que las partes ejecutaron un contrato de trabajo entre el 17 de octubre de 2012 y el 26 de noviembre de 2015, en desarrollo del cual el demandante se desempeñó como “*Lava-loza*”, y recibía salario mensual de \$1.396.000. Estos hechos se corroboran además con la copia del contrato de trabajo, la carta de renuncia, la certificación laboral, y la liquidación de prestaciones sociales (folios 19 a 22, 34, 113 y 132 expediente digital).

Revisada decisión de primera instancia en consulta, ningún reparo encuentra el Tribunal a las conclusiones de la juez, pues se demostró que la relación de trabajo terminó válidamente.

Frente a las pretensiones de estabilidad reforzada por salud, la Ley 361 de 1997 prohíbe el despido del trabajador cuando tenga origen en una limitación en la capacidad para trabajar, salvo que medie una autorización de la oficina del Trabajo. La norma sanciona la inobservancia de esta formalidad con el pago, a título de indemnización, de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones adicionales a las que hubiere lugar de acuerdo con la ley, y la Corte Constitucional definió, con efectos de cosa juzgada, que la norma se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación de su contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo carece de todo efecto jurídico y en consecuencia también da lugar al reintegro. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la Ley 361 no garantiza la estabilidad laboral reforzada que el ordenamiento jurídico otorga a trabajadores que padecen una limitación en su capacidad para trabajar¹.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la jurisprudencia nacional aplicando las normas legales a casos concretos, ha dicho que las “*personas limitadas*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que acrediten una reducción en su capacidad laboral superior al 15%² o quienes denuestren que por otras

¹ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

² SL 10538 de 2016. M.P. Fernando Castillo Cadena “*Con las precisiones que anteceden, el Tribunal sí incurrió en los desaciertos fácticos y jurídicos que le endilga el censor, al exigirle a la demandada la autorización del Ministerio del Trabajo para poder despedir a la demandante, sin que existiera certeza de la limitación o discapacidad en el porcentaje que se exige para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues el «stress laboral» que padecía la actora y la solicitud de reubicación laboral que se le formuló al empleador, no son suficientes para considerarla como una trabajadora con limitación física, psíquica o sensorial en los grados a que se refiere la norma en cita, máxime que en el sub iudice, como lo destacó el mismo Juzgador de la apelación, la demandante no fue*

razones se encuentran en un estado de debilidad manifiesta en el momento del retiro.

Dicha jurisprudencia mantiene vigencia, a juicio mayoritario de la Sala, al margen de que la clasificación de los niveles de incapacidad según la intensidad se modifique o derogue por el legislador, pues la Sala Laboral fijó en la jurisprudencia referida unos parámetros jurisprudenciales objetivos y claros que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuales personas son objeto de la protección especial por sufrir limitaciones de la capacidad laboral que les generen dificultades ciertas para la reinserción en el sistema competitivo laboral, que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

Otorgar estabilidad reforzada a servidores que sufren limitaciones mínimas en la capacidad laboral, o a personas cuyo contrato termina por causas diferentes a la reducción en su capacidad laboral, traería un efecto contrario al pretendido por las normas y la jurisprudencia Constitucional, pues las cargas adicionales que deban afrontar los empleadores que vinculan a personas que tienen limitaciones en su capacidad laboral implicaría para esas personas, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los pocos empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

Con estos criterios, para acceder a la protección que se estudia, se debe demostrar una pérdida de capacidad laboral o una situación de debilidad manifiesta para el momento del despido, y que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en esa incapacidad.

Esta última condición se *presume* ocurrida cuando se demuestra el porcentaje de pérdida de capacidad o una situación de debilidad manifiesta, pero dicha *presunción* bien se puede desvirtuar por el empleador si aporta pruebas que

incapacitada, ni se le diagnosticó médicamente discapacidad alguna para el momento de su desvinculación”.

demuestren la existencia de otras causas eficientes de terminación del contrato de trabajo, como ocurrió en este expediente.

Además de que no hay evidencia alguna de discapacidad para laborar del demandante en la fecha de terminación de la relación de trabajo, el empleador probó que el contrato terminó por voluntad propia del trabajador.

Sobre lo primero (discapacidad) no se adjuntaron pruebas útiles por la parte demandante. Ningún testigo declaró sobre la materia, ni se allegaron documentos que demuestran una limitación efectiva en la capacidad de trabajo para el momento de terminación del vínculo laboral. Los documentos de folios 31, 37 a 48, 50 a 59 y 60 a 63 se refieren a hechos posteriores a la terminación del vínculo laboral, incluso, la calificación de pérdida de capacidad laboral fue emitida el 23 de febrero de 2017 y tiene fecha de estructuración el 4 de agosto de 2016 casi un año después de finalizado el contrato de trabajo.

Además, obran contra el demandante los efectos de la confesión ficta que declaró la juez en su contra.

Sobre lo segundo (causa de terminación del contrato de trabajo) las pruebas allegadas por la demandada permiten concluir que el vínculo terminó por decisión libre del trabajador. Sobre la materia declaró ROBINSON BUITRAGO -Jefe de Seguridad Industrial, Salud y Medio Ambiente-(Audio 1 Minuto 37:28), quien afirmó que el trabajador renunció por motivos personales, y que cuando la empresa lo iba a reubicar laboralmente no aceptó la reubicación, pues se trasladaría a Puerto Gaitán, y por ello renunció, previo acuerdo con su empleador.

Sobre la forma como se materializó el acuerdo, obra la carta de renuncia en folio 113, y el acta de la transacción en el folio 21, celebrada válidamente, pues si bien los artículos 13, 14 y 15 del CST limitan la autonomía de la voluntad privada en asuntos del trabajo, de ello no se puede entender la ineficacia de todos los pactos que celebre el trabajador con su empleador para regular las

condiciones de trabajo o para terminar las relaciones que viene ejecutando. Cuando el pacto cumpla las condiciones que el artículo 1502 del Código Civil estipula para la validez del actos jurídicos, a saber: capacidad, consentimiento libre de vicio, y objeto y causa lícitos, como ocurrió en el caso que se estudia³, tiene plena eficacia.


Sin costas en la Consulta.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

ACLARO VOTO

³ En esta Transacción se dejó constancia que la sociedad SODEXO S.A reconoció al trabajador la totalidad de acreencias laborales y extralegales que se generaron en su favor, además le fue reconocida una bonificación por mera liberalidad de \$6.700.000. Lo anterior se evidencia de la liquidación de prestaciones sociales (folio 22) en la que se observa una suma sufragada por \$10.019.559 pesos.

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE AURA ESTELLA COGUA MORENO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 16 de julio de 2020 por la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, AURA ESTELLA COGUA MORENO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad absoluta del traslado de la demandante del RPM al RAIS, y de todos los trasados horizontales entre distintas AFP's, con fundamento en que el fondo privado no le proporcionó

ilustración suficiente sobre el traslado de régimen pensional, como cálculos y proyecciones pensionales respecto a su futuro pensional, ni le indicaron las implicaciones del cambio de régimen. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare que siempre estuvo afiliada en el RPM administrado por COLPENSIONES, se traslade a dicha entidad el monto total existente en la cuenta de ahorro individual, y se reconozca a su favor la pensión de vejez desde la fecha a partir de la cual alcanzó el status pensional (ver demanda en las páginas 1 a 9, archivo 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante se trasladó de régimen pensional de manera libre y voluntaria, sin vicios en el consentimiento por error, fuerza o dolo, ni anotación alguna que permita inferir constreñimiento o presiones indebidas o que hubo inconformidad de la afiliada, y advirtió que no se cumplen los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010 para que la afiliada pueda trasladarse entre regímenes pensionales en cualquier tiempo. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación en páginas 61 a 83, archivo No. 1 del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de la demandante al RAIS fue una decisión libre, voluntaria, sin presiones y engaños, como consta en el formulario de afiliación, documento que se presume auténtico. Propuso como excepciones: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica* (ver contestación en folio 144 a 160 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de julio de 2020, mediante la cual la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS)¹. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora AURA STELLA COGUA MORENO por medio del formulario radicado el primero de abril de 1999 del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante que incluyan cotizaciones y rendimientos sin que le sea posible descontar suma alguna por mesadas, gastos de administración o cualquier otro. TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. CUARTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A., liquídense con la suma de \$900.000 a título de agencias en derecho. QUINTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conforme lo dispuesto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social”* (audiencia virtual parte 2, hora 1, minuto 31:02).

Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral y concluyó que el fondo privado de pensiones no demostró que haya brindado información suficiente y completa sobre las ventajas y desventajas del traslado de régimen, pues la única prueba aportada al proceso es el formulario de afiliación que suscribió la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

¹ La sentencia se dictó de manera conjunta con el proceso ordinario laboral No. 36 2018 00665 00, promovido por GILMA AURORA OLAYA VEGA contra COLPENSIONES y PORVENIR SA.

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Afirma que la actora escogió su afiliación en el RAIS de forma libre y sin presiones, después de recibir información de los asesores del fondo privado, tal como ella misma lo reconoció en su interrogatorio de parte y en el formulario de afiliación que suscribió, y estima que dado el nivel académico de la demandante ella tenía la facilidad de conocer sus obligaciones como consumidora financiera. Además, advirtió que: (i) si bien la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sentado una línea jurisprudencial en materia de ineficacia del traslado, se debe estudiar cada caso de forma particular; (ii) para la fecha en la cual operó el traslado de régimen, las normas vigentes no exigían la realización de proyecciones pensionales, o los deberes de asesoría o buen consejo; y (iii) aunque la demandante contaba con 35 años para el 1° de abril de 1994, no acreditó quince años de cotizaciones conforme lo exige la Sentencia SU 062 de 2010 para trasladarse entre regímenes pensionales en cualquier tiempo. Finalmente, considera que la acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita, y que la prohibición de traslado entre regímenes que dispone el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, busca garantizar la sostenibilidad del sistema y evitar la descapitalización del fondo común del RPM (audiencia virtual parte 2, hora 2, minuto 37:40)².

² “Su señoría muy respetuosamente me permito interponer recurso de apelación con respecto a ambos procesos de forma continua, conjunta perdón, solicitando al Honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que teniendo en cuenta que si bien los fallos de la Honorable Corte Suprema de Justicia traídos a colación por el despacho la Corte ha declarado la ineficacia del traslado de los actores, lo cierto es que las mismas sentencias han indicado que cada caso se debe estudiar de forma particular y con respecto a esto solicito al Honorable Tribunal estudiar de forma particular los casos aquí debatidos, teniendo en cuenta que si bien es cierto que a 1994 las demandantes tenían más de treinta y cinco años de edad, estas no acreditaron los quince años de cotización correspondientes a setecientos cincuenta semanas cotizadas en los términos de la SU 062 del año 2010, por lo que los asuntos aquí debatidos no son análogos a los estudiados por la Corte pues no se evidencia una expectativa legítima por parte de las demandantes para pensionarse con mi representada, es que cabe resaltar que si bien las demandantes en un principio pudieron ser beneficiarias del régimen de transición por edad, estas no lograron mantener dicho régimen pues en virtud del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 al trasladarse a la AFP Porvenir perdieron dicho beneficio, con respecto a lo anterior, téngase en cuenta que las demandantes se encuentran válidamente afiliadas al régimen de ahorro individual pues suscribieron formularios de afiliación con la AFP Porvenir, además éstas en sus interrogatorios de parte manifestaron que eligieron libremente y sin presiones dicho régimen porque les ofrecían ventajas que no evidenciaban en el régimen de prima media, además tanto la señora Aura Stella como la señora Gilma Aurora aceptaron que al momento del traslado recibieron asesorías por parte de los promotores de la AFP, hecho con el cual quedó debidamente acreditado el deber de información pues para la fecha de los traslados año 2000 la obligación de los fondos solamente era la de brindar información y no se requería proyección pensional o deber de asesoría o buen consejo por lo que no es dable imponerle dichas obligaciones al fondo aquí demandando, además, contrario a lo manifestado por el

Por su parte, la apoderada de PORVENIR S.A. pide que se revoque la sentencia de primera instancia, y de forma subsidiaria, se revoque la condena a devolver las sumas descontadas por concepto de gastos de administración. Afirma que solo procede la declaración de ineficiencia cuando el fondo actúe con la intención de dañar o causar daño, sin embargo no se alegó ni se acreditó que PORVENIR hubiese actuado con dolo, y por el contrario, sí se demostró que la demandante suscribió el formulario de manera voluntaria, después de recibir información suficiente y objetiva según las normas vigentes para la época en la que operó el traslado. Además, considera que no se puede declarar de forma automática la ineficacia del traslado, pues siempre es necesario analizar cada caso de forma particular, tal y como lo advierte el Magistrado Jorge Luis Quiroz Alemán en el salvamento de voto que propuso frente a la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia dentro del proceso con radicado No. 5912, aplicar un criterio generalizado sin importar si la persona tenía o no un derecho consolidado o si era beneficiario del régimen de transición, o si estaba próximo a pensionarse, está en contravía del régimen legal que estableció la libertad de escogencia del régimen pensional -afirma-. Finalmente, respecto los gastos de administración aduce la

despacho el nivel académico de las demandantes si debe tenerse en cuenta pues la misma Corte ha indicado la importancia de diferenciar un afiliado lego de uno experto de lo que se puede concluir que las actoras por su nivel académico tenían la facilidad de conocer las obligaciones como consumidoras financieras, ahora bien, es dable tener en cuenta que la prohibición del artículo dos de la Ley 797 del año 2003 o la prescripción de la acción laboral pues la aplicación del mencionado artículo tiene alcance constitucional ya que con el mismo se garantiza el principio de sostenibilidad financiera del sistema ya que según la misma Corte Constitucional, el objetivo perseguido con el señalamiento del periodo de carencia consiste en evitar la descapitalización del fondo común del régimen solidario de prima media que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común pudiesen trasladarse de régimen cuando estuviesen próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez como ocurre en los presentes asuntos y, con respecto a la prescripción, la misma debe aplicarse ya que las ineficacias de traslado no gozan de aquella imprescriptibilidad del derecho a la seguridad social pues el problema jurídico es el acto de afiliación o traslado entre regímenes pensionales, que no es un aspecto consustancial a la prestación pensional, por todo lo anterior, se solicita al Honorable Tribunal se tenga en cuenta todas las particularidades que expongo pues como ya dije no solo no estamos en asuntos que no son análogos a la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia sino que además, en estos asuntos se pudo determinar que las demandantes no demostraron el vicio de consentimiento que alegaron y que además tampoco era dable trasladar dicha carga probatoria a la AFP demandada pues esto también opera únicamente cuando las circunstancias particulares del caso así lo ameritan y no como ocurre con las aquí demandantes donde por el contrario, sólo se logró probar la falta de cuidado de estas como consumidoras financieras en los términos del régimen de protección al consumidor financiero, en tal sentido queda sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias”.

improcedencia de su devolución dado que estos se encuentran afectados por el término de prescripción y porque constituiría un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES, pues estas sumas no están destinadas a incrementar las mesadas pensionales sino a pagar gastos operativos que se causan por la gestión adelantada por los fondos privados de la cual se derivan aumentos en los rendimientos de los afiliados (audiencia virtual parte 2, hora 1, minuto 37:40)³.

³ “Señoría, estando en mi oportunidad pertinente me permito pues interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida del presente pues caso en el cual indica que opera el fenómeno de la ineficacia por falta de información. (Intervención de la Juez), es para ambos procesos entonces lo generaré de manera conjunta respecto del proceso de la señora Aura Stella Cogua Moreno radicado 2018 264 y Gilma Aurora Olaya Vega radicado 2018 665, bueno, para dar continuidad es pertinente manifestar a los Honorables Magistrados que no se puede declarar de forma automática en este caso la ineficacia del traslado pues siempre es necesario que se analice cada caso o situación en particular de los afiliados, tal como lo advierte el salvamento de voto del Doctor Jorge Luis Quiroz Alemán en sentencia de tutela radicado 5912 en el que indicó, tampoco considero que pueda accederse de manera indiscriminada todas las pretensiones de nulidad o ineficacia de traslado con fundamento en la falta de información alegada por el demandante porque estimo que es necesario revisar en cada caso en particular con la singularidades que uno tiene tal como se ha precisado en las sentencias de casación que ha tratado el asunto y no puede generalizarse con el argumento de que sin importar si tiene o no un derecho consolidado, si tiene o no un beneficio transicional o, si está próximo o no a pensionarse, dada que la violación del deber de información se predica es frente a la validez del acto jurídico considerado en sí mismo, esto es, teniendo en cuenta las particularidades de cada asunto, hacerlo de forma masiva, sin estudiar cada solicitud se estaría creando un sistema legal que no fue establecido por el ordenamiento jurídico en tanto el legislador garantizó la libertad de elección del régimen pensional en cabeza de la afiliada del traslado con las consecuencias jurídicas que conllevó. Y consecutivamente a esto quiero manifestarle a los Honorables Magistrados que no opera esta ineficacia por lo establecido en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la cual pues de una manera expresa indica que para que se ejecute la correspondiente declaratoria los actos tienen que tener un acto de dolo para impedir adjuntar contra la libertad de afiliación o en este caso del traslado lo que supone la intención de dañar, de causar un daño y en este caso pues ni se alegó ni se acreditó el dolo por parte de mi representada en los dos procesos y por el contrario, lo que se exhibe es con claridad que las demandantes pues firmaron un formulario de una manera voluntaria y nuevamente pues quiero reiterar que el legislador bajo la Ley 797 de 2003 que en su artículo dos consagró la prohibición legal para el traslado entre régimen, entonces cuando ya van a generar el proceso pues no es procedente realizarlo por la falta correspondiente de tiempo, queremos también enfatizar respecto a lo establecido en el Decreto 2555 del 2010 en su artículo 2.6.10.1.4 en el cual establece los deberes que tienen que tener los consumidores financieros de fondos de pensiones como lo es informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones, también debe pues de todo lo relacionado con la toma de decisiones frente a la afiliación y traslado de los mismos, entonces pues no resulta posible que las demandantes empleen una falta de conocimiento por no haber recibido una información sabiendo que es obligación mantenerse conocedor sobre sus derechos pensionales, derechos que pues en este caso tienen guarda constitucional. También se quiere hacer anotación pues respecto a la condena que se habla frente a los gastos de administración, es importante mencionar señores Magistrados que de acuerdo con el concepto 116 del 2020 la Superintendencia Financiera de Colombia, las AFP no se encuentran en la obligación de trasladar sus gastos de administración ya que fueron causados en el transcurso del tiempo al administrar la cuenta de ahorro individual de cada afiliado, por otra parte, pues agregamos que estas sumas o gastos de administración no corresponden a las afiliadas dado que no están destinadas a incrementar mesadas pensionales, por el contrario, lo que quiere o pertenecen son a gastos operativos que son causados por la gestión adelantada por mi representada para aumentar rendimientos financieros de las partes demandantes por lo que sin duda si se ordena la devolución de los mismos pues esto puede constituir un enriquecimiento sin causa para Colpensiones, además que al no ser parte del derecho pensional pues no son imprescriptibles como si lo es el citado derecho y por ende pues son susceptibles de que se declare el fenómeno prescriptivo sobre ellos.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

Ya con el fin de finalizar y no hacer tan extenso este recurso queremos retomar respecto al concepto de la Superintendencia Financiera 2015 123910 del 29 de diciembre del 2014 el Estatuto Financiero indica que pues todas las AFP tienen que indicar o informar las condiciones y requisitos propios del régimen de ahorro individual como el régimen de prima media con prestación definida y de esta manera pues se acredita el deber de información, este deber de información se quiere hacer extenso que es exigible previamente deber de información documentado ¿no?, desde el año 2004 y pues queda probado que sí se recibió una información por parte de los asesores que en este caso suscribieron, apoyaron la suscripción de los formularios de afiliación, entonces pues de conformidad con los argumentos señalados le solicito al Honorable Tribunal Sala Laboral analizar las circunstancias particulares de cada proceso que conducen a concluir que pues las partes demandantes se les suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación de Porvenir y pues comedidamente se solicita que se revoque en su integridad las dos sentencias, dejo pues en estos términos sustentado mi recurso, muchísimas gracias”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 40 años de edad y había cotizado 657,71 semanas⁴, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 9 años, 7 meses y 8 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado la edad de pensión (tenía 59 años – ver páginas 17 y 50, archivo No. 1, expediente digital).

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

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

⁴ Ver historia laboral obrante en el expediente administrativo, carpeta No 2, expediente digital.

⁵ *Ibidem*.

obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁶ ⁷, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*". En este sentido: (i) *"El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*. Además –dice la Corte- (ii) *"Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y*

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

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

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

suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR (dada la fusión por absorción de la AFP COLPATRIA) no demostró haberle brindado información suficiente en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y por ello la afiliación de la actora en el RAIS no se consolidó. No se obtiene prueba de ello del interrogatorio de parte que la demandante rindió en el proceso, pues no confesó que los asesores

EXP. 36 2018 00264 01
Aura Estella Cogua Moreno Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

comerciales de PORVENIR le hubieran brindado información en los términos establecidos por la Corte, solo manifestó que le dijeron que el ISS iba a desaparecer, y que ellos se encargarían de recolectar las semanas para que éstas no se perdieran (audiencia virtual, parte I, minuto 31:56).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* o ratificación del acto, el paso del tiempo.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo del fondo demandado la devolución de todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en estos casos (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), pues esta declaración (la ineficacia), obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

EXP. 36 2018 00264 01
Aura Estella Cogua Moreno Vs la Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y otra

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

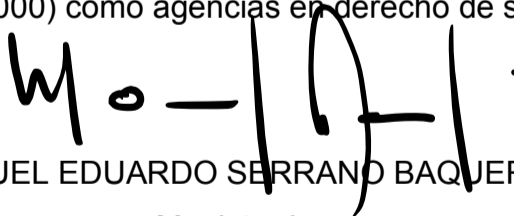


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE OLGA ISABEL ALFONSO BECERRA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 4 de agosto de 2020 por la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar pensión de vejez, con fundamento en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OLGA ISABEL ALFONSO BECERRA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca a su favor pensión de vejez con base en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003. Afirma que COLPENSIONES negó el derecho bajo el argumento de que nadie puede percibir dos asignaciones del tesoro público, pese a que cumple el requisito de edad, cotizó una densidad de 1.305 semanas al ISS hoy COLPENSIONES entre el 1° de febrero de 1979 y el 30 de abril de 2018, y esos tiempos no

sirvieron para el reconocimiento de la pensión de jubilación a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG) por ser beneficiaria del régimen exceptuado de maestros afiliados al FOMAG. Pide que se le reconozca la pensión a partir del momento en que cumplió los requisitos de edad y semanas, se le paguen las mesadas debidamente indexadas junto con los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 (ver demanda y reforma en las páginas 2 a 9 y 99 a 102 del archivo No 1, expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la actora adquirió el estatus de pensionada en el FONDO DE PRESTACIONES SOCIALES AL MAGISTERIO – FOMAG el 17 de enero de 2012, es decir, después del 19 de junio de 2002 (día anterior a la vigencia del Decreto 1278 de 2002), y de conformidad con la Circular Interna No. 1, numeral 1.6.9. de la entidad, la pensión de jubilación que percibe a cargo del FOMAG es incompatible con la pensión de vejez que reclama. Advirtió que a partir del Acto Legislativo 01 de 2005 no existen regímenes especiales ni exceptuados. Propuso como excepciones: *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de COLPENSIONES, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación a la demanda y a la reforma en las páginas 75 a 92 y 131, archivo No 1, expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 4 de agosto de 2020, mediante la cual, la Juez Treinta y seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a favor de la actora pensión de vejez con fundamento en

la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora OLGA ISABEL ALFONSO BECERRA la pensión de vejez a partir del primero de mayo del 2018 en cuantía inicial de \$781.242 junto con una mesada adicional por año y los reajustes anuales correspondientes. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar las mesadas pensionales debidamente indexadas conforme se indicó en la parte motiva. TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la encartada, en su liquidación se debe incluir la suma de \$1.200.000 a título de agencias en derecho. SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión tal como lo ordena el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, esto es, en favor de COLPENSIONES”* (audiencia virtual minuto 52:13 – archivo No 7 expediente digital).

Para tomar su decisión, la Juez concluyó que la pensión de jubilación reconocida a favor de la demandante no se integró al sistema general de seguridad social y es por ello compatible con la pensión de vejez que reclama, y advirtió que el FOMAG no tuvo en cuenta para efectos del reconocimiento pensional los aportes efectuados por la actora al ISS, hoy COLPENSIONES. Reconoció el derecho pensional bajo los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, por cumplir los requisitos de edad y semanas exigidos, a partir del 1° de mayo de 2018, momento en el cual operó la desafiliación del Sistema, y dispuso el pago de la prestación en cuantía de 1 SMLMV, sobre 13 mesadas anuales, y el pago de las mesadas causadas con indexación.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la demandada pide que se revoque la sentencia. De forma subsidiaria que se modifique la fecha a partir de la cual

se debe pagar la prestación, y que se revise el valor de mesada. Afirma que la pensión de jubilación que percibe la demandante y la pensión de vejez reconocida en primera instancia sin incompatibles, pues para esta última se tuvieron en cuenta tiempos que provienen del sector público por aportes que efectuó la UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL entre el 1° de septiembre de 2001 hasta junio de 2008, que no podían ser sumados. Además, considera que no es procedente el reconocimiento pensional a partir del mes de mayo de 2018 dado que no se reportó la novedad de retiro. De ser confirmada la decisión, solicita que se revise la condena a pagar la mesada pensional en un SMLMV (audiencia virtual, minuto 54:22 - expediente digital, archivo No. 7)¹.

¹ *“Doctora me permito presentar recurso de apelación el cual sustento de la siguiente manera, solicitando al Honorable Tribunal que se revoque la sentencia aquí proferida y en su lugar se absuelva a mi representada del reconocimiento a la pensión de vejez bajo los parámetros de la Ley 797 del año 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, toda vez que los tiempos cotizados a esta administradora con la Universidad Pedagógica Nacional desde el primero de septiembre del año 2001 hasta junio del año 2008 no pueden ser sumados para dicho reconocimiento ya que los mismos al igual que los que se evidencian en la resolución de reconocimiento del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio con la Secretaría de Educación provienen del sector público, esto teniendo en cuenta la naturaleza de la mencionada universidad por lo que no es dable realizar un nuevo reconocimiento con financiación del tesoro público cuando la demandante ya recibe una prestación proveniente del mismo, pues en reiterada jurisprudencia tanto del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia entre ellas mencionadas aquí por el despacho en la sentencia se ha dicho que la pensión solo es compatible siempre y cuando los tiempos cotizados al Instituto de Seguros Sociales tengan un origen particular diferente del sector público, es así como en este caso, es dable traer a colación el artículo 128 de la Constitución Política Colombiana el cual establece que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado salvo los casos expresamente determinados por la ley y es claro y se reitera que la prestación que se ordena reconocer a cargo de Colpensiones al igual que la reconocida por el FOMAG, serían financiadas por el sector público pues así se evidencia en la historia laboral emitida por mi representada donde obran semanas cotizadas con una entidad de carácter público, además, también hay lugar a que el mencionado reconocimiento no sea reconocido a partir del mes de mayo del 2018 pues al verificar la historia laboral de la demandante para dicha data no obra novedad de retiro, además esta solicitud, el reconocimiento en junio del mismo año por lo que de acuerdo al artículo 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990 y también lo ha manifestado la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral mediante la sentencia, por ejemplo, la 13425 del 24 de marzo del año 2000 sobre la desafiliación del sistema de seguridad social en pensiones mediante la novedad de retiro al sistema ha expresado, que el requisito de la desafiliación debe exigirse porque con él se pone un límite al ejercicio del derecho de cotizar, esto es, de congelar la última cotización para poder saber así cuál es el último aporte y presupuesto necesario para dar cumplimiento a lo dispuesto al artículo 13 del mencionado Acuerdo 049, finalmente y en caso de que el Tribunal decida confirmar la decisión de la Juzgadora de instancia en cuanto a que es dable reconocer la pensión de vejez por parte de mi representada a la demandante, solicito también que se revise aquella condena en la que se condena a la mesada pensional de la demandante en el salario mínimo, muchas gracias.*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución 7922 del 21 de diciembre de 2012, la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ y el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO reconocieron pensión de jubilación a la demandante, a partir del 18 de enero de 2012, en cuantía inicial de \$1.894.998, por la prestación de sus servicios como docente de vinculación nacional (ver resolución en las páginas 28 a 31, archivo No. 1 del expediente digital).

Tampoco se controvertió que OLGA ISABEL ALFONSO BECERRA ha cotizado a COLPENSIONES 1305 semanas de aportes entre el 1 de febrero de 1979 y el 30 de abril de 2018; así se observa en la historia laboral aportada por la entidad demandada con el expediente administrativo (archivo 6, expediente digital).

Para resolver la controversia el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, advirtiendo que las “*prestaciones a cargo [DE DICHO FONDO] serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración*”.

En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes, son compatibles con las que surjan del Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, aspecto sobre el cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado de forma reiterada². En la sentencia con radicado No. 40848 del 6 de diciembre

² Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, radicado 40848 del 6 de diciembre de 2011, M.P. Camilo Tarquino Gallego: “(...) los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la

de 2011, la Corte estableció que los reglamentos del ISS no limitan la obligación de los empleadores de afiliar al Sistema de pensiones a los docentes, cuando éstos prestan servicios en centros educativos de carácter particular. Por el contrario, esos servidores son afiliados forzosos y por ello bien pueden causar, y se les deben pagar, las pensiones que nacen de sus aportes. Advirtió además la Corte en dicha sentencia, que los pagos efectuados por el ISS a sus afiliados no constituyen asignaciones del tesoro público, *“en tanto los aportes que sirven para su financiación no tienen origen en fondos de naturaleza pública, dado que son realizados por empleadores y trabajadores”*³, materia sobre la cual es particularmente claro el contenido del artículo 13 literal m) de la Ley 100 de 1993.

Además, en el caso de la demandante, el Acto Legislativo 01 de 2005 no afectó el derecho, pues el párrafo transitorio No 1⁴ estableció que el régimen exceptuado de los afiliados al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO se continúa aplicando a los docentes oficiales que se encontraban vinculados con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003 (26 de junio de 2003), como ocurrió con la demandante, quien se vinculó a dicho Fondo el 26 de abril de 1994 según consta en la Resolución que le reconoció la pensión (ver resolución en la página 28 a 31 del archivo No. 1, expediente digital).

misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo”.

El anterior precedente ha sido reiterado por la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 451 del 17 de julio de 2013 (M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO), en la cual se concluyó la procedencia de la devolución de saldos en favor de una persona que percibía una pensión de jubilación reconocida por la prestación de sus servicios como docente oficial.

³ Ídem.

⁴ *“El régimen de los docentes nacionales, nacionalizados y territoriales, vinculados al servicio público educativo oficial es el establecido para el Magisterio en las disposiciones legales vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 812 de 2003, y lo preceptuado en el artículo 81 de esta. Los docentes que se hayan vinculado o se vinculen a partir de la vigencia de la citada ley, tendrán los derechos de prima media establecidos en las leyes del Sistema General de Pensiones, en los términos del artículo 81 de la Ley 812 de 2003”*

En este orden de ideas y dado que el derecho pensional que reclama es compatible con la pensión de jubilación que recibe la demandante, pues esta última se causó en vigencia del régimen de excepción aplicable a los docentes oficiales, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en la medida en que la actora demostró los requisitos de acceso a la pensión de vejez que regula el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Esta norma asigna pensión de vejez a las mujeres que cumplan 57 años de edad, si acreditan *“haber cotizado un mínimo de mil (1000) semanas en cualquier tiempo. A partir del 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”*. La demandante cumplió la edad de 57 años el 17 de enero de 2014 (de conformidad con la cédula de ciudadanía obrante en el plenario, página 16) y para el 30 de abril de 2018 completó 1305 semanas de cotización, por lo cual procede el reconocimiento de la prestación. La densidad de cotizaciones se observa de la historia laboral allegada por la demandante (folios 17 a 27 y expediente administrativo – archivo No 6, expediente digital) y corresponde a tiempos que no tuvieron incidencia en el reconocimiento pensional a cargo del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

Para responder a los argumentos expuestos en el recurso se debe precisar que si bien la historia laboral informa de aportes efectuados por la UNIVERSIDAD PEDAGÓGICA NACIONAL (institución educativa de naturaleza pública) entre el 1° de septiembre de 2001 y el 31 de junio de 2008, dichos tiempos no fueron tenidos en cuenta para el reconocimiento de la pensión de jubilación del magisterio pues durante ese mismo lapso se prestaban servicios en la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ cuyos aportes se efectuaron al FOMAG.

Las demás cotizaciones que se efectuaron al ISS corresponden a instituciones educativas y a empleadores del sector privado.

Así las cosas, la demandante causó el derecho que reclama el 25 de marzo de 2018, cuando completó 1300 semanas cotizadas al Sistema, pues para ese momento había cumplido la edad de pensión (cumplió los 57 años el 17 de enero de 2014), y la prestación podía ser exigida desde la fecha en que se desafilió del Sistema, lo que se entiende ocurrido con el pago del último aporte, en el ciclo de abril de 2018 (ver historia laboral obrante en el expediente administrativo).

Se confirmará entonces la decisión dictada en primera instancia que dispuso el pago de la primera mesada pensional a partir de ese momento, advirtiendo que sobre ninguna de las mesadas operó el término de prescripción dado que la demanda se interpuso el 27 de noviembre del mismo año (ver folio 46).

También se confirmará la sentencia en cuanto dispuso el pago de la mesada sobre 1 SMLMV, pues por disposición del artículo 35 de la Ley 100 de 1993 la pensión de vejez no puede ser inferior al valor del salario mínimo legal mensual vigente; y en cuanto dispuso el pago de la prestación sobre 13 mesadas anuales por mandato del párrafo transitorio No. 6 del Acto Legislativo 01 de 2005, pues se causó después del 31 de julio de 2011 (en el año 2018).

COSTAS en la apelación corren a cargo de la parte demandada.

DECISION

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

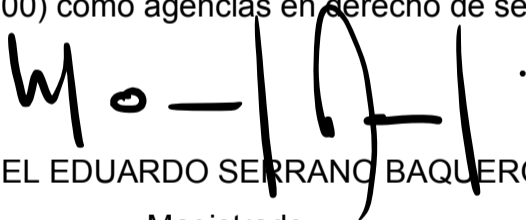
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GUILLERMO GARZÓN CELI CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A.**

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

Como la ponencia presentada por la magistrada MARLENY RUEDA OLARTE el pasado 30 de octubre de 2020 no fue aceptada, se reúne nuevamente la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 22 de mayo de 2019 por el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se NEGÓ la anulación del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GUILLERMO GARZÓN CELI presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado de RPM al RAIS, ocurrido el 27 de noviembre de 2002, con fundamento en que el fondo privado no le informó sobre las implicaciones de trasladarse de régimen, ni el valor probable de la mesada que le correspondería. Como consecuencia de lo

anterior pide que se declare que está válidamente afiliado en el RPM, administrado por COLPENSIONES, se ordene el traslado de los aportes que efectuó en el fondo privado, y se reconozca a su favor la pensión de vejez a partir del momento en el que cumplió 62 años, teniendo en cuenta los salarios cotizados durante los últimos 10 años, junto con los intereses moratorios que se generen (ver demanda en folios 1 a 11 del expediente y subsanación en folios 58 y 59).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado en PORVENIR S.A. y no ocurrió error, fuerza o dolo en el consentimiento que prestó para realizar su traslado de régimen. Propuso como excepciones la de *prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 86 a 94).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación se realizó en cumplimiento de todos los presupuestos legales establecidos para la perfección del acto jurídico, y el asesor comercial del fondo le dio a conocer de manera completa, clara y suficiente los requisitos para pensionarse en el RAIS y en el RPM. Propuso como excepciones la de *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 118 a 128 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de mayo de 2019, mediante la cual el Juez Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la anulación o ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: ABSOLVER a la AFP PORVENIR S.A. y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el demandante GUILLERMO GARZÓN CELI, de acuerdo con la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDA: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las propuestas. TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo del demandante. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de cada una de las accionadas. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR” (CD 3, hora 1, minuto 45:20).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia estimó que el formulario de afiliación es suficiente para entender que el demandante sí fue asesorado y tuvo conocimiento de las consecuencias que implicaban su traslado, y advirtió que en el momento en el que se trasladó de régimen el promedio de sus salarios equivalía aproximadamente a 2 SMLMV, por lo que de haber permanecido afiliado en el RPM bajo el mismo esquema de cotización, obtendría una pensión equivalente a 1 SMLMV, no obstante lo anterior, se trasladó de régimen, aumentó el IBC y se vinculó a cotizaciones voluntarias, a fin de acceder a una prestación anticipada y mejores condiciones a las ofrecidas en el ISS. Además, considera que en dichas circunstancias, al demandante le podía resultar más favorable afiliarse al RAIS, y el asesor comercial no tenía la posibilidad de conocer o proyectar su futuro pensional sin saber los cambios que con posterioridad a la afiliación se iban a presentar en los aportes.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la parte demandante pide que revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y se acceda a las pretensiones incoadas. Afirma que la leyenda consignada en el formulario de afiliación no demuestra el detalle de la información que se le suministró al actor, ni que se

le hubiese explicado qué pasaría con el bono pensional, cuáles son los requisitos para adquirir la pensión en el RAIS, cuáles son las modalidades de pensión en dicho régimen, las diferencias entre ambos regímenes pensionales, o que se le hubiese realizado proyección pensional alguna, por lo que considera que con ello no se puede validar que la información sí fue suministrada y se debe entender la configuración de un error por falta de información para el momento del traslado. Además, advierte que el demandante en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso explicó que la motivación de su traslado era el miedo a la desaparición del ISS, que los aportes voluntarios fueron efectuadas por iniciativa del empleador, y que sí tenía estabilidad en la medida en que la empresa para la que laboraba mantuviera su contrato con el Estado, y señaló que el salario del actor que se reporta en el formulario de afiliación ascendía a la suma de \$6.318.000 (CD 3, hora 1, minuto 46:06)¹.

¹ *“En este punto del proceso, interpongo recurso de apelación por los siguientes motivos que paso a enunciar y explicar en el orden en el que se han planteado, tratando de seguir el mismo orden que se ha planteado en las consideraciones de la sentencia. La primera de las consideraciones es que al Despacho le llama al atención que el formulario de afiliación comparado con formularios de años anteriores de este misma administradora guarda cierto detalle en cuanto a las condiciones o a lo que se le dijo al demandante, en este caso yo quiero señalar que no concuerdo con esta apreciación porque este formulario no tiene ningún detalle como lo dice el Despacho, simplemente dice “hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia del régimen de ahorro individual habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos propios de este, en particular sobre el régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de mi decisión frente a los requisitos para acceder a la pensión”, no es más lo que dice. En cuanto al régimen de transición pues no es objeto del debate que el afiliado pues no tiene el régimen de transición, entonces esto no tiene ninguna relevancia. En cuanto a los bonos pensionales, pues no se le explicó al demandante, no quedó comprobado que se le haya explicado, qué sucede con los bonos pensionales, ni qué sucede con las implicaciones de su decisión frente a los requisitos para acceder a la pensión, porque en este formulario ni en el proceso se ha demostrado que se le explique que hay diferentes modos de pensionarse en el RAIS, es decir, una de las diferencias más importantes es que existen modalidades, y aquí no están ni en el formulario, ni en el proceso, detallado, explicado, que se le haya dicho, ni siquiera una proyección al demandante, ni siquiera que existían modalidades de pensión, que es la diferencia más importante entre los regímenes, que mientras que en uno es una prestación definida en el otro es una prestación definible, son totalmente diferentes y esto no se le explica al demandante por ninguna parte, aunque en el cuadro de arriba hay un detalle más explícito respecto del régimen de transición, esto no tiene ninguna relevancia para el caso en concreto, por lo que aquí no estamos hablando de un régimen de transición. En cuanto a los bonos pensionales, no se le está explicando absolutamente nada, porque es el momento de la vida del señor GARZÓN que no se le ha explicado qué es un bono pensional, entonces no concuerdo con que este formulario de alguna forma válida que es lo que se le ha informado a él, porque en este formulario no hay ningún detalle como lo explica el despacho, ya los demás incisos que trata este formulario son temas totalmente ajenos, y qué pasa con esto que estoy mencionando, que la Corte Suprema lo que ha dicho es que este traslado hay que evaluarlo en su acto jurídico como tal, como qué fue lo que se le informó y qué fue lo que no se le informó, no se trata como lo indica el despacho de alegar la nulidad cuando conviene, y cuando no conviene, y no alegarla cuando*

sí conviene, porque es que lo que se tiene que mirar como tal es el acto jurídico mismo, entonces cuando el despacho hace la consideración acerca de que se debería alegar la nulidad cuando esta falta de información terminó (...) al afiliado, pues no es así pues es que se debe recordar que el Código Civil indica que la nulidad debe ser alegada por aquella persona a la que se siente precisamente en este caso inducida al error, entonces sí existe una falta de información por parte de la AFP que no está siendo ratificada por este formulario, esta proforma no contiene ninguna información adicional a las que en un principio estuvieron emitiendo las administradoras de fondos de pensiones, es la misma generalidad que se presenta en los inicios de la implementación de este subsistema de ahorro individual. Ahora, qué pasa con el móvil que dice el despacho que fue el que en el interrogatorio de parte terminó valga la redundancia motivando el traslado, lo que dijo el afiliado, el demandante fue el temor a la desaparición del ISS y dice el despacho que no era un temor que no era infundado, pero es que las AFP's según las reglas de la experiencia, eran las que estaban siendo encargadas encargadas de difamar esta información, de replicar esta información que no tenía ningún soporte legal. El hecho de que haya una volatilidad legislativa no quiere decir que las administradoras se pudieran haber beneficiado de la misma, porque así cuando se le informa a la persona que el ISS iba a ser liquidado, no era algo que la administradora de fondo de pensiones tuviera que haber tomado provecho de ello, por el contrario, como organización que hace parte del sistema financiero y tiene un deber profesional, lo que tenía que hacer era decirle al administrado, a su usuario, esto simplemente es un proyecto legislativo, no hay una norma que hasta ahora se esté proyectando como una propuesta a nivel legislativo constitucional, que nos llevare a pensar esto, no, lo que tenía que hacer en ese momento las AFP era decirle al afiliado que ese temor que él tenía era infundado, y con mucho respeto lo digo ante el juzgado, aquí no se puede decir que no era un temor infundado, pues las AFP fueron las encargadas de regar estos rumores, de decir que el ISS se iba a acabar, y se estaban aprovechando precisamente de esto. Tenían que hacer todo lo contrario a lo que hicieron, y a parte de hacer esto, informarle al demandante cuáles eran las verdaderas diferencias entre los regímenes pensionales. Aquí el despacho no sé porqué concluyó que él sí sabía que para acceder a una pensión más alta tenía que hacer aportes adicionales cuando él nunca dijo eso en el interrogatorio, aunque hubo unos aportes voluntarios, pues él mismo fue quien explicó que había sido el empleador el que había tomado la decisión de realizarlos y en un momento de la vida totalmente diferente a cuando se realizó el traslado, entonces no tiene nada que ver, en primer lugar el nunca afirmó que sí supiera que tuviera que hacer aportes adicionales, eso nunca lo dijo, y segundo, tampoco los hizo, fue el empleador el que los realizó. Ahora, dice el despacho que era razonable que por ese aumento que en ese momento el tenía en su salario que le conviniera el traslado al RAIS por precisamente el salario que tenía, detalleemos el formulario de afiliación que el salario al momento del traslado era de \$6.318.000, y tengamos en cuenta las características en el RAIS, en el RAIS una de las mayores características o de los beneficios que se reportan son los intereses que generan los ahorros o las cotizaciones que se van realizando durante toda la vida, pero aquí nos encontramos con un afiliado que ya teniendo más de 40 años pues no tiene ningún rendimiento, osea, ya que tiene más de mil semanas en las cuales no generó ningún tipo de redimiento, entonces en dónde está la razonabilidad de que esta decisión sea acertada, no la veo por ningún lado con todo respeto, porque, todo lo contrario, un sueldo como el que se indica en el formulario de afiliación para el año 2002 es un sueldo respecto del cual en ningún momento haya generado rendimientos, porque el bono pensional no genera este tipo de rendimientos como sí lo genera una cuenta de ahorro individual administrada por una aseguradora, administrada por una entidad que hace parte del sistema financiero, son aportes que son invertidos en el mercado de capitales, es decir, es una decisión que para ese momento es totalmente inconveniente para el trabajador por el salario que se indica, las semanas que se indican y la edad que tenía en ese momento. Siguiendo entonces con las consideraciones del despacho que también dice que las diferencias de mesadas lo que le inferí fue que las diferencias de mesadas para ese momento no eran tan grandes, pues no corresponde a lo que dice el formulario de afiliación, pues el formulario de afiliación indica algo totalmente contrario, y del interrogatorio que el demandante no tenía estabilidad laboral cuando lo que se infiere es totalmente lo contrario, lo que él dice es que por ser una entidad que estaba siendo contratista del Estado, lo que tenía era una estabilidad, porque él primero dijo, primero yo presupuestaba 10 años y terminé estando vinculado a esa empresa 12 años, entonces él sí tenía una proyección de estabilidad para ese momento. Bueno, siguiendo con las

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas*

consideraciones del despacho, nos indica que para el afiliado no resultó relevante la decisión que tomó en ese momento, pero es que aquí, retomamos las consideraciones iniciales, quien tenía que poner de presente cuál era la importancia de esta decisión que se estaba tomando era la administradora, porque es que la administradora es una corporación financiera especializada en ese aspecto. Era la Corporación, en este caso PORVENIR, la que le tenía que señalar al demandante que la decisión que estaba tomando era de esa trascendencia, si el al momento de firmar el formulario de afiliación el dijo al asesor o asesora que tenía en frente es que para mi este aspecto no es importante por xy y motivo, pues entonces la obligación de la administradora era decirle que esa información que tenía que recibir y que esa decisión que estaba tomando si era importante. (...) Básicamente estos son los sustentos del recurso. Finalmente dice el despacho que como los compañeros de trabajo el demandante ya había firmado el traslado y este fue uno de los motivos que lo llevó a firmar, dijo el despacho que a raíz de esto el demandante ya había tomado la decisión, pero no encuentro relación entre una y otra cosa. Solicito a Tribunal que examine las consideraciones para que revoque la decisión, se acceda a las pretensiones”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 47 años de edad y había cotizado 1078.86 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 7 meses y 24 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad de pensión (tenía 62 años de edad – ver folios 13 y 55).

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

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

² Ver historia laboral aportada por COLPENSIONES (folios 99 a 102).

³ *Ibidem*.

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

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP's han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema de pensiones información al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación "(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa*

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

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

⁵ Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".*

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal debe revocar la sentencia de primera instancia pues el fondo no demostró haber dado toda la información pertinente del Sistema al demandante en el momento de afiliación,

de forma que le permitiera *“comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”* como lo exige la Sala Laboral de la Corte. *que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. No se demuestra ello con el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues contrario a ello, indicó que una asesora comercial de PORVENIR, después de año y medio de que diferentes asesores de fondos privados le insistieran en su afiliación, le informó que el ISS se estaba acabando, y que en el RAIS podía pensionarse a la edad que quisiera y con la mesada pensional que escogiera (CD 3, minuto 5:40).

Se declarará entonces -en las mismas palabras usadas por la corte- la ineficacia del traslado de régimen del demandante, y se dictarán las condenas que corresponden con el criterio que en esta materia trazó esa Corporación, según el cual, se debe ordenar el traslado a COLPENSIONES de las cotizaciones con sus rendimientos financieros y los gastos de administración que cobró la AFP (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Sala Laboral de Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que, en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia, la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019) y por ello no es posible entender como el *“saneamiento”* la permanencia del actora en el RAIS ni con su afiliación a pensiones voluntarias (en el 2008 según se indicó en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso).

EXP. 38 2017 00739 01
Guillermo Garzón Celi Vs la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y otro

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

No obstante, se negará el reconocimiento del derecho pensional que se reclama en la demanda, dado que COLPENSIONES solo tendrá a su cargo la obligación pensional del demandante DESDE el momento en que se haga efectiva la anulación o devolución de los aportes que la financiarán, pues no se le puede endilgar a dicha entidad responsabilidad alguna en las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encontró cometidas por los Fondos de Pensiones.

Además el pago de la pensión solo procede desde el retiro del afiliado del Sistema de pensiones, lo que solo puede ocurrir después del reingreso, y solo cuando se reciban los recursos del Fondo podrá COLPENSIONES definir si al demandante se le aplican las normas anteriores por conservar el régimen de transición o no, y el valor de la mesada conforme la actualización y la consolidación de su historial de cotizaciones.

Por las resultas del proceso las COSTAS en primera instancia corren a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

SIN COSTAS en la apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia y en su lugar,
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de GUILLERMO GARZÓN CELI del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
3. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
4. **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR SA que entregue toda la información contenida en la historia laboral de GUILLERMO GARZÓN CELI a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
5. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.
6. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
7. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada
SALVO VOTO

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE VITALIA BERNAL SALAZAR CONTRA
ALUVENTANAS BERNAL SAS Y MARIO BERNAL SALAZAR.**

Bogotá D. C., Treinta (30) días de noviembre de dos mil veinte (2020)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada ALUVENTANAS BERNAL SAS, contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de julio de 2020.

El Tribunal conforme lo acordado en Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente SENTENCIA.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, VITALIA BERNAL SALAZAR presentó demanda contra la ALUVENTANAS BERNAL SAS y MARIO BERNAL SALAZAR, para que por el trámite de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de un contrato de trabajo, ejecutado inicialmente en favor de MARIO BERNAL SALAZAR desde el 21 de noviembre de 2010 al 12 de marzo de 2013, y a partir del 12 de marzo de 2013, por sustitución patronal, con la sociedad ALUVENTANAS BERNAL SAS representada legalmente por MARIO BERNAL SALAZAR, contrato que terminó el 2 de agosto de 2017 por renuncia con justa causa. En consecuencia, pide que se condene solidariamente a los

demandados a pagar aportes a seguridad social, prestaciones sociales (cesantías, intereses de las cesantías, prima de servicios, vacaciones), sanción por no consignación de cesantías, indemnización moratoria por pago incompleto de prestaciones al terminar el contrato, y los conceptos ultra y extra petita que aparezcan probados.

Como fundamento de lo pedido afirma que ingresó a laborar al servicio de MARIO BERNAL SALAZAR el 21 de noviembre de 2010, mediante contrato verbal, y desempeñó funciones de asistente general de la empresa y atención al cliente, el día 12 de marzo de 2013 cuando se constituyó la sociedad ALUVENTANAS BERNAL SAS, representada por MARIO BERNAL SALAZAR, ocurrió una sustitución patronal, pues siguió laborando con las mismas funciones. Laboró horas extras que no le fueron sufragadas, devengó como último salario mensual \$1.440.000, y no la afiliaron al Régimen de Pensiones. Informa que el 19 de septiembre de 2017 se consignaron las prestaciones sociales a través de título judicial, pero como no se aportó el original del título no ha podido retirar esos dineros (folios 6 al 16).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, ALUVENTANAS BERNAL SAS la contestó mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones afirmando que no existió contrato de trabajo entre el 21 de marzo de 2010 y el 12 de marzo de 2013, pues la única relación laboral de la demandante fue con la sociedad demandada e inició el 12 de marzo de 2013, para que la actora manejara y pagara la nómina, pagara a proveedores, y manejara la contabilidad. Aduce que a la demandante se le pagaron todas las obligaciones causadas durante la relación laboral, a través de título judicial, pero aclara que hasta la fecha de la demanda se enteró de que el pago no había sido sometido a reparto. Propuso como excepciones *prescripción, buena fe, pago y compensación*, ésta última porque -dice- la demandante transfirió a su cuenta personal \$7.000.000 de la empresa el día 29 de marzo de 2016 (folios 27 a 35).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, no fue contestada por MARIO BERNAL SALAZAR (folio 104).

Terminó la primera instancia con sentencia que dictó la Juez Treinta y nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de julio de 2020, mediante la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 21 de noviembre de 2010 y el 2 de agosto de 2017, y condenó al pago de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a la seguridad social en pensiones durante toda la relación laboral, indemnización moratoria por el no pago de prestaciones sociales, y sanción moratoria por no consignación de cesantías. Para tomar su decisión, la juez encontró probados los elementos del contrato de trabajo, inicialmente con MARIO BERNAL SALAZAR como persona natural, y por sustitución patronal con la sociedad demandada desde el 21 de noviembre de 2010. Por falta de prueba del salario entre los años de 2010 a 2014 determinó el salario mínimo. Declaró probada parcialmente la prescripción de las acreencias laborales causadas antes del 22 de marzo de 2015, salvo las vacaciones y las cesantías. Descontó de las condenas la suma de \$6.780.439 del título judicial, y negó la compensación de \$7.000.000 que pretende la empresa, por falta de prueba. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora VITALIA BERNAL SALAZAR y MARIO BERNAL como persona particular, existió un contrato de trabajo desde el 21 de noviembre de 2010 hasta el 11 de marzo de 2013, tal como se explicó en la parte motiva. SEGUNDO: DECLARAR que entre la señora VITALIA BERNAL SALAZAR y ALUVENTANAS BERNAL S.A.S., existió un contrato de trabajo desde el 12 marzo de 2013 hasta el 2 de agosto del 2017, tal y como se explicó en esta sentencia. TERCERO: DECLARAR la sustitución patronal entre MARIO BERNAL como persona natural y ALUVENTANAS S.A.S., por lo tanto, las relaciones laborales antes descritas deberán entenderse como un solo contrato laboral, por ende, la relación laboral tuvo vigencia desde el 21 de noviembre del 2010 hasta el 2 de agosto de 2017. CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y la de compensación y pagó, al igual que declarar no probadas las demás excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR a la demandada ALUVENTANAS BERNAL S.A.S. al reconocimiento y pago a favor de la señora VITALIA BERNAL SALAZAR las siguientes sumas de dinero: Como*

saldo de las prestaciones sociales y vacaciones después de descontar el título de depósito judicial la suma de \$5'182.108, la sanción moratoria de que habla el artículo 99 de la ley 50 del 90 por el valor de \$25'644.000, la sanción moratoria del artículo 65 por los primeros 24 meses por un valor de \$34'566.00, a partir del mes 25 esto es a partir del 3 de agosto 2019 los intereses moratorios sobre la suma de \$2'598.108. SEXTO: CONDENAR a la demandada ALUVENTANAS BERNAL S.A.S. al pago de los aportes al sistema integral de seguridad social en pensiones desde el 21 de noviembre del 2010 hasta el 2 de agosto de 2017 entre el fondo de pensiones que se encuentra afiliada la demandante o al que ella elija en caso de no encontrarse afiliada y sobre los siguientes índices de base de cotización: Para el 2010 \$515.000, para el 2011 \$535,600, para el 2012 \$566.700, para el 2013 \$589.500, para 2014 \$616.00, para el 2015 \$ 1'440.000, para el 2016 \$1'440.000 y para el 2017 \$1'440.000. SÉPTIMO: ORDENAR descontar de la deuda de prestaciones sociales el título judicial el cual ya está efectivamente descontado en el numeral en que se hicieron las acreencias laborales. OCTAVO: CONDENAR en costas a la parte demandada de ALUVENTANAS BERNAL y MARIO BERNAL y en favor de la demandante, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2'057.000 tal como se explicó, costas que se deberán pagar por partes iguales.” (Cd 1 Hora 1 Minuto 37:11)

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso afirma la apoderada de ALUVENTANAS BERNAL S.A.S. que no se probó contrato de trabajo entre la demandante y MARIO BERNAL SALAZAR como persona natural, pues no se demostró la prestación personal del servicio. Frente a las condenas impuestas a la sociedad demandada por las indemnizaciones del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y el artículo 65 del código sustantivo del trabajo, afirma que se debe tener en cuenta que el representante legal de la sociedad actuó de buena fe con la demandante, quien es su hermana, y era persona de su confianza, y que al advertir las inconsistencias frente al pago de prestaciones sociales realizó el pago por

consignación mediante de depósito judicial de las sumas que estimaba adeudar (Hora 1 Minuto 7:39)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en el proceso ni en la alzada, que VITALIA BERNAL SALAZAR y ALUVENTANAS BERNAL SAS ejecutaron un contrato de trabajo hasta el 17 de agosto de 2017. En consonancia con el recurso, el Tribunal debe definir (i) si entre el 21 de noviembre de 2010 y el 12 de marzo de 2013 existió una relación laboral, como lo definió la juez, y en dado caso, (ii) verificar si existió buena o mala fe en la demandada por la falta de pago de las prestaciones sociales y la omisión en consignar las cesantías de esa época.

(i) Para lo primero 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*

¹ *“Señora juez en esta instancia presentó recurso de apelación frente a la anterior decisión proferida, el cual sustentó de la siguiente manera: En primer lugar no se comparte por la apoderada de la demandada que se declara la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y el señor Mario Bernal como persona natural, lo anterior atendiendo a que no se encuentra demostrado conforme lo ha indicado no sólo la Ley sino la jurisprudencia, la existencia de dicho contrato alegado no se demostró la prestación personal del servicio y en consecuencia si no existe dicha prueba, mal podría declararse el contrato y con sus consecuencias de prestaciones sociales. se indicó inclusive con la contestación de la demanda la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad Aluventanas Bernal S.A.S., sin embargo atendiendo la consecuencia de la declaratoria de una sustitución patronal, todas las condenas impuestas a la sociedad tienen variación aritmética, razón por la cual desde ahora se presenta recurso de apelación frente a las condenas impuestas por concepto de prestaciones debidas con respecto a la sociedad Aluventanas Bernal S.A.S. Frente a las condenas por las indemnizaciones del artículo 99 de la ley 50 de 1990 y del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, si bien es cierto y como muy ajustado lo indicó la señora Juez, esto no es de aplicación automática, también se debe tener en cuenta que para esta profesional no existen la prueba que el señor Mario Bernal como representante legal de la sociedad Aluventanas Bernal S.A.S. allá actuado de Mala Fe frente a la situación con su hermana, quien desde siempre se ha indicado que actuó de Mala Fe frente a la relación de trabajo que sostuvo con la sociedad, situación está que lleva a que una vez verificado las inconsistencias respecto del pago de prestaciones sociales se proceda a realizar consignación de depósito judicial con las prestaciones que se le queden de ver, que en este caso atendiendo el no reconocimiento porque así se dio la inexistencia de un contrato anterior con el señor Bernal como persona natural, entonces se procede a realizar el pago por las prestaciones que se creen deber. Por lo anterior solicitó a la señora juez en esta instancia conceder el recurso de apelación debidamente sustentado y al Honorable Tribunal Superior, en la sala laboral, revocar en su totalidad las condenas impuestas en contra de la sociedad Aluventanas Bernal S.A.S., únicamente con respecto a la parte resolutive de la decisión anteriormente proferida.*

subordinación de la segunda y mediante remuneración”, el artículo 23 dispone como elementos esenciales de este contrato, la actividad personal del trabajador, es decir, 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 al salario, contraprestación directa del servicio.

Una vez reunidos los tres elementos -dice el artículo 23- *se entiende* que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden la existencia de una *presunción legal*. Por virtud de ella, toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por un contrato de trabajo. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia de la relación laboral, 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, se presume que se ejecutó bajo contrato de trabajo, es decir, se entiende que se prestó de manera subordinada, y corresponderá al demandado desvirtuar este elemento para lo cual tiene la carga de aportar pruebas pertinentes y suficientes de las cuales pueda concluir el juez que el servicio se desarrolló con *autonomía técnica y directiva*.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia que declaró la existencia del contrato de trabajo desde el 21 de noviembre de 2010, pues las pruebas testimoniales prueban la prestación de servicios personales de la demandante en favor de MARIO BERNAL SALAZAR como su *asistente*, desde la fecha referida, y probado el

servició opera la presunción de subordinación que la demandada no logró desvirtuar.

La conclusión referida se obtiene de los testimonios ANDREA VICTORIA GENOVEVA BOHORQUEZ (Audio 3 hora 1 minuto 13:35) y HENRY ORTIZ MORON (Audio 3 hora 1 minuto 13:35). La primera indicó que ha contratado con el demandado obras y que siempre se entendía con la demandante, que los contratos de subsistieron en las mismas condiciones cuando se constituyó la sociedad ALUVENTANAS SAS y que recuerda la fecha de inicio porque una de las obras que realizó al demandado inició el 21 de noviembre del año 2010. El segundo testigo indicó conocer a la demandante desde el año 1993, y dice que por ello sabe que en año 2010 se fue a trabajar con su hermano (MARIO BERNAL) en obras civiles, que ejecutaban 5 o 6 contratos por año, que sabe de ello porque también tuvo varios contratos con los hermanos BERNAL y se entendía para todo con la demandante. Indicaron además que la demandante les comentó algún a vez el salario que devengaba

Los testimonios anteriores no se pueden desestimar con las afirmaciones que hizo la esposa del demandado MARCELA ÁVILA (audio 4 minuto 11:05) sobre inexistencia de una relación laboral desde el año 2010, por falta de elementos adicionales de convicción judicial. Además ésta testigo de la parte demandada reconoce la existencia del contrato desde el año 2013 y dice que pese a que todos los trabajadores en la empresa devengaban salario mínimo, ella era quien manejaba la nómina y aprovechando el grado de confianza con su hermano MARIO BERNAL se “*subió abusivamente*” el sueldo en el año 2015 a un millón cuatrocientos mil pesos aproximadamente, de lo cual sólo se enteraron en el año 2017 y por ese motivo, y por otras *deshonestidades*, contrataron otra persona como auxiliar contable.

No resultan útiles como pruebas frente a una fecha diferente de inicio de la relación laboral o del salario, los documentos de folios 43 a 79 pues nada dicen sobre estas materias, ni el certificado de folio 85.

Tampoco resulta suficiente el testimonio de MIREYA FERNANDEZ, excuñada de la demandante (Audio 3 hora 2 minuto 21:14) pues no le constan muchas circunstancias de la relación, ni conoce fechas exactas.

(ii) Para resolver la segunda materia de apelación (SANCION MORATORIA), ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que si bien la sanción por mora en el pago de prestaciones no opera de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, ésta situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas, de no estar obligado al pago de los derechos que le reclaman, o de situaciones sobrevinientes que hicieran imposible el pago de las obligaciones causadas.

Ninguna de estas circunstancias se demostró ocurrida en el expediente frente a la demora en el *pago* de las acreencias al terminar el contrato de trabajo (artículo 65 CST). Frente a la razón que aduce el recurso como excluyente de mala fe (la consignación de las sumas que la demandada consideraba deber), lo cierto es que el valor consignado no incluyó el periodo inicial de la relación, y de todas formas, el pago mediante depósito judicial de acreencias laborales -según lo ha dicho la Sala Laboral de la Corte- *“es un acto complejo que supone la sucesión de varios pasos, comenzando por el depósito mismo en el Banco, siguiendo por la remisión del título al Juzgado Laboral y concluyendo con la orden del juez aceptando la oferta de pago y disponiendo su entrega, acto este último que reviste gran importancia frente al problema de la mora, en los eventos en que el juez se ve impedido de disponer la entrega por circunstancias imputables a la responsabilidad del deudor o consignante. Para que el pago por consignación produzca sus efectos plenamente liberatorios es indispensable que alcance el efecto de dejar a disposición del beneficiario la suma correspondiente y ello se logra mediante la orden del juez ordenando lo pertinente. Sólo en tal momento debe tenerse por cumplida la condición para que cese el efecto de la indemnización moratoria, salvo que la razón por la cual no se produzca esa orden no sea imputable a responsabilidad del*

consignante” (sentencias CSJ SL, julio de 1988 rad. 2264, 20 oct 2006 rad. 28.090; y marzo de 2014 radicación 4400).

Bajo este claro lineamiento, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que ordenó el pago de la indemnización moratoria que regula el artículo 65 del CST, desde la terminación del contrato de trabajo, pues la demandada no demostró que hubiera realizado los trámites contemplados en la Ley para que se produzcan los efectos liberatorios de un *pago por consignación*. Por el contrario, frente a las diligencias realizadas, la demandada confesó al responder el hecho 20 de la demanda lo siguiente (folio 32): *“Se niega como está redactado. A la terminación del contrato la sociedad Aluventanas Bernal SAS, consignó mediante título judicial las prestaciones debidas al demandante, sin embargo, hasta ahora con la demanda se tiene conocimiento que el título judicial no fue sometido a reparto, por lo que se supone que el título original lo tiene la demandante; sin embargo, se realizará el proceso correspondiente para que la señora Vitalia pueda cobrar el título judicial”*.

No obstante, el Tribunal revocará la condena impuesta en primera instancia con base en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por no consignación de cesantías en los años iniciales de la relación de trabajo, pues la evidencia allegada demuestra que hubo *culpa* de la demandante en la omisión de la cual se derivaría la sanción por no consignación de cesantías que reclama. Las pruebas acreditan que en la parte inicial de la relación de trabajo la demandante era gestora de nóminas y manejaba la parte administrativa de la empresa, por ello debió efectuar su propia afiliación a un Fondo de cesantías, y debió *consignar* en dicho fondo los valores correspondientes.

La sanción que regula el artículo 99 de la Ley 50 -no sobra recordarlo- se causa por la omisión de una obligación de *hacer* (consignar las cesantías), y dicha obligación estaba a cargo de la misma demandante. En la declaración que hizo al absolver el interrogatorio de parte, dijo: *“yo pagaba la nómina de los*

trabajadores, giraba cheques a mi favor con autorización de Mario Bernal, yo era socia, empleada y podía pagarme mi salario, me autorizaba firmas para comprar mercancía y pagar proveedores” (audio 3 minuto 22:27).

Sin costas en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR**, del numeral QUINTO de la sentencia apelada, la condena al pago de *“la sanción moratoria de que habla el artículo 99 de la ley 50 del 90 por el valor de \$25’644.000”*, para absolver a los demandados de esta condena.
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada