

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS FRANCISCO PEÑALOZA VILLAMIZAR
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 veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 25 de octubre de 2021 por el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a los doctores Johana Alexandra Duarte Herrera, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., y Nicolás Eduardo Ramos Ramos, quienes se identifican con T.P. 184.941 y 365.094, para actuar como apoderados principal y sustituto de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder, el certificado de existencia y representación legal y el memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS FRANCISCO PEÑALOZA VILLAMIZAR presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en octubre de 1995, con fundamento en que se le indujo a error al estar precedido por el suministro de información *falaz* y sin el lleno de los requisitos legales para la fecha, con omisión de las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen ni las condiciones que a futuro la afectarían o beneficiarían según su caso específico. El monto de la pensión que obtendría en el RPM es inferior por mucho a la que se le ofrece en el RAIS. Como consecuencia de lo anterior, pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de los recursos en su cuenta de ahorro individual, incluyendo costos administrativos y rendimientos o, en subsidio, se condene al pago de los perjuicios materiales en la modalidad de lucro cesante, equivalente a la diferencia en la mesada pensional que habría obtenido en el RPM y la que le sea reconocida en el RAIS hasta el cumplimiento de la *expectativa de vida* (ver demanda en archivo 1 folios 2 a 15).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, según formulario de afiliación suscrito voluntariamente, sin que obre medio probatorio alguno que acredite lo contrario. Lo que sí se evidencia es la negligencia del actor en consultar su situación pensional, lo cual era su obligación como consumidor financiero. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que la actora se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, al no ser beneficiario del régimen de transición. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito:

inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui géneris de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica (ver contestación en archivo 9 folios 2 a 20).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a dicha entidad se efectuó de manera libre y espontánea, previo suministro de información oportuna, clara, suficiente, concreta, adecuada y veraz sobre las características del RAIS, como lo manifestó la actora en el formulario correspondiente y según las normas vigentes, y, en todo caso, la obligación de asesoría surgió sólo hasta el Decreto 2555 de 2010. Resaltó que el sistema de seguridad social es público y su regulación se encuentra estipulada en la Ley, sin que sea dable a las partes pactar condiciones diferentes. Así mismo, el demandante nunca presentó inconformidad ni hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado, lo que sumado a su permanencia en dicho régimen da cuenta de su ratificación tácita de la afiliación. Tampoco hizo uso de la posibilidad de traslado antes de estar a menos de 10 años de la edad pensional, pese a que dicha información le fue puesta en conocimiento por medio de campañas públicas de la entidad y de la entonces Superintendencia Bancaria. No se advierte pues, causal alguna de ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. En caso de condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos ya cumplieron su cometido legalmente establecido. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es

imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 10 folios 2 a 23).

Terminó la primera instancia con sentencia de 25 de octubre de 2021, mediante la cual el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de Luis Francisco Peñalosa Villamizar a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., realizado en 1995, por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que, una vez se efectuó el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida, junto con sus correspondientes aportes. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. QUINTO: CONDENAR en costas a la demanda PORVENIR. Fíjense como agencias en derecho por la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente. SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES. En consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral”* (Audiencia virtual del 25 de octubre de 2021 Min. 49:46).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que el demandante tomó una decisión libre, sin que sea dable acusar a ésta de falta de diligencia en conseguir la información, en el cual la demandada funda su defensa, pues se trata de un deber de las AFP. Agregó que, no se encontró confesión alguna en tal sentido en el interrogatorio de parte rendido por el actor.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, PORVENIR S.A., a través de su apoderada, también pidió que se revoque la decisión, por considerar que al momento del traslado se cumplió a cabalidad el deber de información, conforme los parámetros vigentes, sin que para entonces se requiriera documental adicional a la allegada al trámite. En todo caso, el demandante estaba en la obligación de informarse y no existe debilidad negocial, pues se trata de condiciones fijadas en la Ley que no pueden ser modificadas por las partes. Manifestó que no hay lugar a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, pues estos fueron descontados y utilizados conforme las disposiciones legales y ya no se encuentran en su poder, por lo que su entrega a COLPENSIONES conlleva un enriquecimiento sin justa causa, pues esta entidad también los habría descontado. Adicionalmente, dichos rubros no se encaminan a financiar la prestación pensional (Audiencia virtual del 25 de octubre de 2021 Min. 50:52).

COLPENSIONES, a través de su apoderada, pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto se debe tener en cuenta que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Resaltó que el actor no cumple los requisitos señalados en la Sentencia SU-062 de 2010. Resaltó que al haber suscrito de forma libre y voluntaria el formulario de afiliación, como lo señaló el demandante en interrogatorio, se debe entender válidamente afiliado el actor al RAIS. Sólo

hasta 2014 surgió la obligación legal de las AFP de dar una asesoría más profunda como se exige, sin que sea aplicable dicha norma para la fecha del traslado (Audiencia virtual del 25 de octubre de 2021 Min. 56:03).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 228,71 semanas¹, 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 1 mes y 29 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 61 años de edad – ver archivo 1 folio 38 y expediente administrativo en archivo 9.1).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 9 folios 21 a 27 y en el expediente administrativo – archivo 9.1.

² *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, 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 han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del*

³ 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”.

⁴ 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”.*

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, 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"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante pues indicó que su traslado se dio cuando uno o dos *funcionarios* de PORVENIR en una charla de 30 a 60 minutos les indicaron que el ISS se iba a acabar, y los motivaron a pasarse a dicho fondo privado en el que le respetarían los aportes previos. Le indicaron que se podría pensionar con menos tiempo de acuerdo a los aportes que hiciera (Audiencia virtual del 25 de octubre de 2021 Min. 12:23).

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 en dicho régimen.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, “*pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES*” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia, los valores se

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

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

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

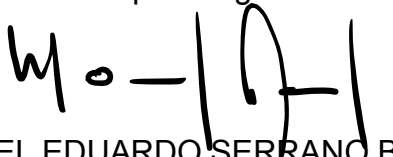
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 04 2020 00431 01

Luis Francisco Peñaloza Villamizar Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra

LORENZO TORRES RUSSY
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 ENRIQUE DÍAZ MARTÍNEZ CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A., 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 veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 12 de octubre de 2021 por el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS ENRIQUE DÍAZ MARTÍNEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en mayo de 1994, así como los ocurridos posteriormente al interior de este último, con fundamento en que se le indujo a error por la omisión en el deber de información con prudencia y pericia, de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta por parte la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. respecto a las implicaciones, riesgos, características, beneficios y desventajas del cambio de régimen, las condiciones para obtener un derecho pensional en el RAIS, la posibilidad de hacer aportes voluntarios en éste, ni sus diferencias respecto del RPM. Situación que se repitió en septiembre de 2006, cuando se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. Tampoco se le informó acerca de la imposibilidad de trasladarse de régimen cuando le faltaran menos de 10 años para cumplir la edad pensional. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene el traslado de la totalidad de los dineros, *bonos pensionales*, rendimientos financieros y gastos de administración descontados durante su afiliación en el RAIS (ver demanda en archivo 1 folios 5 a 21).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación con la entonces AFP HORIZONTE S.A., se efectuó de manera libre, voluntaria e informada, como se observa en el formulario de afiliación, documento público que se presume auténtico, y antes de la misma se proporcionó la asesoría verbal según los reglamentos del fondo, de manera clara, precisa y veraz las características de dicho régimen, sin que se encuentre probado en el plenario acto atentatorio alguno respecto del derecho de afiliación, según lo dispuesto en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues,

por el contrario, ratificó su voluntad de permanecer en el RAIS al trasladarse nuevamente a PORVENIR S.A., momento en el que se reiteró toda la información pertinente, y al haber efectuado actuaciones como afiliado ante dicho régimen por más de 20 años. Agregó que el actor se encuentra incurso en la restricción de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, de lo que se informó a los afiliados por medio de publicación de un comunicado de prensa. Consideró que, en todo caso, no era procedente la devolución de aportes, rendimientos o gastos de administración, conforme a concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en archivo 4 folios 2 a 39).

También contestó la demanda, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran en el plenario pruebas de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, al punto que así lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Por último, resaltó que la acción de nulidad aducida se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social; improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado;*

prescripción e innominada o genérica (ver contestación en archivo 5 folios 4 a 22).

A su vez, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación el 28 de octubre de 2005 a la entonces AFP SANTANDER S.A., se efectuó previa asesoría objetiva, íntegra, clara y responsable acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, así como sobre las normas que regulan el traslado, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para la época, sin que un error de derecho pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. Resaltó que el demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS por más de 15 años, como lo fue el traslado a dicha entidad desde otra administradora del mismo régimen, sin manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento para el efecto, con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la nulidad debió ser alegada dentro del término establecido en el artículo 151 del CPTSS, por lo que actualmente se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión e administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque*

afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica y traslado de aportes a Porvenir (ver contestación en archivo 6 folios 3 a 28).

Termino la primera instancia con sentencia de 12 de octubre de 2021, mediante la cual el Juez Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de LUIS ENRIQUE DÍAZ MARTÍNEZ a la administradora de fondo de pensiones y cesantías HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., surtida el 24 de mayo de 1994, y, en consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto permaneció siempre en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros, debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora. TERCERO: CONDENAR a la administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES las sumas percibidas por concepto de gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliado a esa administradora. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que, una vez se efectuó el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. SEXTO: CONDENAR en costas a la demanda PORVENIR y PROTECCIÓN. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de*

PORVENIR y medio salario mínimo a cargo de PROTECCIÓN. SÉPTIMO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral” (Audiencia virtual del 12 de octubre de 2021 Hora 1:04:39).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que el demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa, por lo que encontró probado el dolo de la entidad, al no llevar sus negocios con el debido cuidado y proporcionar la información suficiente al demandante, que sin perjuicio de su formación profesional, no tenía forma de conocer las consecuencias de su afiliación.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A. su apoderada pide que se revoque la decisión, por considerar que se declaró la ineficacia señalada en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya probado una conducta encaminada a impedir o atentar contra la afiliación del trabajador y, por el contrario, el formulario de afiliación da cuenta de la voluntad de afiliación, documento que se presume auténtico, sin que sea dable exigir un documental adicional, por no contemplarlo así las normas vigentes para la época, al punto que el juzgador no refirió cuál o cuáles documentos exigidos legalmente serían los procedentes para el caso y, agregó, para la época no se exigía una proyección pensional que, en todo caso, dados los cambios normativos, habría resultado falso o inexacto respecto a la prestación que se obtendría. Lo anterior, sumado a los 7 traslados efectuados por el actor, permite evidenciar que tuvo todas las oportunidades para obtener la información que ahora echa de menos, sin manifestar inconformidad alguna durante su afiliación. Resaltó que no es dable que el actor se escude en una supuesta falta de información, para evadir la

prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003, encaminada a la protección de la sostenibilidad financiera del sistema de prima media. Manifestó que no es dable ordenar la devolución de los rendimientos y al mismo tiempo los gastos de administración y la prima previsional de seguros, pues ambos cumplieron su finalidad y su entrega coetánea daría lugar a un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, rubros que, en todo caso, son susceptibles de prescribir (Audiencia virtual del 12 de octubre de 2021 Hora 1:04:39).

En el recurso de PROTECCIÓN S.A. su apoderada pide que se revoque parcialmente la decisión, por considerar que no es dable ordenar la devolución de los gastos de administración y los descuentos por seguros previsionales, pues éstos no se incluyen como susceptibles de traslado entre administradoras, según los artículos 7 y 8 Decreto 3995 de 2008, y también se hubieran deducido por disposición legal en el RPM, y en el RAIS generaron rendimientos, que dan cuenta de que los aportes fueron debidamente administrados, mientras que el monto de los seguros previsionales se trasladaron a una aseguradora que es un tercero de buena fe, la cual cubrió los riesgos asegurados de invalidez y muerte durante la afiliación del actor. Consecuencia de la ineficacia, sólo debería ordenarse el traslado de los aportes y sus rendimientos, los cuales superan por mucho los valores que se hubieran obtenido en el RPM, y que, conforme a las restituciones mutuas e incluir las cuotas de administración, se constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES. Finalmente, estos dineros son susceptibles de prescribir, dado que no se encaminan a financiar la prestación pensional (Audiencia virtual del 12 de octubre de 2021 Hora 1:13:21).

La apoderada de COLPENSIONES también presentó apelación, en que solicita se revoque la decisión, en cuando considera que en interrogatorio de parte se evidenció que el error afirmado fue de derecho y no de hecho, razón por la cual el mismo fue subsanado por el paso del tiempo, no sólo al suscribir el formulario de afiliación en los traslados *transversales* y al mantener su afiliación en dicho régimen. Resaltó que el demandante se encuentra incurso

en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003, por lo que no es dable acceder a la solicitud de *nulidad e ineficacia* del traslado, máxime cuando no se evidenció que la suscripción del formulario de afiliación mediante el cual se trasladó de régimen le hubiera causado perjuicio alguno, al punto que no manifestó inconformidad ni buscó trasladarse nuevamente al RPM o ser asesorado sobre el mismo ante dicha entidad. Finalmente, señaló que de accederse a lo pretendido, se afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema (Audiencia virtual del 12 de octubre de 2021 Hora 1:17:08).

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 Privado de Pensiones el demandante tenía 27 años de edad y había cotizado 337,71 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 6 años, 6 meses y 24 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 54 años de edad – ver archivo 1 folios 99 y 115).

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en Expediente Administrativo en archivo 5.1.

² *Ibidem*.

Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, 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 han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió*

³ 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”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP HORIZONTE S.A., hoy 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*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las

ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante pues indicó que para el momento de su traslado laboraba en el banco Granahorrar, el cual creó el fondo de pensiones HORIZONTE, por lo que se les indicó que debían afiliarse a dicha AFP para hacerla *crecer*, sumado a que el ISS se iba a acabar y sus condiciones de afiliación no cambiarían con el traslado. Su posterior traslado a la AFP SANTANDER S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., se debió a que iba a hacer un traslado de sus cesantías, sin que pudiera recordar que había sido vinculado a seguridad social en pensiones, tanto así que en el formulario no aparecen su esposa e hijo como beneficiarios (Audencia virtual del 12 de octubre de 2021 Min. 08:55).

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 o los posteriores traslados en dicho régimen y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra, así como la devolución de los gastos de

administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de PROTECCIÓN S.A. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades extra y ultra petita de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía definir la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración debidamente indexados por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

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

⁵ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

COSTAS de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y 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 bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

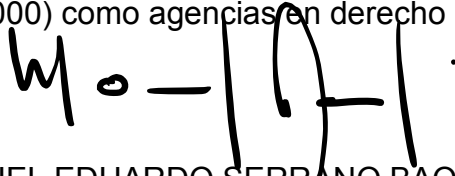


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 04 2021 00195 01

Luis Enrique Díaz Martínez Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras

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

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

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 HELENA ESPERANZA MORERA BARRIOS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 31 de agosto de 2021 por el Juez Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la *nulidad* del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, HELENA ESPERANZA MORERA BARRIOS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia o *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en 1996, con fundamento en que se le indujo a error al no estar precedido por el suministro de una ilustración respecto de las diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen ni las condiciones que a futuro la afectarían o beneficiarían, pues se limitó a señalar que el ISS desaparecería y no se sabía qué pasaría con sus aportes, máxime cuando estaban en un fondo común; mientras que en un fondo privado estarían en una cuenta individual y, adicionalmente, recibiría *dividendos*. No se le informó que en el RAIS su pensión dependía de la cantidad de dinero ahorrado, cómo sería su liquidación ni cuál sería su monto aproximado. Como consecuencia de lo anterior, pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES y se ordene el traslado de aportes, *costos de manejo* y rendimientos (ver demanda en archivo 001 folios 4 a 19).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a la entonces AFP COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre y espontánea, como lo manifestó la actora en el formulario correspondiente. Resaltó que el sistema de seguridad social es público y su regulación se encuentra estipulada en la Ley, sin que sea dable a las partes pactar condiciones diferentes. Así mismo, la demandante efectuó varias afiliaciones al RAIS, en ninguna de las cuales presentó inconformidad ni hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado, lo que sumado a su permanencia en dicho régimen da cuenta de su ratificación tácita de la afiliación. No se advierte pues, causal alguna de ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y, en todo caso, la afiliada se encuentra incurso en la prohibición de traslado de régimen señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Agregó que el traslado al tratarse de un acto jurídico, es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la*

obligación, compensación y genérica (ver contestación en archivo 001 folios 117 a 136).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, según formulario de afiliación suscrito voluntariamente, sin que haya probado lo contrario. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que la actora se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003 y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui géneris de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 001 folios 159 a 185).

Terminó la primera instancia con sentencia de 31 de agosto de 2021, mediante la cual el Juez Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la *nulidad* del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora HELENA ESPERANZA MORERA BARRIOS, a través de COLPATRIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS*

PORVENIR S.A. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir el valor de los aportes junto con rendimientos, frutos e intereses (sic) y a COLPENSIONES a que los reciba, procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes. CUARTO: En caso de que no fuera apelado, CONSÚLTESE con el Superior” (Audiencia virtual del 31 de agosto de 2021 Min. 53:23).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, sin que sea dable acusar a ésta de falta de diligencia en conseguir la información, en el cual la demandada funda su defensa, pues se trata de un deber de las AFP. Agregó que, en otros fallos ese juzgador ha indicado por qué no acoge la teoría de la ineficacia, sino la de la nulidad relativa, saneable si se evidencia que se otorgó la información, máxime por tratarse de un error de hecho y no de derecho, lo que no ocurrió en el presente trámite.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, a través de su apoderada, pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto se debe tener en cuenta que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de régimen contenida en la Ley 797 de 2003, norma que busca proteger el principio constitucional de estabilidad financiera del sistema. Resaltó que en reciente jurisprudencia se ha indicado que la nulidad de afiliación procede sólo para los beneficiarios del régimen de transición, en concordancia con lo señalado en la Sentencia SU-062 de 2010, lo cual no ocurre en el presente caso. Indicó que los efectos del acto jurídico sólo pueden afectar a las partes que en él intervienen, por lo que dicha entidad

no puede verse afectada ni beneficiada (Audiencia virtual del 31 de agosto de 2021 Min. 54:23).

En recurso, PORVENIR S.A., a través de su apoderada, también pidió que se revoque la decisión, por considerar que no se acreditó en el trámite algún vicio en el consentimiento de la actora al momento de cambiar de régimen, según los artículos 1598 y 1741 del CC, por lo que dicho acto es *eficaz*, en los términos señalados en el formulario de afiliación, medio probatorio que no fue debidamente apreciado. Para la fecha en que ocurrió la normatividad no exigía más soportes que los allegados, pues se proporcionó la información de manera verbal y se mantuvieron abiertos los canales de comunicación para que la demandante se informara si tenía alguna duda o inconformidad, sin que la actora hubiera mostrado diligencia alguna al respecto. Se presentó ratificación tácita al sistema, por el paso del tiempo. Por último, refiere que la condena en costas debería proceder de manera objetiva en contra de todos los demandados, conforme al artículo 365 del CGP (Audiencia virtual del 31 de agosto de 2021 Min. 59:35).

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 la demandante tenía 32 años de edad y había cotizado 203,00 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 001 folio 58.

de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años 11 meses y 11 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 55 años de edad – ver folios 58 y 78).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, según

² *Ibídem.*

³ 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”.

⁴ 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,*

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la *nulidad* del traslado de régimen, a la que se le dieron los efectos de ineficacia en los términos transcritos, 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*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que nunca recibió información para el traslado, al punto que ni siquiera sabía que se encontraba en un fondo privado hasta el año 2012 en que un compañero de trabajo le indicó que todos se encontraban en un *fondo de pensiones*, fecha en la que intentó infructuosamente trasladarse a COLPENSIONES, pues no era de su interés estar afiliada a un fondo privado. Pese a que obra su firma en el formulario de afiliación, considera que ello se produjo con el cambio de Notario para el que trabajaba, cuando le exigieron firmar varios documentos presuntamente

relacionados con el pago de cesantías -no hubo confesión- (Audiencia virtual del 31 de agosto de 2021 Min. 11:50).

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 en dicho régimen.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES se adicionará en el sentido de señalar que no es posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia, los valores se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Así mismo, 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.

Finalmente, 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, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en el archivo 18 folios 1 a 25 del expediente digital), sin que dicha entidad se encuentre legitimada para cuestionar la falta de condena en costas en contra de COLPENSIONES, decisión que, en todo caso, podía tomar el Juez de primera instancia de conformidad con la prosperidad de la demanda y el interés de las demandas en el proceso (artículo 365 numerales 5 y 6 del CGP).

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para (i) **CONDENAR** a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los valores descontados de los aportes efectuados por la demandante a título de gastos de administración y seguros previsionales, debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, y (ii) **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.

EXP. 05 2019 00771 01

Helena Esperanza Morera Barrios Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra

2. COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y
COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

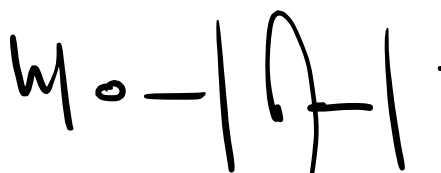
Magistrado



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**

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUZ MINELLY AGUILAR MÚNERA CONTRA
HOME MEDICAL SERVICE S.A.S. Y E.P.S. FAMISANAR LIMITADA**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

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 presentados por la parte demandante y por HOME MEDICAL SERVICE S.A.S. contra la sentencia dictada por la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá el 30 de junio de 2021. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y HOME MEDICAL SERVICE S.A.S. del 17 al 23 de octubre de 2013 y se CONDENÓ a esta última al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria.

Previo a resolver los recursos, la Sala NIEGA la solicitud de *práctica* de prueba en esta instancia (allegada por correo electrónico), conforme a lo dispuesto en el artículo 83 del CPTSS¹, como quiera que en primera instancia únicamente se decretaron las solicitadas y allegadas por la parte actora, sin que la documental que ahora se pide valorar obre en el plenario. De todas formas y aun si se pudiera entender que dicha prueba documental fue decretada en primera instancia, lo cierto es que sobre la decisión que cerró el debate

¹ “Las partes no podrán solicitar del Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

Cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas, podrá el tribunal, a petición de parte, ordenar su práctica y la de las demás pruebas que considere necesarias para resolver la apelación o la consulta.”.

probatorio y negó su práctica no se propuso recurso alguno, por lo cual cobró firmeza, y frente a cualquier interpretación que se pudiese predicar la parte demandante no probó ausencia de culpa en que no se hubiesen allegado los documentos oportunamente al expediente.

En otro giro del asunto, estima la Sala que las pruebas recaudadas en el expediente son suficientes para decidir la controversia con apego a la realidad de los hechos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ MINELLY AGUILAR MÚNERA presentó demanda contra HOME MEDICAL SERVICE S.A.S. y la E.P.S. FAMISANAR LIMITADA, la cual fue objeto de reforma, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo con la última de ellas, entre el 17 y el 29 de octubre de 2013, en el cual HOME MEDICAL SERVICE S.A.S. actuó como intermediaria, por lo que es solidariamente responsable por las acreencias a que haya lugar. En subsidio, pide se tenga a esta última como el verdadero empleador y se declare a FAMISANAR como beneficiaria de la labor y, por lo tanto, solidariamente responsable. En cualquier caso, pide que se condene a las demandadas al pago de los salarios adeudados, prestaciones sociales (primas, cesantías e intereses a las cesantías), vacaciones, indemnización moratoria por falta de pago al finalizar el vínculo e indexación.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el 17 de octubre de 2013 se vinculó con HOME MEDICAL SERVICE S.A.S., relación que se prolongó hasta el 29 de octubre siguiente, en el cargo de *auxiliar de enfermería*. Trabajó de domingo a domingo en turnos de 24 horas de 7:00 a.m. a 7:00 a.m. del día siguiente, por cada uno de los cuales recibía una remuneración de \$90.000, para un promedio mensual de \$1.350.000. Desarrolló la labor personalmente y recibía órdenes e instrucciones de los jefes de enfermería de la referida demandada y eventualmente de los *jefes* de FAMISANAR, quienes también

proporcionaban *la logística* para el cumplimiento de sus funciones. Fue asignada al cuidado de la señora ALCIRA IRIARTE DE BADAMI, por orden de tutela en su calidad de afiliada a FAMISANAR EPS. Esta última contrató los servicios de HOME MEDICAL SERVICE S.A.S. para la atención de algunos de sus afiliados y ambas comparten como objeto social *la prestación de servicio de salud*. El último día de labor fue el 26 de octubre de 2013 a las 7:00 a.m., pues al acercarse a las instalaciones de la empresa encontró una manifestación debido a que no cancelaban salarios. El 29 de octubre siguiente presentó carta de renuncia, sin que a la fecha le hayan pagado las acreencias adeudadas (folios 2 a 13, 35 a 46 y 196 a 206).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la E.P.S. FAMISANAR LIMITADA mediante apoderada. Señaló no constarle la mayoría de los hechos y se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que no tuvo vínculo laboral alguno con la demandante ni de manera directa ni por intermedio de HOME MEDICAL SERVICE S.A.S., entidad esta última que será la llamada a desvirtuar el vínculo pretendido. Resaltó que entre las demandadas únicamente existió un contrato de prestación de servicios por evento, cuya cláusula 10ª declara que la prestadora (HOME MEDICAL SERVICE S.A.S.) se compromete a mantener indemne a FAMISANAR de cualquier reclamo laboral. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de las obligaciones demandadas por parte de EPS FAMISANAR, inexistencia de contrato de trabajo, cobro de lo no debido y genérica o innominada* (folios 102 a 108 y 222 a 228).

A través de curador *ad litem*, HOME MEDICAL SERVICE S.A.S., contestó la demanda. Manifestó no constarle los hechos y se opuso a la totalidad de lo pretendido, con base en que no se probó el extremo inicial ni la modalidad de vinculación del contrato laboral pretendido. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, genérica y ausencia de interés jurídico por la activa en obtener sentencia favorable a sus pretensiones en contra de mi representada* (folios 185 a 192 y 229).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de junio de 2021, en la cual la Juez Octava (8ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y HOME MEDICAL SERVICE S.A.S. del 17 al 23 de octubre de 2013 y, en consecuencia, CONDENÓ a esta última al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria y la ABSOLVIÓ de las demás pretensiones incoadas. Así mismo, ABSOLVIÓ a FAMISANAR de todo lo pretendido en su contra. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora LUZ MINELLY AGUILAR MÚNERA y HOME MEDICAL SERVICE S.A.S., existió un contrato de trabajo, vigente del 17 de octubre del 2013 hasta el 25 de octubre de la misma anualidad, 2013, de conformidad con las motivaciones precedentemente expuestas. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada HOME MEDICAL SERVICE al reconocimiento y pago en favor de la señora LUZ MINELLY AGUILAR MÚNERA de las siguientes sumas de dinero: a) Por concepto de SALARIOS, la suma de \$198.000. b) Por concepto de CESANTÍAS, la suma de \$16.500. c) Por concepto de INTERESES A LAS CESANTÍAS, la suma de \$50. d) Por concepto de PRIMAS DE SERVICIOS, la suma de \$16.500. e) Por concepto de VACACIONES, la suma de \$7.369. f) Por concepto de INDEMNIZACIÓN MORATORIA prevista en el artículo 65 del CST, la suma diaria de \$22.000 a partir del día 26 de octubre del 2013 y hasta la fecha en que se constate el pago de las prestaciones sociales y salarios objeto de condena en esta sentencia. TERCERO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por HOME MEDICAL SERVICE S.A.S. y probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones, inexistencia del contrato y cobro de lo no debido, conforme a las motivaciones precedentemente expuestas. CUARTO: ABSOLVER a FAMISANAR EPS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a lo expuesto la parte motiva de esta sentencia. QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada HOME MEDICAL SERVICE. Liquidense por secretaría fijando como agencias en derecho la suma de \$908.526”* (Audiencia virtual del 30 de junio de 2021 – CD 2 Min. 17:54).

Para tomar su decisión, la Juez encontró que no se acreditó prestación personal del servicio directamente a FAMISANAR, pues así lo aceptó la misma demandante en interrogatorio de parte, por lo que no hay lugar a declarar la relación laboral con ésta entidad. En subsidio, encontró probada la prestación del servicio personal a favor de HOME MEDICAL SERVICE S.A.S., conforme las notas de enfermería y la carta de renuncia allegadas, documentos que no fueron tachados de falsos, y a lo señalado en interrogatorio de parte al representante legal de FAMISANAR EPS, sin que se hubiera desvirtuado la presunción contenida en el artículo 24 del CST. En cuanto al salario determinó que era el mínimo, por no haberse acreditado el aducido en la demanda, conforme a lo cual determinó las prestaciones debidas. Condenó a la indemnización moratoria, en cuanto no se probó la buena fe de la pasiva en la mora para el pago de las acreencias adeudadas. No declaró la solidaridad con FAMISANAR EPS, por cuanto no se acreditó que ésta fuera beneficiaria del servicio o, si quiera, que la paciente a cargo de la actora estuviera afiliada a dicha entidad. Finalmente, negó la prescripción reclamada, dado que no transcurrió el término trienal contemplado en la legislación laboral, entre la fecha de causación de las acreencias la de presentación de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante manifiesta que debió declararse a FAMISANAR como solidariamente responsable en el pago de las condenas, como quiera que, contrario a lo considerado por la Juez *a quo*, con lo dicho por el representante legal de ésta en interrogatorio de parte, se probó que la paciente a cargo de la demandante por orden de HOME MEDICAL SERVICE, Alcira Iriarte, se encontraba afiliada a la referida EPS, quien debía suministrarle los servicios de salud (Audiencia virtual del 30 de junio de 2021 - CD 2 Min. 19:47)².

² *“Sí su señoría, teniendo en cuenta la manifestación del fallo, me permito interponer el recurso de apelación y me permito sustentarlo de la siguiente manera: En cuanto a la solidaridad nos encontramos que pues el fallo manifiesta que... que no se declara la solidaridad con la EPS Famisanar teniendo en cuenta que... que quedó demostrado en el proceso que la señora Iriarte no estaba afiliada a la EPS pues esto no es así porque en el transcurso del... del debate probatorio exactamente el interrogatorio de*

A su vez, la curadora *ad litem* de HOME MEDICAL SERVICE S.A.S. manifiesta que no era dable aplicar la presunción contenida en el artículo 24 del CST, como quiera que si bien puede hablarse de la probanza de la prestación del servicio a favor de la paciente Alcira Iriarte Badami y su hijo, no se acreditó que el mismo se hubiera hecho a favor de dicha entidad. Al respecto, las notas de enfermería, la planilla de enfermería y la carta de renuncia de la actora, en los que se basó la decisión, son documentos manuscritos por la propia demandante, sin que cuenten con recibido o aprobación por parte de la referida IPS. Afirmó que a nadie le es *lícito fabricar su propia prueba*, por lo que tales documentales no tienen la virtualidad de probar la prestación del servicio, así como tampoco la jornada laboral. Resaltó sobre esta última, que en interrogatorio de parte se presentaron reiteradas contradicciones en los dichos de la actora, como lo evidenció la juzgadora de primera instancia. En consecuencia, se deben revocar en su totalidad las condenas en su contra (Audiencia virtual del 30 de junio de 2021 – CD 2 Min. 22:39)³.

parte en pregunta que se le hizo a el representante legal de la EPS manifestó que la señora la señora Iriarte si estaba afiliada a la EPS Famisanar, entonces encontramos que pues la EPS Famisanar tenía afiliada a la señora Alcira Iriarte que de acuerdo con su plan obligatorio de salud esa EPS esta EPS debía suministrarle los servicios de salud para lo cual esta entidad contrato los servicios de Home Medical Service y está en su turno contrato los servicios de la auxiliar de enfermería Luz Minelly Aguilar, entonces teniendo en cuenta que... que... y ahora de acuerdo no solamente con la con la... la manifestación del representante legal de la EPS sino con los documentos aportados al proceso como son las notas de enfermería historia clínica y... y demás se establece que la paciente que cuidaba la señora Luz Minelly Aguilar era la señora Alcira Iriarte si bien no se aportó ese documento que dice como prueba del en la demanda si no... se aportó en físico quedó claro que el representante legal la señora manifestó que esta esta paciente afirmó que la señora Iriarte si estaba vinculada a la a la EPS Famisanar. Entonces, teniendo en cuenta que sí está probado que esta paciente estaba afiliada a la EPS de Famisanar pues le solicito pues a... el honorable tribunal que sea tenido en cuenta este interrogatorio que se hizo bajo la gravedad de juramento y el representante legal de la EPS así lo afirmo y por la tanto se declare la solidaridad a favor de la demandante y se declare que la EPS solidariamente responsable de todos los pagos adeudados y que fueron tenidos en cuenta en este fallo en esta sentencia y que sea solidariamente responsable a realizar estos pagos no es más esta apelación este recurso teniendo en cuenta que con los otros puntos estamos totalmente en conformidad. Muchas gracias señoría”.

³ “Gracias su señoría. Su señoría sí, estando dentro de la oportunidad procesal correspondiente de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo que su señoría acaba de proferir, pues lógicamente principalmente lo que tiene que ver con los numerales primero, segundo y tercero pues del resuelve la sentencia. Su señoría, en mi condición de curadora *ad litem* y conforme, insisto, las probanzas digamos la revisión que se realiza del expediente pues, su señoría, la suscrita no comparte las conclusiones a las que usted llega en relación con que la demandante acredito afectivamente por lo mismo la prestación personal del servicio lo que le permitía deprecar o aplicar la presunción señalada en el artículo 24 en el CST. Para lo anterior, su señoría, y digamos que contrario a lo que usted manifiesta en su sentencia, pues, se considera, su señoría, se insiste, perdón, en que la

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La controversia que puede estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir: (i) si se acreditó

historia clínica que aporta la demandante a través de su prueba documental así como las notas de enfermería que obran de folios 14 a 18 del expediente, su señoría, son documentos manuscritos por la misma demandante, sobre unas hojas con un formato y con un logo que aparentemente corresponde a la de la sociedad o la entidad Home Medical Service. No obstante, de estos documentos se puede corroborar que ella, la demandante, efectivamente presta un servicio para una señora Alcira Iriarte Badami paciente... paciente y para un para su hijo leo Badami quien es el responsable de la paciente, sin perjuicio de esto, estos documentos no tienen ningún tipo de señal de aprobación o de recibido por parte de la entidad o sociedad home medical, situación que si bien permite establecer una prestación del servicio, no que esa prestación del servicio fue a favor de o ejecutada a favor de la enjuiciada home medical o porque esta lo haya mandado, también su señoría se insiste en que de la documental que se hace revisión por parte de la suscrita al momento del conocimiento del expediente, se establece que existe una planilla de enfermería que obra en folio 22 del expediente documento 100% escrito por la actora sin seña de aprobación o recibido por parte de la entidad home medical por la que el mismo, pues no se evidencia la... insisto de una prestación personal del servicio contratada por la sociedad eh.. o entidad Home Medical y tampoco se puede establecer una jornada laboral, si, en ese mismo sentido su señoría, tal como usted lo señala en la sentencia que acaba de proferir, pues la carta de renuncia también presentada por la actora en la que manifestó su intención de dar por terminado un contrato de trabajo presuntamente celebrado con esta entidad, Home Medical, es un documento que tampoco tiene la virtualidad de... existencia de la relación laboral y en tal virtud su señoría, tal como usted lo señala, se encontraron serios reparos en la que tiene que ver con la presunta prestación de turno de enfermería a favor de la paciente señalada eh, eh, en relación por ejemplo con esos turnos de trabajo porque pues, como lo señalo la apoderada de Famisanar durante el interrogatorio de parte, se presentaron innumerables contradicciones de la demandante en relación con el con la duración del turno y los días efectivamente de... de presunto trabajo prestado en favor insisto, de la entidad Home Medical Service. En este sentido su señoría, se insiste en que pues eh, a la demandante básicamente acá, a través de sus propias manifestaciones pues eh, pudo constituir su prueba, y en tal virtud digamos s...e... se planteó una prohibición que digamos al principio de que a nadie le es lícito crearse su propia prueba, eh en ese sentido su señoría pues es claro para la suscrita que la señora Luz... Luz Minelly Aguilar Múnera uhm, contrario a lo señalado no cumplió con la carga probatoria que le correspondía como parte actora, en el sentido de probar la prestación personal del servicio pero a favor de esta entidad home medical Service y en tal virtud no había posibilidad de que operara la presunción que usted señalo de... el artículo 324 del código sustantivo del trabajo eh, por lo anterior su señoría también acuérdesse que la Corte ha sido muy clara, que si bien basta con probar prestación del servicio para que se aplique la presunción, lo cierto es que de no realizarse las actuaciones pendientes a la prueba de la prestación personal del servicio, es evidente que se debe negar las pretensiones. La preclusión de la oportunidad y la pérdida lógicamente del derecho, en esta jurisprudencia en particular, y conforme a lo señalado eh, teniendo en cuenta, pues que la señora Luz Minelly no logra pues, en mi concepto, y pues, en las manifestaciones realizadas en la parte motiva de su sentencia, ehm... probar la prestación personal del servicio, su señoría para la suscrita pues, tampoco son procedente las condenas a que usted hace referencia relacionadas con el pago de las prestaciones sociales, salarios adeudados y compensación de las vacaciones y pues lógicamente la indemnización moratoria porque si bien, digamos, en mi condición de curadora hace que no se haya podido aportar medio de prueba de manera directa por la demandada, lo cierto es que de la actuación de la demandate tampoco fuera posible establecer la existencia de una posible o verdadera relación laboral, en esos términos su señoría dejo presentado muy respetuosamente el recurso de apelación contra la sentencia que usted acaba de proferir, muchas gracias”.

o no la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y HOME MEDICAL SERVICE S.A.S., y en dado caso (ii) si procede la condena en contra de la E.P.S. FAMISANAR LIMITADA por solidaridad.

(i) Para resolver lo primero son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como “*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*”, disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal de la trabajadora, es decir, realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia de la trabajadora 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 una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*. Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador.

Sin embargo, para que la presunción legal de subordinación opere, se requiere la prueba del hecho que la genera: la prestación de un *servicio personal* de quien alega la existencia del contrato de trabajo en favor de la persona a quien llama al proceso como su empleador.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia, pues la demandante no cumplió con la carga de demostrar la prestación de un servicio personal en favor de HOME MEDICAL SERVICE S.A.S.

Sobre esta materia, se allegó la historia clínica de enfermería de ALCIRA IRIARTE DE BADAMI, y la planilla de registro de turnos de enfermería (folios 14 a 18 y 22), así como carta de renuncia de esta última dirigida mediante correo certificado a la referida IPS (folios 19 a 21), pruebas claramente insuficientes para demostrar la existencia del servicio personal en favor de la referida sociedad, pues pese a contar con membrete de HOME MEDICAL SERVICE S.A.S., se encuentran firmadas por LEO BADAMI como familiar de la paciente, y por la misma demandante como *auxiliar de enfermería*, lo que les resta peso probatorio conforme al principio general del derecho que señala que *nadie puede fabricar su propia prueba*⁴.

Contrario a lo señalado por la juzgadora de primera instancia, la encartada no podía tachar de falsos tales documentales, así como tampoco desconocerlas, pues en los términos de los artículos 269⁵ y 272⁶ del CGP tales figuras proceden frente a documentos que se le *atribuyan* lo cual no sucedió en el

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral, Sentencia SL3981-2021 Rad. 81902 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: “(…), el recurrente olvida que la copia de la liquidación realizada en hoja Excel elaborada por el propio demandante y con soporte en la cual se edifica todo el argumento de su disertación, no puede tener carácter demostrativo alguno puesto que, solo tendría incidencia probatoria si dicho documento contuviera datos que perjudicaran al accionante o que favorecieran a la administradora de pensiones, lo que resulta de la aplicación del principio general del derecho según el cual nadie puede crear su propia prueba, más aún cuando en el presente asunto ni si quiera se tiene conocimiento si efectivamente el promotor del proceso devengó los salarios que afirmó en la liquidación efectuada y además se desconoce la fuente de información con sustento en la cual fue elaborada”.

⁵ “La parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba”.

⁶ “En la oportunidad para formular la tacha de falsedad la parte a quien se atribuya un documento no firmado, ni manuscrito por ella podrá desconocerlo, expresando los motivos del desconocimiento. La misma regla se aplicará a los documentos dispositivos y representativos emanados de terceros”.

presente caso, como se dijo, los mismos fueron suscritos por la misma actora y por un tercero ajeno a la empresa convocada⁷.

En respuesta a los argumentos contenidos en los alegatos de la parte actora, no resulta como confesión en esta materia (probar la prestación de un servicio personal en favor de HOME MEDICAL SERVICE S.A.S.) el interrogatorio de parte rendido por JAIRO ANTONIO MORENO MONSALVE⁸ representante legal de la E.P.S. FAMISANAR LIMITADA, pues si bien afirmó que dicha EPS “contrató con la IPS Home Medical, y ésta a su vez contrato a la señora Luz Minelly”⁹ se trata de un *derecho* sobre el cual el confesante no tiene poder dispositivo, además no produce un perjuicio al deponente sino a un tercero (HOME MEDICAL SERVICE S.A.S.), y no se trata de un hecho propio de FAMISANAR o de un hecho del cual debiera tener conocimiento¹⁰.

Nótese que la referida declaración, en concordancia con lo señalado en la contestación (folios 102 a 108 y 222 a 228), no se encaminó a la situación específica de la actora y su vinculación sino a la generalidad del vínculo existente entre la EPS e IPS para la atención en salud de los afiliados de la primera, según el contrato de prestación de servicios allegado (folios 109 a 124). De ello cual únicamente se podría derivar una eventual responsabilidad solidaria de FAMISANAR como beneficiaria del servicio, más no la existencia del vínculo laboral en los términos pretendidos.

Por el resultado del recurso las COSTAS en ambas instancias corren a cargo de la demandante.

⁷ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5109-2020 Rad. 70271 M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR: “(...) *nadie puede fabricar su propia prueba. Por esto, es inane que la pasiva no haya tachado de falsa esa documental*”.

⁸ Audiencia del 22 de junio de 2019 – CD 1 audio 1 Min. 21:25.

⁹ *Ibidem* Min. 23:28.

¹⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL469-2019 Rad. 72579 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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** la sentencia de primera instancia.
2. **ABSOLVER** a las demandadas de todas las pretensiones incoadas.
3. **COSTAS** de primera instancia y en la apelación a cargo de la demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

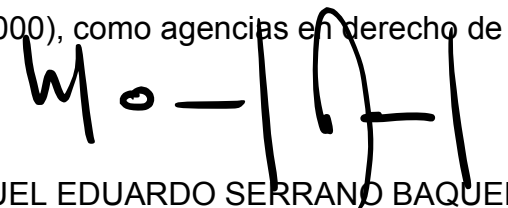


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS MCTE (\$200.000), 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 CARMEN FRANCISCA VERGEL GARNICA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA SOCIEDAD
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por todas las demandadas, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2021 por la Juez Novena (9ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CARMEN FRANCISCA VERGEL GARNICA 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 se declare la ineficacia o nulidad de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 1º de abril de 1997, con fundamento

en que los asesores comerciales de la AFP PORVENIR S.A. omitieron brindar toda la información pertinente sobre las características y diferencias entre ambos regímenes pensionales y el futuro pensional de la actora. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare que la demandante se encuentra afiliada en el RPM administrado por COLPENSIONES, y se le ordene a la AFP PORVENIR S.A. devolver con destino a COLPENSIONES todos los saldos y sumas adicionales de la demandante, junto con sus frutos, intereses y rendimientos, sin que se puedan deducir costos administrativos o del fondo de solidaridad. De forma subsidiaria pide que se condene a la AFP PORVENIR S.A. a que reconozca la pensión de vejez a favor de la demandante bajo los parámetros establecidos en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 (ver folios 67 a 87 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 se encuentra ajustado a derecho, pues lo realizó la demandante de forma libre y voluntaria, y advirtió que la actora se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003 y que no es beneficiaria del régimen de transición ni por edad ni por tiempos de servicio. Propuso como excepciones las de *imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación y la innominada o genérica* (ver folios 112 a 127 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones elevadas en su contra con fundamento en que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición ni por edad ni por tiempo de servicios, y advirtió que para el momento en el que operó el traslado de régimen le faltaban 22 años para

acceder a una pensión de vejez en el RPMD y que el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Sobre los hechos que fundamentan la demanda, afirma que de conformidad con la información que se reporta en el historial de vinculaciones de la demandante, el traslado de régimen se produjo con su vinculación a la administradora de pensiones ING, hoy PROTECCIÓN, fondo que estaba llamado a brindar asesoría especializada sobre las consecuencias del cambio de régimen. No obstante lo anterior, advirtió que los traslados horizontales entre fondos del RAIS (primero a la AFP COLPATRIA y posteriormente a la AFP PORVENIR), fueron efectuados de manera libre, espontánea y sin presiones. Propuso como excepción previa la de *falta de integración del litisconsorcio necesario*, y propuso como excepciones de mérito las de *falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, prescripción, compensación, ausencia de responsabilidad atribuible a mi representada, buena fe y la innominada o genérica* (ver folios 139 a 155 del expediente).

Mediante auto proferido el 20 de septiembre de 2019, la Juez Novena (9ª) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso la integración de la AFP PROTECCIÓN SA como litis consorte necesario de la parte demandada (ver folio 166).

La ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación de la demandante en el RAIS es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, que produjo plenos efectos jurídicos. Además, advirtió que la parte actora no puede soportar su pretensión de declaratoria de nulidad en sus expectativas económicas respecto del valor de la mesada de la pensión de vejez. Propuso como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro*

previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica (ver folios 261 a 280 del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia de 15 de septiembre de 2021, mediante la cual la Juez Novena (9ª) 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 providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante CARMEN FRANCISCA VERGEL GARNICA entre el régimen de prima media administrado por el entonces INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. el 1° de abril del año 1997. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, CARMEN FRANCISCA VERGEL GARNICA, sin descontar valor alguno por cuotas de administración y comisiones de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta de ahorro individual de la demandante CARMEN FRANCISCA VERGEL GARNICA durante la vigencia de su afiliación al fondo pensiones por lo considerado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. todos los valores que le fueron trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral de la*

demandante las correspondientes semanas, de acuerdo con lo motivado. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas en sus contestaciones. SEXTO: Las costas estarán a cargo de PROTECCIÓN S.A., tásense por Secretaria, fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo indicado en la parte considerativa de este fallo. SÉPTIMO: Remítase este asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a fin de que surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social” (CD 4, audiencia virtual No 2, parte 2, minuto 15:02).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLMENA (hoy PROTECCION S.A.) no probó haber cumplido con el deber de información que tenía frente a la accionante, y advirtió que este no se puede entender convalidado o ratificado con los posteriores traslados que realizó entre AFP's.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

El apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque el fallo de primera instancia. Afirma que no existen elementos que demuestren vicios en el consentimiento, y para el momento en el que operó el traslado de régimen pensional la demandante no tenía una expectativa legítima para acceder a la pensión (contaba con menos de 750 semanas cotizadas y le faltaban más de 20 años). Además, indicó que la actora no puede retornar al RPM en cualquier tiempo pues no era beneficiaria del régimen de transición en los términos establecidos en la sentencia SU-130 de 2013. Además, estima insuficiente como prueba de un posible engaño, la manifestación de la demandante sobre

el valor de la pensión que recibiría RPM (CD 4, audiencia virtual No 2, parte 2, minuto 17:13)¹.

En el recurso de PROTECCIÓN S.A., su apoderado pide que se revoque el numeral tercero de la sentencia dictada en primera instancia, en el cual se condenó a la devolución de los gastos y las cuotas de administración. Afirma que la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, autoriza en ambos regímenes pensionales el descuento de las cuotas de administración para cubrir las primas de seguros previsionales y los gastos de administración que se requieren para generar rendimientos, y advirtió que dichos rendimientos se encuentran demostrados con el certificado aportado al plenario. Por ello, estima que de mantenerse dicha orden se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de COLPENSIONES, pues la comisión no está destinada a financiar la pensión de vejez, y se están trasladando los rendimientos que generó el fondo privado, advirtió que conforme el criterio expuesto por la Superintendencia Financiera de Colombia en la materia solo es procedente trasladar el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión

¹ “Gracias su señoría, interpongo recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral En primera medida honorables magistrados no existen elementos que evidencien vicios de consentimiento o dolo en el presente caso, pues no hubiere expectativa legítima para la actora como quiera que a la hora del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 20 años para acceder a la pensión además ténganse en cuenta que no era beneficiaria del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo como lo manifiesta la sentencia SU-130 de 2013 por lo que la actora deberá someterse a los mandatos el sistema general de pensiones en el régimen al cual se encuentra afiliado. Ahora bien honorables magistrados ténganse la sentencia con radicado 2016-087 del 17 de enero del 2017 del Tribunal Superior de Pereira, la cual indica que la simple manifestación de inconformidad de que el valor de la pensión a recibir en este momento en el régimen de prima media va a resultar superior a la que va a recibir en el RAIS por sí sola no constituye prueba de que cuando realizo el traslado la demandante lo haya hecho movido por un engaño o una equivocada información por parte del fondo, siendo en realidad que en el presente caso no se logró probar una información equivocada o falas por parte del fondo, máximo si se tiene en cuenta que para el año del traslado de la actora los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones a la hora del traslado por lo tanto no hay lugar para la ineficacia solicitada, pues lo que existió fue un desinterés o descuido por parte de la demandante y se evidencia que la misma decide continuar cotizando al RAIS de manera libre y voluntaria por lo anterior señores magistrados solicito se revoque la sentencia de primera instancia y no se decrete la ineficacia solicitada, muchas gracias”.

Mínima, respetando la destinación de los aportes pensionales realizados a la gestión de la administración (CD 4, audiencia virtual No 2, parte 2, minuto 19:02)².

En el recurso de PORVENIR S.A. su apoderada solicita igualmente que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia en cuando la condenó a la devolución de las cuotas de administración. Afirma que dichas cuotas de administración le permitieron al fondo privado realizar inversiones en el

² “Gracias señora juez, me permito sustentar el recurso de apelación y le solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de la ciudad de Bogotá que se revoque la sentencia que se acaba de proferir en el numeral 3 con respecto a las devoluciones de gastos de cuotas de administración y el cual paso a sustentar de la sigui, con los siguientes argumentos. Esta comisión de administración de la prima de seguros previsionales son descuento autorizados en la ley 100 de 1993, regulados por su artículo 20 y modificado por el artículo 7 de la ley 797 del 2003, esto es que autoriza a Protección a descontar o a deducir el 3 por ciento del 10 por ciento de los aportes realizados por los afiliados al sistema general de pensiones, este mec, este mencionado descuento del 3 por ciento se usa para cubrir los gastos de administración y pagar las primas de seguros previsionales y este opera en los dos regímenes es decir tanto en el régimen de prima media como el régimen de ahorro individual con solidaridad. Anexo al expediente señores magistrados encontraran el certificado de rendimientos, el cual por la vigencia que estuvo la aquí demandate del 97 al 99 se generaron directamente aportes por, aportes directamente a la cuenta individual por 3'198.000 y generando rendimientos de 2'792.000, es decir más del 50 por ciento del capital ahorrado se fue, está en rendimientos generados, valores directamente acreditados a la cuenta de ahorro individual y que fueron devueltos a la AFP destino, tal como lo ind, los indico, se o se estableció en los certificados de traslados establecidos por, por Protección. Con esa condena que esta de primera instancia y que ordena a mi representada a devolver los dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más los rendimientos financieros generados y adicionalmente a eso lo descontado por comisión de administración pues se estaría constituyendo un enriquecimiento sin, sin justa causa a favor de Colpensiones por recibir una comisión que ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente a eso ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de una buena gestión de administración realizada por, por Protección por lo que mi representada tienen todo el derecho a conservar esa comisión como una restitución mutua a su favor y no hay razón que tenerla que trasladar a Colpensiones, justifico esto en el artículo 1746 del código civil y así mismo como en sentencia con radicado 31989 del 9 de septiembre del 2008, magistrado ponente Eduardo López Villegas, finalmente solicito a los señores magistrados tener en cuenta que los fondos de pensiones somos vigilados por la Superintendencia Financiera de Colombia, en la cual ha solicitado que cuando se declaren esos decre, esos, esas sentencias de ineficacia se dé cumplimiento al artículo séptimo del decreto 3995 del 2008 y esto es que establece que cuando se dé un traslado de régimen se debe trasladar el dinero en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima respetando la destinación de los aportes pensionales realizados a la gestión de administración, con es, en este orden de ideas señora juez dejo sustentado mi recurso, muchas gracias”.

mercado de valores y generar rendimientos en favor de la afiliado, rendimientos que superan exponencialmente los valores descontados por concepto de gastos de administración y que serán reintegrados a COLPENSIONES, y advirtió que con ello se ocasionaría un enriquecimiento injustificado en favor de COLPENSIONES, dado que recibiría una comisión por unos dineros que no administró (CD 4, audiencia virtual No 2, parte 2, minuto 22:01)³.

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).

³ “Muchas gracias señora juez, solicito ante la honorable Tribunal que se revoque la sentencia pues en lo que se refiere a la conde, al, a la condena a devolver el, los descuentos de las cuotas de administración ya que ep, estos descuentos fueron los que permitieron que mi representada realizara inversiones en el mercado de valores que a la poste permitieron que se generaran rendimientos en favor del afiliado, rendimientos que superan expone, exponencialmente los dineros descontados por gastos de administración y que serán reintegrados a Colpensiones, por ende aun en el caso de considerarse que los descuentos por administración causaron un deterioro del bien entregado en administración con la devolución de los rendimientos causados dicho detrimento desaparecería por completo así mismo por cuanto dichos descuentos también se hubieran causado de haber permanecido el demandante en el régimen de prima media con presentación definida ya adicionalmente se ocasionaría un enriquecimiento injustificado en favor de Colpensiones por cuanto recibiría una comisión por unos dineros que no administro, en, en este sentido dejo sustentado el recurso de apelación para que se revoque la sentencia en ese punto, muchísimas 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 al expediente que para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 767,57 semanas⁴; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía

⁴ Ver reporte de semanas cotizadas en el historia de cotizaciones aportado por la parte demandante y por COLPENSIONES – ver folios 5 y 159 del expediente.

menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años, 8 meses y 23 días)⁵; y para la fecha de presentación de la demanda ya tenía cumplida la edad de pensión (tenía 57 años – ver registro civil de nacimiento a folio 3 y constancia de la presentación de la demanda a folio 87).

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A. (por absorción de la AFP COLMENA SA), no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento del traslado de régimen pensional (año 1997); ni siquiera aportó el formulario de afiliación que hubiera suscrito la demandante para efectuar el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas de cada régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado la decisión de traslado, en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confiesa que se le hubiera brindado información en los términos establecidos en la Corte, pues contrario a ello indicó que para la época del traslado, la vinculación al RAIS no estuvo mediada por un asesor comercial de la AFP COLMENA (hoy PROTECCIÓN) que suministrara información pertinente sobre las consecuencias del traslado, pues firmó el formulario sin su presencia cuando adelantó el proceso de contratación en la empresa CAPSA, y allí le indicaron que los ejecutivos de la empresa se encontraban afiliados en COLMENA (audiencia virtual, parte No 1, minuto 13:08).

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* de la afiliación la permanencia de la actora en el RAIS, o posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial operó el 1° de abril de 1997 en la AFP COLMENA S.A. (hoy PROTECCIÓN

SA), posteriormente se trasladó a la AFP COLPATRIA (hoy PORVENIR) el 6 de julio de 1999, y después se trasladó a la AFP PORVENIR el 30 de marzo de 2001, AFP en la que se encuentra actualmente afiliada (ver historial de afiliaciones SIAFP obrante a folio 131 del expediente, y los formularios de afiliación obrantes en 41, 132 y 133).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de todos los valores correspondientes a las cotizaciones y rendimientos financiero, sin poder descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración y comisiones, y a cargo de PROTECCIÓN S.A. trasladar los valores correspondientes a las cuotas de administración y comisiones que cobró durante el tiempo en el que la demandante estuvo afiliada en dicho fondo privado. Para ello se sigue también el criterio trazado por 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); dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y de los seguros de invalidez y sobrevivientes (previsionales).

Conociendo en consulta y apelación a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión 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 de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos privados de pensiones.

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-HI' with a period at the end.

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 LEONOR CONSTANZA SÁNCHEZ PEÑUELA
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS
S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y SKANDIA ADMINISTRADORA DE
FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

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 PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A., y para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2021 por la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

Téngase a los doctores Johana Alexandra Duarte Herrera, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., y Nicolás Eduardo Ramos Ramos, quienes se identifican con T.P. 184.941 y 365.094, para actuar como apoderados principal y sustituto de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los fines del poder, el certificado de existencia y representación legal y el memorial de sustitución conferidos. Así mismo, téngase a las doctoras María

Camila Bedoya García y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quienes se identifican con T.P. 288.820 y 221.228, como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LEONOR CONSTANZA SÁNCHEZ PEÑUELA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (hoy SKANDIA), para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en junio de 1999, con fundamento en que los asesores comerciales del fondo privado HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., la indujeron en error al no suministrarle información suficiente, completa, clara y comprensible acerca de las implicaciones de su traslado de régimen, los riesgos, ventajas y desventajas de ello, pues, por el contrario, le indicaron que tendría mayores beneficios como un monto más alto en su pensión, sin explicar o indicarle las condiciones necesarias para ello ni mostrarle una proyección al respecto. Como consecuencia de lo anterior pide se tenga como afiliado en COLPENSIONES, sin solución de continuidad y se actualice su historia laboral, y y se ordene el traslado de la totalidad de las cotizaciones efectuadas durante su afiliación en el RAIS (ver demanda de folios 33 a 50).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad las pretensiones formuladas en su contra, con fundamento en que el traslado efectuado tiene plena validez hasta que se compruebe en el trámite la existencia del vicio en el consentimiento afirmado en la demanda. Así mismo,

la actora se encuentra incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir* (ver contestación de folios 77 a 82).

También contestó la demanda COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones formuladas, con base en que suministró a la demandante información suficiente, oportuna y veraz sobre requisitos para obtener la prestación, las diferencias, ventajas y desventajas, con cálculos comparados, frente al RPM, según lo cual tomó la decisión libre y voluntaria de afiliarse a dicha entidad, sin que se allegue prueba alguna de vicios en su consentimiento, y su voluntad de mantenerse en dicho régimen fue tal que no ejerció su derecho de retracto ni efectuó nuevamente el traslado de régimen antes de estar incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sumado a su permanencia durante más de 20 años en dicho régimen pensional. Sumado a lo anterior, afirmó que su deber de información se limitaba a reafirmar lo que ya sabía la demandante debido a su previo traslado de régimen. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen e ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y compensación y pago* (ver contestación de folios 97 a 112).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. también contestó la demanda mediante apoderada. Solo se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre, conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, sin que para la fecha de afiliación a dicha entidad (abril de 2018), fuera dable a la actora trasladarse de régimen conforme a la misma norma, por encontrarse a menos de 10 años de la edad pensional. Resaltó que el

traslado inicial de régimen es válido, conforme a la manifestación de voluntad plasmada en el formulario de afiliación, único documento exigido para la época, sin que éste haya sido tachado o desconocido por la demandante. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, buena fe, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el actor y genérica* (ver contestación de folios 124 a 143).

A su vez, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda por medio de apoderado. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones, alegando que al momento del traslado a la AFP INVERTIR, luego HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., se brindó información sobre las características, ventajas y desventajas del RAIS frente al RPM, conforme a lo cual la actora suscribió formulario de afiliación de manera libre, consciente y voluntaria, sin que para la época fuera requisito suministrar proyecciones pensionales y que si bien es cierto que el ISS fue liquidado, la entidad no se valió de esa información para captar afiliados.. Resaltó que en ningún momento la afiliada solicitó más información, no presentó inconformidad alguna ni hizo uso de las oportunidades de trasladarse que tenía. Como excepciones de mérito formuló las siguientes: *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 de folios 185 a 206).

Finalmente, contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones, aduciendo que al momento de la afiliación asesoró a la actora de forma clara, oportuna, completa y objetiva acerca de las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, así como sobre las consecuencias de su traslado, conforme a lo cual firmó el formulario de afiliación y la carta de asesoría correspondiente de fecha 20 de junio de 2016,

sin que hubiera engaño o error provocado por los asesores comerciales de la AFP, quienes -dice- estaban debidamente capacitados. Resaltó que al afiliarse a dicha entidad la demandante tenía 51 años, por lo que estaba imposibilitada para trasladarse al RPM, sin que previo a ello hubiera optado por regresar a dicho régimen y, por el contrario, mantuvo su afiliación por más de 15 años sin queja alguna, y no es dable que ahora el monto de la prestación sea el pretexto para efectuar el cambio de régimen. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, innominada o genérica inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y traslado de aportes* (ver contestación de folios 232 a 244).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de septiembre de 2021, mediante la cual la Juez Décima (10ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante, señora LEONOR CONSTANZA SÁNCHEZ PEÑUELA, al FONDO DE PENSIONES INVERTIR FUTURO, hoy la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación el día 31 de mayo 1996 y, en consecuencia, así mismo se declara la ineficacia de los subsiguientes traslados realizados por la demandante a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS el 8 de septiembre de 1999, mediante la suscripción de la afiliación en esta data, y la afiliación al fondo de pensiones HORIZONTE, hoy AFP PORVENIR, suscrita el 27 de febrero de*

2001, y la suscripción de afiliación con la AFP PORVENIR S.A. el 1º de enero de 2014, la suscripción de la afiliación con AFP PROTECCIÓN S.A. suscrita el 20 de junio de 2016, y finalmente la suscripción del 24 de abril de 2018 con OLD MUTUAL, hoy AFP SKANDIA S.A. En consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS y se ordena el regreso automático, sin solución de continuidad, al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva. SEGUNDO: SE CONDENA a la demandada COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación de la demandante LEONOR CONSTANZA SÁNCHEZ PEÑUELA al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a realizar la devolución a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora LEONOR CONSTANZA SÁNCHEZ PEÑUELA, que existan en su cuenta individual de ahorro, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., con los rendimientos que se hubiere (sic) lugar y debe realizar la devolución también de los gastos y cuotas de administración debidamente indexados, con los documentos necesarios para que COLPENSIONES pueda establecer que efectivamente se realiza la devolución en los términos indicados, para ello le se otorga el término de 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad a la parte considerativa de esta sentencia. CUARTO: CONDENAR a las administradoras de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORAS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de las sumas que descontaron a la señora demandante durante su vinculación a estas administradora de pensiones, por concepto de gastos y cuotas de administración debidamente indexados, para ello se les otorga el termino de 15 días hábiles a la ejecutoria de la presente providencia y acompañando los documentos correspondientes para que COLPENSIONES pueda establecer

cuáles fueron las sumas descontadas por cuotas y gastos de administración y que efectivamente se está haciendo la devolución indexada como se ordena en la sentencia, de conformidad a la parte motiva de la providencia. QUINTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que una vez ingresen las sumas provenientes de las administradoras de pensiones, debe proceder a revisar que la devolución sea conforme a lo ordenado en esta sentencia, y de manera inmediata deberá imputar en la historia laboral para efectos pensionales de la demandante las semanas cotizadas por la señora LEONOR CONSTANZA SÁNCHEZ PEÑUELA en el RAIS durante su afiliación a las administradoras precitadas en esta sentencia, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la providencia. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas, conforme a lo expuesto. SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR y deben ser tasadas por secretaría e incluir como Agencias en Derecho la suma de \$900.000. OCTAVO: De no ser apelada esta providencia, debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, por las condenas impuestas a COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 – CD 4 archivo 27 Min. 38:00).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó que la AFP INVERTIR FUTURO, hoy PORVENIR S.A., hubieran brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre de vicios del consentimiento, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación ni las gestiones adelantadas ante las AFP como solicitud de contraseña o ingresos a plataformas virtuales, así como tampoco los posteriores traslados en que hubiera podido recibir nuevamente la debida asesoría, pues ésta debía hacerse en el primer momento del traslado de régimen. Resaltó que en interrogatorio no se obtuvo confesión acerca de la

asesoría clara, cierta, comprensible y oportuna, sobre las características, diferencias y riesgos del cambio de régimen pensional.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., la apoderada pide que revoque en la sentencia y se le absuelva de las condenas, especialmente la devolución de los gastos de administración, que no deben pagar indexadas, pues fueron descontadas por disposición legal y se utilizaron para generar los rendimientos financieros de los dineros de la actora, por lo que entregar los mismos COLPENSIONES genera un enriquecimiento sin causa a su favor, y un doble cobro al ordenarse su indexación junto con la devolución de los rendimientos. Así mismo, manifestó que obró de buena fe durante la afiliación de la demandante, por lo que no hay lugar a condenarla en costas. Resaltó que dicha administradora proporcionó en debida forma la asesoría a la demandante conforme a las normas vigentes para la época, sin que sea exigible la aplicación de normas que surgieron con posterioridad. Finalmente, considera que lo reclamado es susceptible de prescripción, pues no se trata de un derecho pensional, sino de un acto de afiliación (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 – CD 4 archivo 27 Min. 42:49).

A su vez, en el recurso de COLFONDOS, su apoderada solicitó que se revoque parcialmente la sentencia en su numeral cuarto, para que se absuelva a su representada de la devolución de gastos de administración de manera indexada, los cuales se descuentan por disposición legal y se utilizan para el pago de la póliza de cobertura para riesgos de invalidez y sobrevivientes, frente a los cuales estuvo amparada la demandante, así como para la obtención de rendimientos en la cuenta de ahorro individual, que fueron trasladados a la AFP a la que se afilió posteriormente. Agregó que la devolución de los valores indexados constituye una condena en perjuicios, los cuales no fueron discutidos en el presente trámite, sin que se probara un daño o pérdida en el poder adquisitivo en los aportes, pues por el contrario con los rendimientos obtenidos se obtuvieron valores superiores a los depositados. En

todo caso, se trata de valores que son de tracto sucesito y no están destinados a financiar la pensión, por lo que son susceptibles de prescribir. Resaltó que dicha entidad cumplió con el deber de información (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 – CD 4 archivo 27 Min. 47:15).

La apoderada de PROTECCIÓN S.A. pide que se la absuelva del traslado de los valores descontados por gastos de administración, por cuanto se trata de descuentos autorizados legalmente para ambos regímenes pensionales, pero en el RAIS generan una restitución dados los rendimientos que se generan en la cuenta de ahorro individual de los afiliados, los cuales en el presente caso fueron trasladados a la AFP SKANDIA, por lo que su entrega a COLPENSIONES genera un enriquecimiento sin causa y una condena en perjuicio del patrimonio de la AFP PROTECCIÓN, los cuales no fueron discutidos ni demostrados en el trámite. Resaltó que, al momento de afiliación de la demandante a dicha entidad, estaba a menos de 10 años de cumplir la edad pensional, por lo que no había razón para impedir su afiliación desde otra AFP pues no le era posible entonces efectuar el cambio de régimen pensional (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 – CD 4 archivo 27 Min. 51:30).

En el recurso de la apoderada de SKANDIA, pide que revoque parcialmente la sentencia de primera instancia para que se la absuelva en lo concerniente a los gastos de administración, dice que fueron descontados por disposición legal, máxime cuando pese a las facultades para fallar extra y ultra *petita*, no fueron mencionados en la demanda ni discutidos en el trámite pues sólo hasta la sentencia se efectuó pronunciamiento al respecto, lo cual vulnera sus derechos de defensa, debido proceso y contradicción. Resaltó que las sentencias citadas por la juzgadora corresponden a supuestos diferentes a los discutidos en el presente caso. Así mismo, que si bien la ineficacia se declaró conforme a la jurisprudencia, los jueces deben someterse al imperio de la Ley en cuanto a sus efectos, pues allí se encuentra regulada la forma y valores que deben tenerse en cuenta al momento del traslado, así como en la disposición que ordena el descuento de los gastos de administración, como lo ha resaltado la Superintendencia Financiera. Manifestó que tales descuentos

han cumplido su finalidad al generar rendimientos y haber dado lugar a la cobertura para los riesgos de invalidez y muerte al efectuarse el pago de los seguros previsionales a cargo de terceros de buena fe. Señaló que la condena impuesta trata a las AFP como poseedoras de mala fe, cuando el CC señala que el poseedor de buena fe no está obligado a la restitución de los frutos percibidos. Así mismo, considera que la devolución de los gastos indexados, más la entrega de los rendimientos, constituye una doble sanción. Por último, señaló que no es aplicable a estos rubros la imprescriptibilidad propia de los derechos pensionales, pues se destinaron, entre otros, a pagos de primas de seguros y no están en poder de la demandada (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 – CD 4 archivo 27 Min. 56:41).

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 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 del expediente que para la fecha en que la demandante se afilió al fondo privado de pensiones tenía 34 años de edad y había cotizado 212,14 semanas¹, 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 2 años y 8 días)², y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de pensión de vejez (tenía 54 años – ver CD 2 y folio 51).

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en CD 2.

² *Ibidem*.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, 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 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

³ 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”.

⁴ 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”.*

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 al efecto si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas (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);, que (iv) 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 confirmará la sentencia de primera instancia que declaró ineficaz el traslado de régimen pensional de la demandante, pues la AFP INVERTIR, hoy 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”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario no solo una ilustración sobre las

ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante pues indicó que en mayo de 1996 recibió citación de la cooperativa para la que trabajaba para asistir a una reunión en que les presentaron el fondo INVERTIR, creado por el gremio de las cooperativas, y le indicaron que se podría pensionar en cualquier momento y con el salario que quisiera, que el *Seguro* podría desaparecer y que eran mejores los fondos privados para los afiliados, al día siguiente los citaron para firmar el traslado -dice- sin asesoría personalizada para su caso concreto. Relató que los múltiples traslados horizontales obedecieron a sus vinculaciones con distintas empresas temporales, quienes a su arbitrio modificaban las afiliaciones, que nunca estuvo en una oficina de las diferentes AFP para recibir una información completa y oportuna respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales (Audiencia virtual del 27 de septiembre de 2021 – CD 4 archivo 26 Min. 56:33).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la permanencia o los posteriores traslados en dicho régimen, y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma, así como la devolución de los gastos de administración a cargo de dicha entidad y de las AFP COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), todo ello con base en el precedente jurisprudencial trazado por la Corte; 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) y ello implica la devolución de las primas de las aseguradoras para los riesgos de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, sumas que se deben devolver *“debidamente indexadas”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades extra y ultra petita de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía definir la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración debidamente indexados por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por tener que asumir la obligación pensional del demandante en

⁵ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

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

Finalmente, se confirmará la condena en costas que se dictó contra PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación de folios 185 a 206).

COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA 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 bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

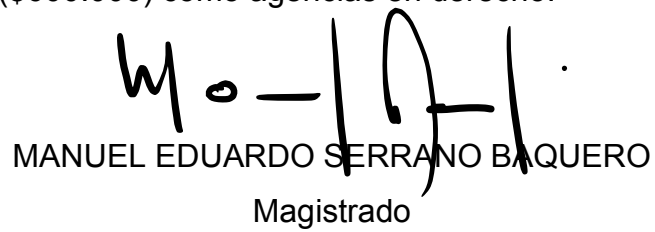
EXP. 10 2019 00069 02

Leonor Constanza Sánchez Peñuela Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado .


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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


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 NUBIA ESTELA NAVAS CHAPARRO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES
Y CESANTÍAS S.A., HOY SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.,**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 19 de agosto de 2021 por la Juez Décima (10) 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 a la doctora Johana Alexandra Duarte Herrera, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien se identifica con T.P. 184.941, para actuar como apoderada principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a las doctoras María Camila Bedoya García y Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quienes se identifican con T.P. 288.820 y 221.228, como apoderadas principal y sustituta, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder y del memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, NUBIA ESTELA NAVAS CHAPARRO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en junio de 1994, así como el ocurridos con posterioridad, con fundamento en que el traslado a PORVENIR S.A. estuvo viciado por no haber recibido información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen y en especial de su situación pensional; por el contrario, la prometieron condiciones y beneficios superiores al RPM. Adicionalmente el formulario de afiliación carece de la firma del empleador, por lo que no cumple lo señalado en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Así mismo, entre la creación del RAIS y su afiliación, no transcurrió el término de 3 año señalado en el artículo 13 literal *E* de la Ley 100 de 1993. Efectuados los cálculos correspondientes, la mesada que recibiría en el RAIS es por mucho inferior a la que obtendría en el RPM. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES como si nunca se hubiera trasladado (ver demanda en archivo 04 folios 67 a 74).

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el traslado efectuado por la demandante se presume efectuado en virtud de la libre escogencia de régimen pensional y plenamente válido, conforme el contenido del formulario de afiliación, por lo que corresponde a quien afirma el vicio en el consentimiento o la ineficacia del acto probar su ocurrencia. Agregó que la actora se encuentra incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción y caducidad, declaratoria*

de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir (ver contestación archivo 04 folios 81 a 85).

También contestó la demanda SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., mediante apoderada. Se opuso a todas las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la afiliación efectuada por la demandante con dicha entidad en 2015 por haber cumplido todos los parámetros legales exigidos a la fecha, sin que sea dable argumentar que el valor de su mesada pensional será inferior al que esperaba. Además, para entonces se encontraba incurso en la prohibición de trasladarse de régimen contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Previo a la vinculación brindó información suficiente sobre características, bondades y limitaciones del RAIS a través de sus asesores y funcionarios, quienes están debidamente capacitados, conforme a lo cual la demandante tomó la decisión de trasladarse desde otra AFP, como se evidencia en el formulario de afiliación suscrito y, resalta, la actora contaba con los mecanismos suficientes y necesarios para cotejar la información proporcionada. En todo caso, se encuentra prescrita la acción de nulidad, según los artículos 488 del CST y 1742 y 1750 del CC. Propuso como excepciones de fondo: *buena fe, genérica, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y prescripción* (ver contestación archivo 04 folios 111 a 119).

A su vez, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., también contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que proporcionó una asesoría verbal con información clara, veraz y provista de elementos de juicio objetivos para que la demandante tomara una decisión consciente, sin que el nivel de detalle de información referido en la demanda fuera exigible para la época del traslado, pues surgió a partir del Decreto 2555 de 2010 y, en todo caso, era deber de la demandante informarse sobre el acto jurídico de traslado y sus consecuencias. Por el contrario, con el traslado horizontal se obtiene clara evidencia de su voluntad de mantenerse en dicho régimen. Así mismo, no obra prueba de las razones

de hecho que sustentan la nulidad reclamada, por el contrario, pese a tener varias oportunidades para trasladarse de régimen, no fue diligente al respecto sino cuando ya se encontraba incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003. Manifestó que era deber de la afiliada informar a su empleador del traslado y que se entiende el conocimiento de éste, pues efectuó los pagos de los aportes. Advierte que el término de 3 años señalado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se empieza a contar *a partir de la selección inicial*, por lo que no era necesario que dicho término transcurriera desde la expedición de la referida norma para que se pudiera dar el traslado de régimen. La acción de nulidad se encuentra prescrita conforme a los artículos 1750 del CC y 151 del CPTSS. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 04 folios 200 a 223).

Terminó la primera instancia con sentencia de 19 de agosto de 2021, mediante la cual la Juez Décima (10) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante, señora NUBIA ESTELLA NAVAS CHAPARRO, a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de la afiliación realizada el 30 de junio de 1994 y por ende el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado en dicha data y, en consecuencia, se declara también la subsecuente traslado al fondo de pensiones OLD MUTUAL, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. actualmente, y se ordena regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a que debe restablecer afiliación de la demandante al*

régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: Se CONDENA al fondo de pensiones SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. a que debe realizar la devolución de las sumas que se encuentran en la cuenta individual de la demandante al régimen de prima media es decir a COLPENSIONES, de conformidad al artículo 1746 del C.C., por tanto debe devolver las cotizaciones realizadas por la señora NUBIA ESTELLA NAVAS CHAPARRO, que se encuentran en su cuenta individual, así como por estas sumas de dinero con destino al RPM, y de igual manera deberá hacer la devolución de gastos y cuotas de administración, debidamente indexados, dentro de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia, acompañando con los documentos correspondientes para COLPENSIONES pueda hacer la revisión de que se hace la devolución en los términos establecidos en esta providencia, de conformidad a lo expuesta en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., que debe realizar la devolución a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las sumas descontadas por concepto de cuotas y gastos de administración durante la afiliación a la AFP PORVENIR, de la señora NUBIA ESTELLA NAVAS CHAPARRO, que deberá realizarse la devolución de las cuotas y gastos de administración descontados debidamente indexados a COLPENSIONES, en el término de los 15 días siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, acompañando también la documental correspondiente para que COLPENSIONES pueda revisar que se está haciendo la devolución total de las cuotas y gastos de administración y debidamente indexados como se ha establecido en la esta sentencia. QUINTO: Se CONDENA a COLPENSIONES a que una vez ingresen los dineros provenientes de SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y de la AFP PORVENIR, debe proceder a realizar la imputación de las semanas cotizadas en el RAIS por la señora NUBIA ESTELLA NAVAS CHAPARRO, en la historia pensional de COLPENSIONES. SEXTO: Se DECLARAN no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO: Se CONDENA en costas de esta instancia a ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a favor del demandante. Deben ser tasadas por secretaría e incluir como Agencias en Derecho la suma de \$900.000. OCTAVO: En caso de no ser apelada esta providencia, debe surtir el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA ante la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá, por las condenas impuestas a COLPENSIONES” (Audiencia Virtual del 19 de agosto de 2021 – archivo 10 Hora 1:46:10).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A., no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación o el posterior traslado a OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., como quiera que el cumplimiento del deber de información debe hacerse al momento del traslado de régimen. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderada pidió que se revoque la decisión, pues el deber de información en los términos exigidos se hizo conforme a normas que surgieron con posterioridad a la fecha del traslado objeto de demanda, pues en su lugar se debe dar la validez suficiente al formulario de afiliación que contenía la voluntad de la actora que da cuenta de su asesoría verbal. Así mismo, se evidenció su interés de permanecer en el régimen, al punto que hubo posterior traslado dentro del mismo. No era posible para la fecha del traslado realizar una proyección de la eventual mesada pensional, por lo que su exigencia conlleva un imposible jurídico. En interrogatorio de parte se estableció que la inconformidad de la demandante consiste en el monto de la mesada pensional, lo que no constituye vicio alguno,

pues el legislador creó los dos regímenes con características diferentes y la actora se benefició de la cobertura del RAIS durante su afiliación. Afirmó que no es procedente la devolución de los gastos de administración, pues por disposición legal fueron descontados e invertidos en la generación de rendimientos de los aportes de la actora, cuya devolución también se ordena, lo cual va en contravía de las restituciones mutuas que resultan aplicables a la declaratoria de ineficacia (Audiencia Virtual del 19 de agosto de 2021 – archivo 10 Hora 1:51:12).

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 a la afiliada le falten 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 31 años de edad y había cotizado 544,14 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 10 años 6 meses y 29 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver archivo 04 folios 3 y 75).

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 04 folios 31 y 32 y en el expediente administrativo.

² *Ibidem*.

Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, 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 han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema a la afiliada, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”. En este sentido: (i) “El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riegos y consecuencias». Además –dice la Corte- (ii) “Si

³ 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”.

⁴ 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”.

se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones, sin que importe si para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraban consecuencias negativas por no tener la afiliada, 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 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*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus

características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues indicó el traslado se efectuó debido a visitas de asesores de fondos privados, quienes en charlas grupales de 20 minutos les indicaron que el ISS se iba a acabar, que lo mejor era pasarse a un fondo privado, en el que el proceso para pensionarse sería más jóvenes y con una mesada pensional más alta, sin que se le indicara la forma en que podía acceder a ello. El posterior traslado se dio ya que una asesora de OLD MUTUAL le dijo que ella estaría más pendiente de ella y para entonces el asesor de PORVENIR no había vuelto a aparecer (Audiencia Virtual del 29 de junio de 2021 Min. 22:03).

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 o los posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación*

definida administrado por COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia, los valores se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe resaltar que en el ejercicio de las facultades *extra* y *ultra petita* de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST) bien podía la juez definir la devolución de los gastos de administración por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de la declaración de ineficacia del traslado, frente a la cual se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión 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 de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

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

RESUELVE

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

EXP. 10 2019 00399 01

Nubia Estela Navas Chaparro Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otras

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

2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.

3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA CLARTE
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**

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE NERY YASMITH MARÍN CORTÉS CONTRA
SALUD VIDA S.A. E.P.S. EN LIQUIDACIÓN y la COOPERATIVA INTEGRAL
DE TRABAJO ASOCIADO INTEGRAR Y ASISTENCIA**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada, para resolver el recurso de apelación presentado la parte demandante, contra la sentencia dictada por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de abril de 2021. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y SALUD VIDA EPS EN LIQUIDACIÓN del 22 de abril de 2004 hasta el 30 de agosto de 2015, se CONDENÓ a esta demandada a pagar la reliquidación de la indemnización por despido sin justa causa, y se ABSOLVIÓ de las demás pretensiones.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NERY YASMITH MARÍN CORTÉS presentó demanda contra SALUD VIDA S.A. E.P.S. y la COOPERATIVA INTEGRAL DE TRABAJO ASOCIADO INTEGRAR Y ASISTENCIA para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato verbal de trabajo entre la demandante y SALUD VIDA EPS EN LIQUIDACIÓN y “*en solidaridad*” con la CTA INTEGRAR Y ASISTENCIA, vigente del 22 de abril de 2004 al 31 de agosto de 2015 y se condene a la referida EPS a pagar

las cesantías y “*sus intereses moratorios*”, las primas “*semestrales*”, las vacaciones, las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo, los “*salarios descontados por cuota de sostenimiento, aportes y otros*” a través de la CTA INTEGRAR Y ASISTENCIA, los aportes a seguridad social en salud y pensiones reintegrando los montos asumidos por ésta y el excedente a las entidades correspondientes.

Como fundamento de lo pedido afirma que ingresó a prestar sus servicios personales a SALUD VIDA EPS el 22 de abril de 2004, por sugerencia del gerente nacional financiero de esta entidad, en el cargo de *Interventoría del Área de Informática* con salario de \$4.000.000. Para ese efecto, tuvo que asociarse a la CTA INTEGRAR Y ASISTENCIA a la cual estaban afiliados los trabajadores de la EPS lugar de trabajo en el cual recibía ordenes de personal de la EPS demandada. A partir de noviembre de 2004 fue nombrada *gerente nacional de operaciones* de SALUD VIDA EPS con celular corporativo y un salario de \$6.291.000 en horario de 8:00 a.m. a 6:00 p.m. de lunes a sábado. Laboraba en las instalaciones de la EPS, debía reportarse a su presidente, y se encontraba a cargo de las direcciones de operaciones del régimen subsidiado y del régimen contributivo. En desarrollo de dicha labor debía viajar a distintas oficinas zonales en todo el país para lo cual le eran cancelados viáticos que no se tuvieron en cuenta como factor salarial. Posteriormente, se suprimió la gerencia a su cargo y se le nombró como *gerente nacional de informática*, en condiciones laborales similares. En dicha labor, recibió reconocimientos y capacitaciones por parte de SALUD VIDA. Pese a lo anterior, su vínculo continuó de manera aparente con la CTA, a quién debía solicitar vacaciones. Para 2009 devengaba la suma de \$7.192.000 y para 2011, \$7.419.986. Mediante correo electrónico del 7 de mayo de 2010, la autorizó la ausencia de sus labores a uno de sus subordinados que laboraba como Profesional 1 Informática de la ESP demandada, y en 2011 autorizó y negó vacaciones a varios de ellos. Fue la encargada de la entrega de elementos de informática a la fiscalía por la investigación adelantada en contra de SALUD VIDA EPS. En 2011 se inició la liquidación de la CTA INTEGRAR

Y ASISTENCIA, por lo cual se le ordenó renunciar a ésta para poderse vincular directamente con la referida EPS, lo que ocurrió el 17 de febrero de 2012 sin que hubiera modificación alguna en su cargo, funciones ni condiciones laborales. SALUD VIDA EPS autorizó el pago de una parte de su salario mediante bonos *Sodexo* por la suma de \$2.014.000, incrementado posteriormente a \$2.070.000 que, sumado a su asignación básica, arroja \$10.212.400 como contraprestación para el año 2015. Los bonos *Sodexo* no fueron reconocidos como factor salarial para liquidar sus acreencias laborales. El 31 de agosto de 2015 fue despedida sin justa causa, sin que se pagado la indemnización correspondiente conforme a su salario, ni se le hayan cancelado las prestaciones sociales ni las vacaciones adeudadas (folios 3 a 21).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por SALUD VIDA S.A. E.P.S. EN LIQUIDACIÓN, mediante apoderado, quien se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que el vínculo entre las partes inició en febrero de 2012, como se reconoce en la demanda, y con anterioridad la demandante se encontraba vinculada como asociada a la CTA INTEGRAR Y ASISTENCIA, época en la cual no se ejerció subordinación alguna por parte de la EPS. Resaltó que la actora era la máxima autoridad de su área, por lo que claramente no se evidencia en ninguno de los correos allegados que se le haya dado orden alguna. Insistió en que no adeuda suma alguna por los tiempos previos al vínculo, que fueron cancelados por la CTA a la que estaba vinculada, ni en vigencia de éste, pues la EPS pagó de manera correcta la totalidad de acreencias adeudadas incluso la indemnización por despido sin justa causa. Los recursos entregados por SALUD VIDA EPS a la CTA INTEGRAR Y ASISTENCIA obedecieron a múltiples contratos ejecutados por ésta que dieron lugar a las compensaciones respectivas y no específicamente a la accionante, lo mismo que los presuntos viáticos, pues no se puede decir que fueron asumidos por la EPS, ni sería dable tener como factor salarial eventuales valores no cancelados por ésta. Según el organigrama de la compañía la demandante no tenía a cargo las contrataciones que afirma haber realizado. Propuso como excepciones de

fondo: *inexistencia de solidaridad, pago acreencias laborales, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, prescripción civil, buena fe, ausencia de subordinación y genérica* (folios 243 a 270 y 326 a 363).

También contestó la demanda la COOPERATIVA INTEGRAL DE TRABAJO ASOCIADO INTEGRAR Y ASISTENCIA, mediante apoderado. Se opuso a todas las pretensiones afirmando que la demandante estuvo válidamente vinculada por decisión voluntaria con la cooperativa desde el 22 de abril de 2004, según la ley 79 de 1988, y en virtud de ello prestó los servicios que le fueron encomendados, sin que se vulnerara ningún derecho laboral. Resaltó que en el contrato de su asociación se le indicó que debía cumplir las órdenes e instrucciones que impartiera el tercero contratante o los superiores jerárquicos del establecimiento al que fuera asignada. En todo caso, los traslados y las autorizaciones de vacaciones, eran determinados por la cooperativa, previa autorización de SALUD VIDA EPS. Los elementos con que se prestó la labor fueron proporcionados por la CTA, quien contaba con los mismos por comodato precario que se suscribió en la oferta mercantil con SALUD VIDA EPS. El vínculo terminó por renuncia voluntaria de la asociada el 17 de febrero de 2012, sin que se adeudara suma alguna causada en virtud del acuerdo cooperativo. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, pago total de las obligaciones en cuanto a la liquidación del acuerdo cooperativo, buena fe, mala fe de la actora, cobro de lo no debido, cláusula compromisoria y genérica* (folios 364 a 398).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de abril de 2021, en la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y SALUD VIDA EPS EN LIQUIDACIÓN del 22 de abril de 2004 hasta el 30 de agosto de 2015 y, CONDENÓ a esta demandada re-liquidar la indemnización por despido sin justa causa dado que el vínculo estuvo vigente por un interregno superior al que se tuvo en cuenta por la pasiva al momento de pagar dicha indemnización, y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la ciudadana NERY YASMITH MARÍN CORTÉS y la persona jurídica de derecho privado SALUD VIDA EPS EN LIQUIDACIÓN existió un contrato de trabajo vigente entre el 22 de abril de 2004 al 30 de agosto de 2015, el cual finalizó de manera unilateral por parte del empleador, devengando como último salario la suma de \$8.142.400, lo anterior de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada al pago de \$32.352.469, por concepto de reliquidación de la indemnización por despido injusto, y de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme las razones expuestas. CUARTO: CONDENAR a la demandada, persona jurídica de derecho privado SALUD VIDA EPS a las COSTAS y agencias procesales. Líquidense éstas por secretaría, señálense o inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, y de conformidad con los argumentos de orden normativo esbozados en la parte motiva de esta sentencia”* (Audiencia virtual del 26 de abril de 2021 Min. 40:05).

Para tomar su decisión, el Juez encontró probada la prestación del servicio de la actora, sin que la EPS demandada allegara medio probatorio alguno que desvirtuara la subordinación ni demostrara la existencia de un verdadero acuerdo cooperativo con la CTA. En cuanto a los factores salariales reclamados, señaló que la relación de viáticos allegada por la demandante no da certeza sobre su pago o su fuente, ni de los correos electrónicos allegados se desprende dicho valor o la razón del pago, por lo que no es posible su inclusión salarial. Tampoco encontró lugar al pago de prestaciones sociales ni vacaciones, pues la demandante en el interrogatorio de parte confesó que éstas fueron canceladas durante todo el vínculo, por lo cual tampoco había lugar al pago de las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías ni pago de prestaciones o salarios al finalizar el vínculo. Tampoco se probó que la actora hubiera sufragado de su patrimonio los aportes a seguridad social, por lo que no hay lugar a su devolución. Ya que la

COOPERATIVA INTEGRAL DE TRABAJO ASOCIADO INTEGRAR Y ASISTENCIA se encuentra liquidada, no hay lugar a condenar a la devolución de cuotas o aportes a ésta. Igual suerte corre la pretensión de declaratoria de solidaridad. Dado que el vínculo estuvo vigente por un interregno superior al que se tuvo en cuenta por la pasiva al momento de pagar la indemnización por despido sin justa causa, procede su reliquidación. Finalmente, encontró probada la excepción de prescripción de eventuales acreencias causadas con anterioridad al 30 de agosto de 2012.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la demandante afirma que se probó en el trámite el pago de viáticos destinados para alojamiento y manutención de la demandante, conforme a la *compleja relación* que se anexó y a los testimonios que dieron cuenta de que a la actora se la pagaban tales rubros. Así mismo, obran *certificaciones* anuales de los pagos periódicos del salario mediante bonos *Sodexo Pass*, así como correos electrónicos, testimonios y la declaración de la demandante, los cuales no tenían una destinación específica, sino que acrecentaban su patrimonio. Conforme a ello, solicita se reliquiden *todas las pretensiones* –incluido el despido sin justa causa-, teniendo en cuenta *los principios de ultra y extra petita*. Así mismo -dice- debe condenarse a la indemnización moratoria y demás derechos reclamados en la demanda (Audiencia virtual del 26 de abril de 2021 Min. 40:00)¹.

¹ “Bueno, con la, con el tiempo de todos y con la venia del señor juez desarrollo el recurso de apelación en los presentes términos: en momento nos encontramos en un escenario donde el contrato de trabajo de la señora Ma... Nery Marín desde el año 2004 hasta el año 2012, inicio el contrato directo con la co, con la empresa demandada, se probó que existió contrato de trabajo hace tiempo cuando estaba contratada po... a través de la cooperativa. (...). Entonces continuo con mi... continuo con el desarrollo de m... de mi recurso señor juez. Entonces inicié diciendo que en este momento estamos en un escenario donde ya está reconocido el contrato de trabajo de la señora Nery Marín con la empresa demandada SALUD VIDA desde el año 2004 hasta el 2012, que estaba vinculada con la cooperativa y evidentemente hay un contrato de trabajo desde el año 2012 hasta el año de salida de la señora Nery, donde hay un contrato efectivamente directo con la demandada. Bueno, una vez teniendo esta base quisiera decir lo siguiente. Número uno: el señor juez no encontró... no encontró suficientemente veraz la información probatoria o el acervo probatorio que se adjuntó o que se anexo como prueba al presente proceso al respecto ahí que decir dos cosas muy importantes. Número uno: con respecto a los viáticos, los viáticos están completamente probados dentro del proceso, ahí una compleja relación de viáticos sobre quien los pago, como los pago, y están absolutamente reconocidos que se pagó por la empresa demandada SALUD VIDA, ni siquiera por la cooperativa, y eran envíos que hacía la empresa demandada, la... la empe... SALUD VIDA, eran pagos que hacía directamente a las señora demandante, por la visita a las

em... empresas zonales o regionales de SALUD VIDA, luego si en u... en principio, el... digamos en primera instancia si están probados los viáticos, los viáticos existieron, entonces no solo existieron sino existieron pagos por la demandada por SALUD VIDA, para representarla a ella como empleada la señora Nery Marín o la demandante, como empleada de SALUD VIDA S.A., para poner orden informático, siendo gerente nacional de informática, para poner orden informático, es decir, darle todo el... la estructura logística y la conectividad a todas estas empresas regionales que eran muchísimas. Es decir, las señora Nery Marín se ha tenido que desplazar desde el año 2004 hasta la finalización de su contrato se ha tenido que desplazar a diferentes zonas del país, pagas con viáticos para ella que enriquecieron su, su patrimonio porque fueron viáticos destinados a manutención y alojamiento, y la norma y la jurisprudencia es clara en ese sentido, si las, si los, si este momento fue destinado o la, o la parte de la o, digamos la división que se hace de esta entrega de viáticos hubo una destinación constante, regular o habitual o permanente que es lo que dice la, la jurisprudencia y la norma labora, estamos en presencia de salario, luego por un lado, no se... no hubo pronunciamiento del señor juez o al menos no lo, no lo sentí, no lo escuche sobre si esos viáticos eran o no salario, como se ha dicho los viáticos que se han presentado dentro de este proceso no solo fueron permanentes, es decir permanentes dentro de un año, durante los doce meses tuvo que viajar la señora Nery, viajes complejísimo de muchos días que como dije, enriquecieron su patrimonio y ese es uno de los presupuestos además de la permanencia y que se dediquen a alojamiento y manutención, ese es uno de los presupuestos de la norma laboral y además de eso es uno de los presupuestos del, de la jurisprudencia, donde dice que si se, se, se, si se destinan a este, a estas, a estas finalidad o este es el destino de estas, de estos conceptos económicos van a constituir obligatoriamente salario, luego si ahí salario de viáticos en este momento, difiero totalmente con lo que el señor juez en este instante ha manifestado en su sentencia, que quiere decir que no ve, no hay un pronunciamiento en este momento sobre la calificación de los viáticos que a todas luces son salario, porque digo esto, dentro del proceso figura prueba lo suficientemente demostrativa sobre la procedencia del dinero, la destinación y el re, y quien recibió el dinero, que fue la señora Nery Marín, y además de eso, quien lo, quien lo, quien lo giro, que fue la SALUD VIDA EPS, ni siquiera la cooperativa, eso, esa circunstancia obra dentro del proceso como un anexo número uno y número dos de relación de viáticos mensuales con el valor, la destinación y además de eso se evidencia totalmente la permanencia y la habitualidad, del, de este pago, durante el 2004 hasta la finalización de sus labores, luego difiero totalmente y solicito al juez de, de segunda instancia se revise este tema en detalle porque se está dejando, se está cometiendo un error en la valoración de la prueba y es un error que en este momento está menoscabando el derecho que, que se está solicitando por parte de la señora demandante, al cual a todas luces con las pruebas y no solo eso, también confrontando estas pruebas documentales con los testimonios rendidos en particular el se... el del señor Edison Díaz, per, el del doctor Édison Pedreros, perdón, contrastado en particular con ese testimonio quien compartió con la señora Nery durante todo ese tiempo porque el entro en el año 2002 y se retiró en el año 2009, el evidencio y ahí prueba dentro del proceso que a la señora Nery se le pagaban viáticos, luego difiero y ahí un total error en la valoración de la prueba con respecto a la calificación de estos viáticos y además de eso reitero ahí una compleja prueba documental donde se relaciona exactamente el valor, el destino, la fecha y donde se desprende sin ningún esfuerzo intelectual o sin ningún esfuerzo de lectura cuales fueron los años y los meses donde se le pagaron estos viáticos. Entonces por un lado desde el punto de vista de los viáticos con todo el respeto del señor juez de primera instancia, primero difiero y segundo respetuosamente manifiesto que no es cierto que no esté dentro del proceso que los viáticos, la calificación que se le debe dar a los viáticos para que constituyan salario, luego si se hace un examen sencillo de esas pruebas aportadas al proceso confrontadas con los testimonios se puede evidenciar que si ahí salario a través de viáticos y cuál fue su destinación y además de eso cuales fueron sus valores y su periodicidad en el tiempo, entonces respetuosamente solicito al juez de segunda instancia se revise este tema en detalle porque se está cometiendo un error en la valoración de esta prueba porque es lo suficientemente clara para evidenciar que estos viáticos constituyeron salario. Número dos, el señor juez de primera instancia, reitero con el mayor respeto, considero no hay suficiente evidencia probatoria dentro del proceso para demostrar que hubo salario con respecto los pagos que se le hicieron en el sentido de los bonos Sodexo, señor juez de primera instancia y de segunda instancia por favor respetuosamente les pido y soli... y, y hago notar que en ese sentido ahí otro error en la valoración de la prueba y es el siguiente, consta dentro del proceso lo suficientemente claro que a la señora Nery Marín a través de certificaciones expedidas por SALUD VIDA S.A., con el membrete y la firma de SALUD VIDA S.A., del representante en ese momento, de recursos humanos, quien era quien expedía estas,

estas certificaciones, Diana Lorena Beltrán, en este, en este caso, está absolutamente claro a través de certificaciones que a la señora Nery Marín le pagaban el salario y además de eso confiesa y manifiesta a través de documento válido que no ha sido objetado dentro de este proceso, manifiesta la demandada SALUD VIDA que la señora Nery tiene un salario por dar un e, uno de los tantos ejemplos de certificaciones que ahí porque para cada año existe una certificación que demuestra el salario y además los viáticos pagados, que por ejemplo para el año, para el año mmm 2012, iniciando el contrato de trabajo con la cooperativa de e, perdón con la, con SALUD VIDA S.A., hubo un cambio en el modo de pago de los salarios de la señora Nery, de la demandante, esto consta dentro del proceso, ¿cómo consta dentro del proceso?, ahí documentación a través de correos electrónicos que demuestran que el presidente de la cooperativa y también dentro de los testimonios y de la, y de la ehm, versión rendida por la señora Nery consta dentro del proceso que a ella le pagaban desde el 2012 el salario a través de, de, de digamos un valor nominal o un valor en efectivo que eran 8 millones, que es el señor juez en este momento está dando como cierto, que ese era el salario pero resulta que ahí certificaciones dentro del proceso de cada año que se le entregaron bonos Sodexo Pass y es absolutamente claro que esas certificaciones eran periódicas, esos, esos pagos eran periódicos es decir, el salario de la señora Nery Marín se constituía del pago en efectivo y de los bonos en, Sodexo, en particular para dar un ejemplo o para que se tenga, para que se tenga certeza y se corrobore que lo que estoy diciendo tiene validez y base probatoria, el año, en el año 2012, en el año 2012, excúsenme un segundo, en el año 2012 la señora Nery efectivamente o en efectivo se le estaban pagando 8.142.400 pesos, más 2.070.000 pesos, constitutivo de los bonos Sodexo, para un total de 10.212.400 pesos que esta den, evidenciado dentro del proceso a través de certificado del 24 de agosto del 2015, esto ni siquiera es un desprendible, esto es una confesión, una corroboración, una certificación expedida por la demandada, donde ellos manifiestan abiertamente afirman, confiesan que el salario de la señora Nery se compone del, del efectivo y además de los bonos de So, de los bonos Sodexo, y esos bonos Sodexo no tenían una destinación, la señora Nery ellos entraron a enriquecer también el patrimonio de la señora Nery como lo hicieron los viáticos entonces no hallo justificación, señor juez de primera instancia con todo el respeto, y solicito al se... al... al señor juez de segunda instancia o al, o a la revisión, o a la apelación que se va a hacer de, de segunda instancia, la revisión que se va a hacer de segunda instancia de este proceso, que obra también senda prueba documental dentro de este proceso donde se evidencia a toda luces, sin lugar a duda, sin hacer esfuerzos complejos de razonamiento para entender estos, estos documentos, que a la señora Nery efectivamente le pagaban viati... perdón, efectivo más bonos Sodexo, luego no hallo, no se halla justificación dentro de este proceso para que en primera instancia se, no se condene este, esta parte del salario, como constitutivo del mismo, luego si se hace como lo he dicho un análisis sencillo de la certificaciones que obran dentro del, dentro del proceso, porque si obran certificaciones, si obra, si hay manera de saber cuánto se pagó, como se pagó y como se pagaba y además de eso quien lo pagaba, hay manera de tener claridad exacta sobre ese tema, entonces ya la jurisprudencia y la ley también han sido muy claras, esta circunstancia ha sido constitutiva de salario, no hay manera que la demanda a través de documentos trate de tapar la realidad salarial que cumplían los bonos Sodexo, luego señor juez, difiero totalmente de la just... del... de la justificación que se está dando con respecto a los viáticos y los bonos Sodexo, ambos constan dentro del proceso, ambos tienen una relación, un valor, una periodicidad y además de eso, tienen una identidad de parte, desde la demandada que reci... perdón, demandante que recibía esos salarios y ahí una certificación de eso, emitida por SALUD VIDA y además de eso, de los viáticos entregados, se le entregaron viáticos y eso figura dentro del proceso no solo está probado a través de documentos, esta probado también a través de testimonios, hay manifestación dentro de este proceso de las, de las, de los intervinientes como terceros, que se le pago además de eso hay manera de corroborar la documentación con respecto a la, a la, a las versiones rendidas, luego respetuosamente manifiesto que ahí un total error en la valoración de la prueba con respecto a la validez y el peso que en este momento deberían tener las, los documentos donde se acreditan estos dos conceptos, tanto viáticos como, como los bonos Sodexo constitutivos de salario, entonces solicito de manera respetuosa que esto sea tenido en cuenta, estos valores, estos conceptos, sean tenidos en cuenta como constitutivos del salario ya que, reitero, obra dentro del proceso prueba suficientemente contundente, útil, conducente, idónea, para acreditar el valor, los pagos, la periodicidad y además de eso la identidad de parte que recibía y que pagaba, entonces sumado a esto, a la jurisprudencia que respalda estas circunstancias sobre la calificación del salario solicito se tenga en cuenta los viáticos relacionados dentro del proceso a través de documentos, relación de viáticos, anexo uno, y relación de viáticos anexo dos, además solicito se tenga en cuenta y se le dé

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala, por encontrarse contenidos en la sentencia de primera instancia y no haber sido apelados: (i) que entre SALUD VIDA S.A. E.P.S. EN LIQUIDACIÓN y la demandante existió un contrato de trabajo entre el 22 de abril del año 2004 y el 30 de agosto del año 2015, (ii) que el vínculo fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por el empleador (folio

la valoración adecuada probatoria a las certificaciones de los años 2012 hasta la salida de la señora Nery Marín, donde se evidencia el pago de vi, el pago de bonos Sodexo Pass, más el efectivo que se le estaba entregando a la señora Nery, son constitutivos de salario y está probado dentro del proceso, una vez dicho esto solicito adicional que una vez dado el valor probatorio real y el valor probatorio necesario a esos documentos obrantes dentro de este proceso, una vez se le de ese valor a esas pruebas se acceda a las pretensiones, se declaren como salario a ambos, se reliquide una vez más todas las pretensiones solicitadas dentro de la demanda de primera instancia, así que para finalizar, respetuosamente solicito al juez de segunda instancia, a la revisión de segunda instancia se le dé el valor probatorio que debe ser a la relación de viáticos que acabo de mencionar, se le dé el valor probatorio real a las certificaciones como confesión de salario por parte de la demandada, con membrete de la demandada que obran dentro del proceso donde se le puede, donde se puede dilucidar con toda, con toda claridad los pagos y el salario real de la señora Nery, la señora Nery finalizo su, finalizo además de eso solicito se le dé total valor y se decrete como salario el ultimo que fue de la señora Nery Marín, que es solicitado dentro de las pretensiones, adicional una vez esto, solicito por supuesto se reliquide una vez más la, la, se le dé la reliquidación al despido sin justa causa y seguido a las pretensiones solicitadas dentro de la demanda, una vez hecho eso se le de paso a todos los derechos que han debido, que se han debido decretar para la señora Nery Marín pedidos en la demanda, solicitados en la demanda, se, no solo se reliquiden, se decreten y además de eso se reconozcan, se declaren y una vez teniendo en cuenta los principios de ultra y extra petita, y además de eso lo solicitado por la demanda de primera instancia, solicito se declare el valor probatorio como salario de estos, de esto, de los, de los viáticos relacionados y además de eso de los bonos Sodexo relacionados y finalmente que se le conceda el derecho a la señora Nery Marín, de reliquidación de todas las acreencias laborales que hasta este el momento el juez de primaria instancia considero que no eran viables porque no estaban probadas dentro del proceso, situación si lo está, está probado dentro del proceso que el valor y la periodicidad y, y la regularidad y las, y la identidad de las partes, en ese sentido pues solicito que se declare la sanción moratoria, solicito que se declaren los demás derechos solicitados en la parte, en la deman... en la demanda inicial, por lo que muy respetuosamente señor juez de primera instancia le, le agradezco mucho este tiempo, cierro mí... mi... mi... mi digamos el, eh mi... mi apelación, la cierro, es decir mi... mi apelación la cierro, diciendo que se le dé el suficiente valor probatorio a lo que no fue decretado dentro de este proceso que fue los viáticos o que se le resuelva lo probatorio real, al, a la relación de viáticos y a la relación de certificaciones con respecto al pago de bonos Sodexo Pass y el salario en efectivo y adicional pues que derivado de eso se reliquiden todas las prestaciones labores y todos los derechos laborales dejados de pagar en relación a que hay una diferencia salarial importante, probada con respecto a lo que la señora Nery ganaba, a lo que la señorita Nery le entregaban y a esa parte del salario que él, que la, que la empleadora trato de disfrazar a través de viáticos y a través de bonos Sodexo y se le, se acceda a los derechos solicitados en las pretensiones de la demanda una vez dado el suficiente o el valor probatorio adecuado a las pruebas que se han manifestado en este, en esta documento de apelación, entonces muchísimas gracias y con esto cierro mí, mi intervención para el recurso de apelación”.

293); y (iii) que se encuentran prescritas las eventuales acreencias causadas con anterioridad al 30 de agosto de 2012.

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) si hay lugar a incluir el valor de viáticos y bonos *Sodexo* para determinar el salario real percibido por la actora; y en dado caso, (ii) si procede la reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social, e indemnización por despido de la accionante; y (iii) si hay lugar al pago de las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y por no pago de prestaciones sociales al terminar el vínculo.

(i) FACTORES SALARIALES. Para resolver sobre la inclusión de los pagos recibidos por viáticos y los bonos en la base de liquidación de prestaciones sociales, el artículo 127 del CST que *“Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”*. Y si bien el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autorizó la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, dicha posibilidad solo cabe frente a una *duda razonable* sobre la naturaleza salarial de los pagos que se pretenden excluir. El pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales pagos que tienen claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario, implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y por ello sería ineficaz.

Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST, y lo adocrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene efectos de cosa juzgada constitucional y es de forzosa aplicación para todos los

jueces. Allí se dijo: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”.*

Sobre viáticos el artículo 130 numerales 1 y 3 del CST disponen que *“Los viáticos permanentes constituyen salario en aquella parte destinada a proporcionar al trabajador manutención y alojamiento; pero no en lo que sólo tenga por finalidad proporcionar los medios de transporte o los gastos de representación”* y *“Los viáticos accidentales no constituyen salario en ningún caso”*. Advierte la norma que *“Son viáticos accidentales aquéllos que sólo se dan con motivo de un requerimiento extraordinario, no habitual o poco frecuente”*.

Con base en estas normas y una vez revisada la evidencia aportada al expediente, no encuentra el Tribunal demostrado -por quien tenía la carga procesal (la parte demandante por ser quien alegó el hecho)²- de **forma cierta** el carácter salarial de los viáticos o de los bonos Sodexo cuya inclusión se reclamó en el proceso.

Para obtener una decisión favorable a la pretensión de incluir VIÁTICOS como factor salarial, la demandante debía relacionar y demostrar de forma específica los días en que pernoctó, el hotel en el cual se alojó por cuenta de la demandada, y el precio de alojamiento en dicho hotel, así como los gastos de manutención (como alimentación, entre otros), pues solo con tales datos se

² Artículo 167 del CGP: *“Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”*.

podría obtener un valor concreto y la eventual omisión de la demandada al no incluirlos en la salario base de liquidación de sus derechos laborales. Nótese que ni siquiera se relacionaron en la demanda los días y los lugares en los que la trabajadora estuvo alojada en un hotel por cuenta de la demandada. Menos aún se indicó el nombre de los hoteles en que ello pudo ocurrir, ni el valor de las tarifas que éstos tenían dispuestas para sus usuarios, o en su defecto, las tarifas acordadas con la empresa demandada.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al analizar las pruebas aportadas a un expediente de las cuales incluso se podía obtener *“el itinerario, la factura del hotel y el listado de hoteles y tarifas”* (hechos que ni siquiera se expusieron en este expediente) advirtió que el demandante en casación debía: *“(…) establecer de manera pormenorizada la relación que existe entre cada uno de los documentos que en su entender contienen los vuelos realizados, los hoteles donde presuntamente pernoctó y el valor de las tarifas; es decir, [DICE LA CORTE] le correspondía detallar con definitiva claridad y precisión cada uno de los viajes donde, de acuerdo con el itinerario a cumplir, debía pernoctar y el valor que pagaba la demandada por cada noche en el hotel respectivo”*³.

A este expediente únicamente se allegaron las documentales denominadas cuadros *“No. 1. TRANSFERENCIAS VARIAS”* y *“No. 2. TRANSFERENCIAS VIÁTICOS”* *“DE: SALUDVIDA S.A., A NERY MARIN (sic). Rango tiempo: año 2005 a 2012”* (folios 24 a 33), que resultan insuficientes para entender la existencia de los referidos viáticos, pues no es posible obtener certeza acerca de quién los elaboró tales cuadros⁴, carecen de firma y no hoy otros indicios que permitan identificar al autor, sin que sea dable atribuir los mismos a la demandada o a un tercero que pudiera dar fe de su contenido (como podría

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral, Sentencia dictada el 18 de febrero de 2015 Rad. 44576 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

⁴ Artículo 244 del CGP: *“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento”*.

ser el caso de certificaciones bancarias, etc.). Se presumen entonces elaborados por la parte actora y carecen de valor probatorio conforme al principio general del derecho que señala que *nadie puede fabricar su propia prueba*⁵ ⁶. En una situación análoga, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, señaló: “(...), el recurrente olvida que la copia de la liquidación realizada en hoja Excel elaborada por el propio demandante y con soporte en la cual se edifica todo el argumento de su disertación, no puede tener carácter demostrativo alguno puesto que, solo tendría incidencia probatoria si dicho documento contuviera datos que perjudicaran al accionante o que favorecieran a la administradora de pensiones, lo que resulta de la aplicación del principio general del derecho según el cual nadie puede crear su propia prueba, más aún cuando en el presente asunto ni si quiera se tiene conocimiento si efectivamente el promotor del proceso devengó los salarios que afirmó en la liquidación efectuada y además se desconoce la fuente de información con sustento en la cual fue elaborada”.

Así mismo y en respuesta a los argumentos contenidos en la apelación, no resulta útil en esta materia (probar el pago de viáticos permanentes con destino a manutención y alojamiento) el testimonio rendido por EDISON ALBERTO PEDREROS BUITRAGO⁷, exrepresentante legal suplente de SALUD VIDA EPS, quien pese a manifestar que debido a las operaciones de la empresa y las labores propias de la demandante ésta debía viajar constantemente a otras ciudades del país, para lo cual le eran reconocidas las sumas correspondientes a los viáticos para vuelos, hotel, mantenimiento y demás, no refirió fechas, valores ni datos pormenorizados que pudieran dar cuenta fehaciente del pago de tales beneficios. Nótese que la referida declaración no se encaminó a situaciones específicas de la actora y su vinculación, sino a la generalidad del reconocimiento de viáticos por parte de

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral, Sentencia SL3981-2021 Rad. 81902 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA

⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5109-2020 Rad. 70271 M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR.

⁷ Audiencia virtual del 9 de diciembre de 2020 Min. 32:40.

SALUD VIDA EPS, esto es, nada dijo sobre los precisos valores cancelados en los términos pretendidos.

Respecto al pago de salarios mediante BONOS *SODEXO PASS*, y contrario a lo señalado en el recurso, no se allegó certificación alguna de su pago. Únicamente obran correos electrónicos cruzados entre la demandante y Mónica Bibiana Motta Vargas, directora nacional administrativa de la referida entidad, entre los meses de octubre de 2013 y julio de 2014, en los que se limita a *“informar que ya están disponibles los bonos Sodexo correspondientes al mes”* (folios 152 a 164) sin que allí se indique suma alguna cancelada por dicho concepto.

Tampoco es útil en esta materia el testimonio rendido por ORLANDO CARVAJAL CALDERÓN⁸, exgerente nacional jurídico de SALUD VIDA EPS, quien se limitó a manifestar que a todos los gerentes se les pagaba una parte de su salario mediante bonos de *Sodexo Pass* y que en varias ocasiones habló con la demandante acerca del cobro de los mismos y las fechas en que podrían reclamarlos, pues, además de tratarse de una afirmación genérica que no le consta directamente al deponente, pues era la actora quien le informaba acerca de su cobro, carece de precisión respecto del monto, la periodicidad de su pago y su destinación, características necesarias para inferir si correspondían o no a factores salariales que debieran tenerse en cuenta para la liquidación de las acreencias reclamadas.

ii) y iii) RELIQUIDACIÓN DE ACREENCIAS Y PRESCRIPCIÓN. Conforme a lo dicho, no hay lugar a pronunciarse acerca de la reliquidación de las acreencias reclamadas, así como tampoco sobre su eventual prescripción, pues aquellas no se causaron al no encontrarse probados los factores salariales pretendidos; menos aún se puede pronunciar el Tribunal sobre asuntos que no fueron incluidos específicamente en la demanda –como se

⁸ Audiencia virtual del 9 de diciembre de 2020 Min. 21:46.

pide en recurso- pues el juez laboral de segunda instancia carece de las facultades que el artículo 50 del CPTSS otorga al juez de primera instancia⁹.

COSTAS en apelación a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

⁹ Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3790-2019 Rad. 74815 M.P. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN: “El juez de única o el de primera instancia, según el caso, puede excepcionalmente salirse de las pretensiones del actor, cuando en ejercicio de las facultades que le confiere el artículo 50 del CPTSS, impone condenas extra o ultra petita, es decir, por fuera o por más allá de lo pedido.

Esa facultad, sin embargo, no es propia de los jueces laborales de segunda instancia, como lo ha dicho esta Corporación en innumerables oportunidades, y como lo precisó la Corte Constitucional en sentencia C-662 de 1998 que decidió sobre la exequibilidad del mencionado artículo 50, limitando esa posibilidad a los jueces de única o de primera instancia”.

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de DOSCIENTOS MILPESOS MCTE (\$200.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - H' with a period at the end.

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 NUBIA NELLY RODRÍGUEZ ORTIZ CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 27 de octubre de 2021 por la Juez Trece (13) 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, NUBIA NELLY RODRÍGUEZ ORTIZ presentó demanda contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la nulidad e ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 16 de octubre de 1998, por existir vicios en el consentimiento de la afiliada, con fundamento en que el promotor de la AFP COLFONDOS S.A. la obligó a realizar dicha vinculación sin brindarle debida asesoría ni explicarle las diferencias que se presentan

entre ambos regímenes pensionales o la forma como se calcula la pensión de vejez en el RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se declare la afiliación de la demandante en COLPENSIONES y se le ordene a COLFONDOS S.A. la devolución de todos los dineros de la cuenta de ahorro individual, rendimientos, comisiones descontadas por gestión administrativa y pólizas de seguros con destino a COLPENSIONES. Además, solicitó que se condene a COLFONDOS S.A. a asumir las consecuencias económicas y legales que se deriven de la falta de información (ver demanda en las páginas 4 a 19 del plenario).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, administrado por la AFP COLFONDOS S.A., advirtiéndole que las circunstancias del traslado deben ser probadas por la parte actora a través de los medios probatorios pertinentes. Propuso como excepciones de fondo las de *prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe* y la *declaratoria de otras excepciones* (ver contestación en folios 73 a 78 del plenario).

También contestó la demanda la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que a la demandante se le brindó información suficiente, completa y veraz, sobre las características, ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, y se le advirtió que el valor de la mesada pensional en el RAIS dependería de diferentes variables como la edad del afiliado, la composición de su grupo familiar, la expectativa de vida del afiliado y sus beneficiarios, el capital acumulado, y la tasa de rentabilidad esperada a largo plazo, por lo que no es cierto que se le haya engañado o se le hubiese suministrado información manipulada a la demandante. Además, considera que no se puede dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que fue ratificado por actos propios de la demandante, como su permanencia en el RAIS durante los últimos 20 años. Propuso como excepciones de fondo

las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica (ver folios 99 a 109, y subsanación a folio 165 del expediente) .

Terminó la primera instancia con sentencia de 27 de octubre de 2021, mediante la cual la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante a través de la AFP COLFONDOS S.A. el 16 de octubre de 1998, por las razones antes expuestas. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades que tenga en su poder en la actualidad, por lo expuesto precedentemente. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la Historia Laboral de la demandante, conforme a lo antes visto. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, conforme se indicó en la parte considerativa del fallo. QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. SEXTO: Por haber sido condenada COLPENSIONES y fungir la Nación como garante, remítase el proceso al H. Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta en su favor, conforme el artículo 69 del CPT y SS. SÉPTIMO: Por secretaría, remítase copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo establece el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021”* (audiencia virtual, parte 2, hora 1, minuto 56:12).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS S.A. no probó el cumplimiento del deber de información cuando operó el traslado de régimen pensional de la demandante, y advirtió que no hubo confesión sobre el cumplimiento de dicho deber en el interrogatorio de parte que rindió la demandante en la audiencia.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia. Afirma que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales, y considera que como ella se vinculó laboralmente como asesora de ventas en COLFONDOS S.A., pudo acceder a todo el conocimiento sobre las característica y las diferencias del Sistema, si se tiene en cuenta que debía suministrarle dicha información a sus clientes (audiencia virtual, parte 2, hora 1, minuto 57:42).

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 a la afiliada 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 privado de pensiones la demandante tenía 38 años de edad y había cotizado 80.57 semanas¹; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15

¹Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada con el expediente administrativo – CD 1.

años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año, 5 meses y 9 días)², y para la fecha de presentación de la demanda tenía cumplida la edad necesaria para acceder a la pensión (tenía 59 años de edad – ver cédula y constancia de presentación de la demanda, en los folios 21 vto y 58).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, 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).

² *Ibídem*.

³ 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”.

⁴ 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 han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema a la afiliada, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo*”; (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) que la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues COLFONDOS 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”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues esta indicó que no recibió asesoría para el momento del traslado, que firmó el formulario de afiliación cuando se estaba vinculando laboralmente en la AFP COLFONDOS junto con la demás documentación que se requería para su contratación, y advirtió que con posterioridad no recibió información ni capacitación sobre las características del Sistema General de Pensiones pues solo le suministraban *estrategias de venta* para ofrecer los productos que tenía a su cargo, que son, pensiones voluntarias, cesantías, tarjetas de crédito y algunas pensiones obligatorias (audiencia virtual, minuto 16:33). En el traslado efectuado dice no haber recibido información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

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 de la actora en el RAIS, o con las capacitaciones que hubiera podido recibir con posterioridad en virtud del cargo de asesora de ventas que desempeñaba en el fondo privado (capacitaciones que de todas formas tampoco fueron demostradas en el proceso).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, para lo cual se sigue 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).

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

SIN COSTAS en la apelación.

DECISIÓN

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSBY

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 DIANA PATRICIA HUERTAS DORADO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

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 recursos de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y para estudiar el grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 13 de agosto de 2021 por la Juez Primera (1ª) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar pensión de sobrevivientes en favor de DIANA PATRICIA HUERTAS DORADO con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente, DANIEL FELIPE MÉNDEZ ARDILA.

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

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DIANA PATRICIA HUERTAS DORADO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca pensión de sobrevivencia por la muerte de su compañero

permanente DANIEL FELIPE MÉNDEZ ARDILA. Afirma que convivieron en unión marital de hecho desde el 25 de julio de 2011 hasta la muerte ocurrida el 2 de febrero de 2019 (es decir, durante 7 años y 7 meses), y que cumple los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes pues el causante tenía 527 semanas de cotización al Sistema de pensiones. Pide que se reconozca la mesada desde el fallecimiento del causante, debidamente indexada, y los intereses moratorios que se generen (ver demanda en páginas 7 a 15, archivo No 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que no se demostraron los requisitos dispuestos en la norma vigente para la fecha en que murió el causante. Aduce que la investigación realizada por la entidad no encontró el requisito de convivencia de la pareja por un periodo superior a 5 años anteriores al fallecimiento, pues solo convivieron durante 4 años y medio antes del óbito. Propuso como excepciones de mérito *declaratoria de otras excepciones, buena fe, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir y cobro de lo no debido* (ver contestación en las páginas 93 a 105, y subsanación en las páginas 125 y 126, archivo No 1. del expediente).

Terminó la primera instancia con sentencia proferida el 13 de agosto de 2021, a través de la cual la Juez Primera (1º) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de sobrevivientes en favor de DIANA PATRICIA HUERTAS DORADO con ocasión al fallecimiento de su compañero permanente, DANIEL FELIPE MÉNDEZ ARDILA.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que la señora DIANA PATRICIA HUERTAS DORADO, identificada con cédula de ciudadanía N° 52.532.055, le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su compañero*

permanente, el señor DANIEL FELIPE MÉNDEZ ARDILA, desde el 2 de febrero de 2019, en una cuantía equivalente al salario mínimo, esto es para el año de 2019 era de \$828.116, teniendo en cuenta 13 mesadas anuales conforme lo expuse. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de la demandante DIANA PATRICIA HUERTAS DORADO, identificada con cédula de ciudadanía N° 52.532.055 la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento del reseñado causante, a partir del 2 de febrero de 2019 en una cuantía equivalente al salario mínimo de esta anualidad, esto es, de \$828.116 pesos, prestación que deberá ser reajustada anualmente y dicho retroactivo o las mesadas que se causen desde el 2 de febrero del 2019 hasta el pago efectivo deberán ser debidamente indexadas. TERCERO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar los descuentos por aportes al sistema de seguridad social en salud. CUARTO: NEGAR las demás pretensiones de la demanda. QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas. SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 de pesos a cargo de la entidad de seguridad social. SÉPTIMO: En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión, remítase el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES” (audiencia virtual, minuto 24:35, archivo No 9 del expediente digital).

Para tomar su decisión, la Juez concluyó que la demandante convivió con el causante desde el 2011 hasta la fecha de su muerte en el año 2019, por lo que se cumple el requisito de convivencia por más de 5 años anteriores a la muerte del causante. Definió que la mesada pensional asciende a la suma de 1 SMLMV, negó el pago de intereses moratorios, y ordenó el pago de las mesadas adeudadas debidamente indexadas, advirtiendo que no operó el la prescripción sobre ninguna mesada.

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES su apoderado pide que se revoque la sentencia y se absuelva a la entidad de las pretensiones incoadas. Reitera que no se acreditó el requisito de convivencia necesario para obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues en la investigación administrativa que realizó la entidad se concluyó que la pareja convivió durante 4 años y medio, entre el mes de agosto del año 2014 y la muerte ocurrida el 2 de febrero de 2019. Aduce que las declaraciones extra-juicio rendidas por terceros son contradictorias con lo que expuso la solicitud de reconocimiento de la pensión, pues en ellas se manifiesta que la convivencia inició el primero de julio de 2015. Por último, solicita que se revoque la condena en costas y agencias en derecho dado que cumplió con los parámetros dispuestos para negar el reconocimiento de la prestación reclamada (audiencia virtual, minuto 28:05, archivo No 9 del expediente digital)¹.

¹ “Muchas gracias su señoría, siendo este el momento procesal oportuno me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión proferida por su Honorable Despacho. Procederé a sustentar el recurso de apelación como indica la norma, frente al caso la demandante Diana Patricia dorado quien solicita el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el señor Daniel Felipe Ardila Méndez, solicitó al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral revocar la sentencia impartida por el juzgado de primera instancia en razón a que no se acreditaron los requisitos de convivencia necesarios para obtener el reconocimiento, el reconocimiento de la prestación deprecada y reconocida en primera instancia, es así como podemos observar que mediante la Resolución SUB 240 68 de 4 de septiembre de 2019 de la administradora colombiana de pensiones Colpensiones negó el reconocimiento, esto no a... propio sino al momento de efectuar el reconocimiento y en aras la salvaguarda de los recursos de la seguridad social se inició una reclamación administración, se inició una investigación administrativa habida cuenta que el señor Daniel Felipe Ardila Méndez falleció el día 2 de febrero 2019, es así como dentro de la investigación administrativa se dio aplicación al artículo 40 de la ley 1437 de 2011 en donde se menciona, no sé acreditó el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por la señora Diana Patricia Dorado, Puertas Dorado una vez analizadas y revisadas cada una de las pruebas aportadas en la presente investigación y que de acuerdo con la información verificada cotejo de documentación, labores de campo y entrevistas no se logró identificar que el señor Daniel Felipe Méndez Ardila y la señora Diana Patricia Huerta Dorado hubieren, hubieran convivido los últimos cinco años de vida del causante, ya que los testimonios aportados tanto familiares como de la vecina donde actualmente reside la solicitante no confirman una relación de convivencia entre las partes por más de cinco años sino confirman, solo confirman que los implicados convivieron por 4 años y medio, es decir desde agosto del año 2014 hasta el 2 de febrero 2019 fecha de fallecimiento. Al realizar la labor del campo, de campo en la dirección anterior donde convivieron los implicados los vecinos entrevistados al no conocer a los implicados, adicional hay un familiar del causante que refiere no saber por cuánto tiempo convivieron los implicados aunque se pidió más datos de los familiares, la solicitante no refiere tener más datos de contacto, además, es importante mencionar que aunque existen dos documentos, uno de ellos una solicitud de préstamo bancario y un seguro exequial, donde se registra como solicitante como pareja del causante, se menciona que estos fueron solicitados recientemente en razón por la cual no se tiene certeza si esto sucedió cuando los implicados convivían juntos, juntos. De igual manera, aun en el expediente administrativo declaraciones extra juicio rendidas por terceros donde manifiestan que la convivencia se realizó desde el primero de julio 2015, contradictorias, por lo que se realiza, por lo expuesto por la solicitante en su solicitud de reconocimiento de pensión de sobreviviente. Conforme a lo anterior, no sé, no se logra acreditar la convivencia por parte de la demandante con el afiliado fallecido

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que DANIEL FELIPE MENDEZ ARDILA falleció el 2 de febrero de 2019 (ver registro civil de defunción obrante en el expediente administrativo aportado por la entidad demandada) y que dentro de los 3 años anteriores a dicha fecha había efectuado cotizaciones al Sistema General de Pensiones de manera ininterrumpida (tenía 528.43 semanas aportadas en COLPENSIONES, ver historia laboral aportada por la entidad con el expediente administrativo y Resoluciones SUB 93514 de 22 de abril de 2019, SUB 141832 de 5 de junio de 2019 y SUB 240687 de 4 de septiembre de 2019).

El Tribunal debe definir si se demostraron o no los requisitos dispuestos en la Ley para acceder a una pensión de sobrevivencia en la demandante.

Para resolver lo que corresponde, la norma aplicable a la prestación por estar vigente en la fecha en que murió el afiliado –2 de febrero de 2019 (ver registro civil de defunción contenido en el expediente administrativo)-, es la Ley 797 de 2003 (artículo 46 de la Ley 100 de 1993) cuyo numeral 2^{do} dispone el derecho a la pensión de sobrevivientes por muerte para “[l]os miembros del grupo de familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos inmediatamente anteriores al fallecimiento”. Ésta condición se cumplió -como se dijo atrás-

de otro lado su señoría, honorables magistrados, solicito muy respetuosamente revocar la condena en costas y agencias en derecho que ha impuesto el juzgado de primera instancia en razón a que mi defendida ha actuado bajo la égida de la buena fe en la, en aplicación estricta al parámetro judicial ilegal que le impone este caso, que le impedía reconocer una pensión de sobrevivientes tanto así, que con la Resolución que se menciona las dos, la resolución SUB 24068 del 4 de septiembre 2019 la cual goza de presunción de legalidad, en la misma se manifiestan de manera certera y de manera argumentada las razones por las cuales mi representada no pudo acceder al reconocimiento, reconoce, acceder a este conocimiento implicaría un detrimento de los recursos de la seguridad social y la inobservancia de la aplicación de la norma aplicable a este caso en concreto, esto es, que no sé acreditó la convivencia durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante, por estos honorables magistrados mi defendida no reconoció tal derecho y la cual se encuentra enmarcada en las disposiciones que impedían este reconocimiento. De este modo honorables magistrados solicito muy respetuosamente revocar la condena de primera instancia y absolver a mi representada del reconocimiento impartido por el juez de primera instancia Muchas gracias su señoría, dejando así por sustentado mi recurso de apelación”.

pues DANIEL FELIPE MÉNEZ ARDILA cotizó 154.43 semanas entre febrero de 2016 y febrero de 2019 a través del empleador *MEDARDO MENDEZ Y COM* (Historial de cotizaciones actualizado a 16 de diciembre de 2020, aportado por COLPENSIONES al proceso con el expediente administrativo).

Sobre los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 asigna el derecho, en forma vitalicia, al o la cónyuge o compañero(a) permanente supérstite de un 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 (5) años continuos antes del óbito, y en forma temporal, al (la) cónyuge o compañero(a) permanente supérstite del pensionado o afiliado que tenga menos de 30 años de edad y no haya procreado hijos con éste. Cuando muere un afiliado (no pensionado) la norma dispone como beneficiarios en forma vitalicia, al o la cónyuge o compañero(a) permanente supérstite sin definir un tiempo específico de convivencia. Sobre la materia se pronunció además la Corte Constitucional en la sentencia C-1094 de 2003, a cuyo texto nos remitimos:

“De manera complementaria, el artículo 13 demandado señala quiénes son los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. Para los efectos de la presente acción de inconstitucionalidad interesa destacar, entre ellos, los siguientes:

*a) El cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite **del afiliado** al sistema que fallezca, quien tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, si a la fecha del fallecimiento del causante tenía 30 o más años de edad o si, siendo menor de esta edad, procreó hijos con el causante.*

Si se trata de persona menor de 30 años que no tuvo hijos con el causante, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes en forma temporal, que se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión.

*b) El cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite **del pensionado** al sistema que fallezca, quien tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, si a la fecha del fallecimiento del causante tenía 30 o más años de edad o si, siendo*

menor de esta edad, procreó hijos con el causante. En estos casos deberá acreditarse además que el beneficiario estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y convivió con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterioridad a su deceso.

Al igual que en el literal precedente, si se trata de persona menor de 30 años que no tuvo hijos con el causante, tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes en forma temporal, que se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión.

(...)

En relación con los cargos formulados, la Corte encuentra que, en principio, la norma persigue una finalidad legítima al fijar requisitos a los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual no atenta contra los fines y principios del sistema. En primer lugar, el régimen de convivencia por 5 años sólo se fija para el caso de los pensionados y, como ya se indicó, con este tipo de disposiciones lo que se pretende es evitar las convivencias de última hora con quien está a punto de fallecer y así acceder a la pensión de sobrevivientes.

Además, según el desarrollo de la institución dado por el Congreso de la República, la pensión de sobrevivientes es asignada, en las condiciones que fija la ley, a diferentes beneficiarios (hijos, padres y hermanos inválidos). Por ello, al establecer este tipo de exigencias frente a la duración de la convivencia, la norma protege a otros posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, lo cual está circunscrito dentro del ámbito de competencia del legislador al regular el derecho a la seguridad social”.

Sobre esta misma materia la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia se pronunció recientemente (sentencia SL1730 – 2020), para fijar el mismo alcance que había dado la Corte Constitucional al artículo 13 de la Ley 797 de 2003. La Sala Laboral de la Corte entendió que “con la simple acreditación de la calidad exigida, cónyuge o compañero (a), y la conformación del núcleo familiar, con vocación de permanencia, vigente para el momento de la muerte” resulta suficiente para acreditar las condiciones legales de acceso a la pensión (CSJ SL1730-2020).

No obstante, y dado que la pensión de sobrevivientes protege al núcleo familiar y estable que tenía el fallecido al momento de la muerte (pensionado o afiliado)

y no a otras personas, resulta necesario acreditar que existía dicho *núcleo familiar, con vocación de permanencia*, o comunidad de vida estable “*lo que excluye los encuentros pasajeros, casuales, esporádicos e incluso las relaciones que, a pesar de ser prolongadas, no engendren las condiciones necesarias de una comunidad de vida*” (SL1399-2018).

En consecuencia, a cada proceso se deberá aportar prueba suficiente de la existencia de un *núcleo familiar, con vocación de permanencia* entre el afiliado y la persona que solicita la pensión, hecho del cual será un indicio necesario y por ello suficiente para declarar el derecho, que la convivencia se hubiera mantenido durante al menos 5 años anteriores al óbito, como se exige para asignar el derecho a los beneficiarios de un pensionado.

Sobre esto último se pronunció la sentencia SU140 de 2021 de la Corte Constitucional, en la cual esa Corporación concluyó “*la necesidad de que el cónyuge o compañera o compañero permanente demuestren la convivencia por un mínimo de cinco años con el afiliado causante para acceder a la pensión de sobrevivientes con carácter vitalicio*”, pues -en palabras de dicha sentencia- ello “*responde a la finalidad de que sea el grupo familiar el que acceda a la pensión de sobrevivientes y de proteger a este grupo de solicitudes artificiosas o ilegítimas*” (sentencia SU-140 de 2021).

Con base en las normas y la jurisprudencia referida el Tribunal confirmará la sentencia apelada, pues la demandante demostró que integraba con él un *núcleo familiar, con vocación de permanencia* en el tiempo, al convivir con él durante más de **7 años**, entre julio de 2011 y febrero de 2019 cuando murió DANIEL FELIPE MÉNDEZ ARDILA.

Se llega a la anterior conclusión con los testimonios rendidos por LUZ ELENA ALVAREZ ZULUAGA (recepcionista del edificio ubicado en la Calle 72 # 21-11), CONSUELO FORERO CARO (conserje del edificio ubicado en la Carrera

24 # 83A- 14) y OSCAR FABIAN TRIANA RUIZ (socio comercial de la empresa familiar del causante MEDARDO MÉNDEZ Y CIA LTDA)².

La primera testigo indicó que conoció a la demandante desde mediados de 2011 cuando ella y el causante llegaron a vivir en el edificio ubicado en la calle 72 con carrera 21 de la ciudad de Bogotá como pareja y donde vivieron hasta mediados del año 2015 cuando se pasaron a vivir *por los lados del barrio el Polo*. La segunda testigo refirió que conoció a la pareja en el año 2015, cuando llegaron a vivir al edificio ubicado en la carrera 24 con 83, lugar en el que la demandante sigue viviendo, e informó que tuvo conocimiento del fallecimiento del causante por ser la persona que recibió la noticia del accidente que terminó con su muerte en el año 2019, dice constarle que la pareja convivió ininterrumpidamente hasta esa fecha. Si bien el último testigo afirma que no tuvo una relación tan cercana con la pareja al inicio, indicó que se volvieron muy amigos hacia los años 2016 y 2017, y por ello los visitó en varias ocasiones al apartamento en el que vivían en el Barrio el Polo.

Los testimonios referidos, rendidos ante el juez con la posibilidad de contradicción por la parte demandada, coinciden con las declaraciones extra juicio rendidas por DIANA MÉNDEZ ARDILA y MONICA MARIA MÉNDEZ ARDILA, hermanas del causante, quienes afirmaron que la pareja convivió en unión marital de hecho desde el 25 de julio de 2011 hasta el fallecimiento el 2 de febrero de 2019 (páginas 69 y 73, archivo No 1 del expediente digital); y con la copia de los contratos de arrendamiento de las viviendas que utilizó la pareja conforme lo declaración de los testigos³, y con los recibos de pago de servicios públicos y deudas bancarias que están a nombre tanto del causante como de la demandante y coinciden con las direcciones de dichos apartamentos.

² Audiencia virtual No 1, minuto 46:45, hora 1 minuto 4:10 y hora 1 minuto 9:14, respectivamente. Archivo No 6 del expediente digital.

³ El primero suscrito por la hermana del causante, DIANA MÉNDEZ ARDILA, y el segundo suscrito por la empresa para la que la pareja trabajaba, empresa de la familia del causante, MEDARDO MÉNDEZ Y CIA LTDA.

Frente a la contundencia de tales pruebas resulta claro el derecho que se asignó en primera instancia, cuya existencia no se desvirtúa por la alegada contradicción en la declaración extra juicio rendida por SANTIAGO SARRIA ALFONSO quien refirió que la pareja convivió desde el 1° de julio del año 2015, pues, lejos de ser una inconsistencia reafirma la seriedad de las declaraciones en la medida en que dicho declarante fue el arrendador del edificio al que se pasó la pareja a mediados del año 2015 y solo podía declarar sobre convivencia de la pareja en tiempos posteriores (ver páginas 57 a 61, archivo No 1 del expediente digital).

Se deber advertir que sobre las mesadas adeudadas no operó prescripción, pues el término trienal se interrumpió con la demanda presentada el 5 de diciembre de 2019 (ver página 81).

También se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a COLPENSIONES al pago de costas y agencias en derecho, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió con COLPENSIONES en el caso bajo estudio (ver contestación en las páginas 93 a 105 y subsanación en las páginas 125 y 126 del expediente digital).

Por las resultas del proceso COSTAS en la apelación también corren a cargo de COLPENSIONES.

DECISIÓN

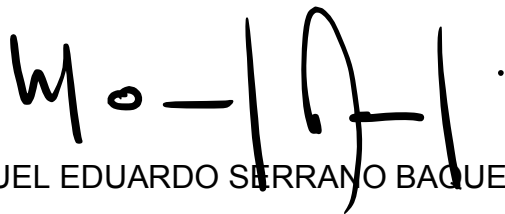
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Sexta Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSBY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas, la suma de UN MILLON DE PESOS MCTE (\$1000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JOHANA ANDREA SANTOS HERRERA
CONTRA HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. – HODECOL S.A.S.**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

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 presentados por ambas partes, contra la sentencia dictada por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá el 6 de julio de 2021. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y HODECOL S.A.S. del 1 de diciembre de 2015 al 20 de junio de 2016 y se CONDENÓ a la demandada a pagar la reliquidación de acreencias *sociales*, con intereses de mora a partir del 22 de junio de 2018, e indemnizaciones por despido sin justa causa, debidamente indexada, y moratoria por no pago de prestaciones y salarios al terminar el vínculo.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOHANA ANDREA SANTOS HERRERA presentó demanda contra HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. – HODECOL S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a la demandada a pagar las prestaciones sociales (primas de servicios, auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías) y la compensación en dinero de las vacaciones por el período comprendido del 1 de junio de 2008 y el 30 de noviembre de 2015, la reliquidación del auxilio de

cesantías y los intereses sobre las cesantías conforme al salario realmente devengado del 1 de diciembre de 2015 al 20 de junio de 2016, las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo, los aportes parafiscales conforme al salario real devengado y la indexación de los valores que sean reconocidos.

Como fundamento de lo pedido afirma que *inició a trabajar* con HODECOL S.A.S. el 1 de junio de 2008 mediante contrato verbal, hasta el 30 de noviembre de 2015, y tuvo una segunda vinculación mediante contrato escrito entre el 1 de diciembre de 2015 y el 20 de junio de 2016. Cumplió sus labores en desarrollo del cargo de *supervisora de telemarketing*, con horario de 8 a.m. a 8 p.m., con un jefe inmediato, y última asignación salarial de \$3.500.000. Afirma que durante su vinculación verbal no le cancelaron prestaciones sociales ni vacaciones, y los aportes a seguridad social en salud se hicieron con base en un (1) SMLMV sin pagar horas extras ni recargos. Su despido se dio sin justa causa, y la liquidación final de acreencias laborales se efectuó con base de un salario de \$850.000 (archivo único folios 5 a 13 y 142 a 150).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. – HODECOL S.A.S., mediante apoderado, quien se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que entre las partes únicamente existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año del 1 de diciembre de 2015 al 29 de febrero de 2016, el cual se prorrogó automáticamente en dos ocasiones, hasta que el 20 de junio de 2016 cuando se produjo el despido con justa causa de la demandante. El vínculo laboral se desarrolló en la jornada ordinaria, según el artículo 158 del CST y la cláusula quinta del contrato, que señalaba que la labor se desarrollaría en el “*número de horas necesarias para cumplir totalmente sus funciones*”. Percibía un salario compuesto por un básico de \$850.000 más comisiones, que sirvió de base para calcular de manera completa las prestaciones sociales y vacaciones, y se efectuaron los aportes a seguridad social. Manifestó que, previo a ello, se suscribieron 2 contratos independientes

en los que la actora se desempeñó como *telemercaderista*, el primero de prestación de servicios profesionales del 1 de septiembre de 2012 al 9 de julio de 2013, el cual terminó por renuncia de la contratista, y el segundo de corretaje del 10 de julio de 2013 al 23 de noviembre de 2015, en el cual prestó sus servicios de manera independiente, sin cumplir horario ni tener jefe alguno, a cambio de comisiones, vínculo que terminó por mutuo acuerdo. En el transcurso de tales vinculaciones no laborales, la demandada efectuó el pago de seguridad social de la actora como *independiente*, mediante planilla especial tipo Y. Dada la naturaleza de tales vínculos, no existía la obligación de pago de prestaciones sociales ni vacaciones, propias de un contrato de trabajo. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de relación contractual entre las partes entre el 1 de junio de 2008 y el 31 de agosto de 2012, inexistencia del elemento de subordinación en los contratos ejecutados entre el 1 de septiembre de 2012 y el 30 de noviembre de 2015, compensación, genérica, nulidad relativa, inexistencia de causa para pedir, prescripción extintiva de obligaciones dinerarias, justeza del despido* (archivo único folios 189 a 244).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de julio de 2021, en la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo entre la demandante y HODECOL S.A.S. del 1 de diciembre de 2015 al 20 de junio de 2016, se DECLARARON probadas las excepciones de inexistencia de la relación laboral y prescripción parcial respecto de otros tiempos reclamados y, se CONDENÓ a la demandada al pago de la reliquidación de acreencias *sociales* con intereses de mora a partir del 22 de junio de 2018, e indemnizaciones por despido sin justa causa, debidamente indexada, y moratoria por no pago de prestaciones y salarios al terminar el vínculo.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora JOHANA ANDREA SANTOS HERRERA, identificada con la C.C. 1.022.352.618, como trabajadora, y la sociedad HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S - HODECOL S.A.S,*

como empleadora, existió un contrato de trabajo a término fijo cuyos extremos temporales fueron del 1º de diciembre de 2015 al 20 de junio de 2016. SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la relación laboral entre el 1 de junio de 2008 y el 31 de agosto de 2012, Inexistencia del elemento de subordinación en los contratos ejecutados entre el 1º de septiembre de 2012 y el 30 de noviembre de 2015, (sic) prescripción parcial en relación con acreencias causadas antes del 23 de noviembre de 2015, y DECLARAR NO PROBADAS las de cobro de lo no debido, (sic) inexistencia de la obligación, según las razones expuestas. TERCERO: DECLARAR NO PRÓSPERA la tacheta de sospecha propuesta a la señora ELIZABETH MURCIA CRISTANCHO, según las razones anotadas. CUARTO: CONDENAR a la demandada HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S a pagar a la demandante los siguientes valores y por los conceptos que a continuación se indican: a) Reliquidación de acreencias sociales: \$1.427.448; c) Indemnización por despido injusto: \$6.056.330 y \$62.294.232 por indemnización moratoria; d) Intereses de mora a partir del 22 de junio de 2018 a la más alta tasa vigente para los créditos de libre asignación, respecto al valor reconocido a título de acreencias sociales; y d) (sic) Indexación de la indemnización por terminación de contrato, desde la fecha de terminación y hasta cuando se efectúe el pago correspondiente. QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, según lo analizado. SEXTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada en proporción del 80%. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$2.500.000 moneda corriente” (Audiencia virtual del 6 de julio de 2021 Hora 1:07:40).

Para tomar su decisión, el Juez no encontró acreditada la prestación del servicio entre junio de 2008 y agosto de 2012 y, por el contrario, que para dicho interregno la actora estuvo afiliada a seguridad social a través de diversas cooperativas sin que se hubiera alegado su intermediación en el presente trámite. Entre septiembre de 2012 y el 9 de julio de 2013, no encontró probada una relación laboral, según la documental que refiere a la prestación de un servicio independiente. Entre el 10 de julio de 2013 al 23 de noviembre de

2015 encontró probado un contrato de corretaje, según la documental allegada, sin que dicha situación haya sido desvirtuada por la accionante, quien no probó subordinación para ese lapso. En este punto, resaltó, no tenía sentido que si para entonces se hubiera presentado una verdadera vinculación laboral, hubiera esperado hasta el 25 de septiembre de 2017 para demandar su existencia y, en todo caso, cualquier acreencia en vigencia de tales vínculos, previa al 25 de septiembre de 2014, se encontraría prescrita. Únicamente encontró acreditada la existencia del contrato de trabajo a término fijo inferior a un año celebrado el 1 de diciembre de 2015, vigente hasta el 20 de junio de 2016, el cual terminó por decisión unilateral de la demandada sin justa causa, pues la falta presuntamente cometida no se encuentra calificada como grave en ninguna de las documentales allegadas, máxime cuando el actuar de la demandante estuvo encaminado a ayudar en la operación a su cargo. Encontró probada la naturaleza no salarial del auxilio de alimentación, por no estar destinado a retribuir el servicio de la actora. En cuanto al incentivo mensual y los auxilios denominados *no salariales* que se cancelaban a la actora no encontró desvirtuada su naturaleza salarial, por lo que debían incluirse en la liquidación de las *prestaciones* reclamadas. Habida cuenta de ello, no encontró probada la buena fe del empleador al omitir incluir tales factores salariales en la liquidación de acreencias de la actora, por lo que procedía la indemnización moratoria a cuyo pago condenó.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la decisión anterior propusieron recurso ambas partes.

La apoderada de la demandante solicita se declare la existencia de un único vínculo laboral vigente desde el 2008, pues la prestación del servicio nunca varió y siempre fue subordinada, en cumplimiento de un horario, con un jefe inmediato y a cambio de un pago mensual. Resaltó que la demandada no desvirtuó la presunción del artículo 24 del CST. Agregó que se debió tener en cuenta como salario la suma de \$3.500.000 de conformidad con los extractos bancarios y los desprendibles de pago allegados. Ello, sin perjuicio de la

eventual declaratoria de prescripción de acreencias exigibles con anterioridad al 25 de septiembre de 2014 (Audiencia virtual del 6 de julio de 2021 Hora 1:10:22)¹.

En el recurso de HODECOL S.A.S., su apoderado pidió que se revoken en su totalidad de las condenas de primera instancia, pues en vigencia del vínculo laboral entre las partes, además de la remuneración propia de éste, se consignaron a la cuenta de la demandante comisiones que se habían causado

¹ *“Muchas gracias su señoría. siendo este el momento oportuno, me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir el despacho respecto de unas aspectos puntuales a los cuales hare refe... referencia, señor juez... a los honorables magistrados, respetuosamente solicito se tenga en cuenta que entre la demandada y mi cliente existió un único contrato de trabajo que se derivó específicamente de una relación laboral, contrario a lo comentado en la sentencia, donde se tuvo en cuenta una prestación de servicios y un contrato de corretaje los cuales no correspondieron a la realidad sino que lo que en verdad existió fue un contrato laboral... por lo tanto solicito que se tenga en cuenta la existencia de un único contrato de trabajo. No se puede hablar de dos o más contratos diferentes mientras no haya diferencias esenciales entre ellos, en cuanto el objeto del mismo, contrato siempre mi cliente la señora JOHANA ANDREA SANTOS tuvo un jefe jerárquico, estuvo subordinada, cumplió un horario, como se acreditó en el desarrollo del proceso, se pagó por la prestación personal del servicio, por lo tanto se vieron los elementos constitutivos de una relación laboral contrato de trabajo conforme a lo reglamentado en el artículo 23 del CST. No se puede decir que la señora JOHANNA ANDREA SANTOS fue una trabajadora independiente en ningún momento a pesar de la respuesta dada por algunas de las entidades a las cuales se ofició mi cliente desarrolló su labor como una verdadera trabajadora, pues recibía, como ya lo dije, una remuneración mensual, tenía un jefe directo, ella, es decir está subordinada sin una plena autonomía y libertad y, además, prestaba su labor de manera personal para la demandada, como se demostró en el curso del proceso. También se deriva de los mismo del testimonio aportado por la parte demandada que, si bien no sirve, pues para la... para la prueba de la relación laboral anterior, tampoco sirve para desvirtuar la relación laboral existente entre las partes. Por lo tanto, solicito que el término de la relación laboral se tenga en cuenta desde el año 2008, pese aquel, como lo indicaba el despacho, la operación del fenómeno de la prescripción, pues mi cliente no trabajó simplemente desde el 23 de noviembre de 2015, sino de manera anterior y si hay lugar a creencias laborales, se debe dar lugar a las misma desde pues el momento en que se pudo operar la prescripción, como lo indicó el despacho, del 25 de septiembre de 2014, bajo la vinculación laboral. Por tanto, desde allí debe ser reconocida las acreencias laborales que, si bien el despacho ha reconocido, pues no devienen simplemente desde el último contrato denominado contrato laboral, sino desde el termino anterior, conforme lo ha manifestado la constitución nacional y jurisprudencia, siempre debe haber una primacía de la realidad sobre las formas, lo que ocurrió en este caso es que se trató de disfrazar la relación laboral mediante otros contratos como la prestación de servicios corretaje, por tanto pues se debe tener en cuenta verdaderamente desde cuando inició y que tipo de relación existió entre la demandante y la demandada, que no es más otra que una relación laboral. Ahora bien, solicito sea tenido en cuenta que el monto salarial pues, de acuerdo a los extractos bancarios y a los desprendibles de pago para la demandante, pues la suma es mayor a la de 2.595.000 que fue el despacho, en ese sentido, solicito se apele esta parte de la sentencia y se tenga como el básico salarial de esta persona en la suma de 3.500.000. Por otra parte, pues es mi deber manifestar que la parte demandada no logró desvirtuar la relación laboral con anterioridad, pese a que presentó unos documentos denominados contrato de prestación de servicios y contrato de corretaje, pues esto no es prueba suficiente que acredite que no existió esta relación laboral por lo tanto no se desvirtuó la presunción que está contemplada en el artículo 24 del CST. En este sentido, solicito señor juez sea apelada la sentencia, muchas gracias”.*

con anterioridad, esto es, en virtud del contrato de corretaje que lo precedió. Así mismo se consignaban a la actora factores no salariales, como se evidencia en los desprendibles de nómina, los cuales fueron debidamente pactados por las partes, sin que se pudieran tener a efecto de liquidar prestaciones ni vacaciones, rubros que fueron debidamente cancelados en su totalidad a la trabajadora. En consecuencia, tampoco hay lugar al pago de la indemnización moratoria, pues la empresa siempre actuó con absoluta buena fe en el pago de la totalidad de las acreencias adeudadas. Finalmente, resaltó que, tanto en la diligencia de descargos como en interrogatorio de parte, la demandante aceptó la comisión de la falta que dio lugar a su despido, y que dicha conducta se encontraba prohibida al interior de la compañía (Audiencia virtual del 6 de julio de 2021 Hora 1:15:17)².

² *“Sí señor, gracias doctor porque justamente voy a presentar recurso de apelación contra la sentencia dictada por usted en el siguiente termino: respecto al salario, considero doctor, que su despacho no hizo un análisis realmente de los rubros que se le consignaron a la señora y que es un factor salarial, en atención porque en atención a que si usted observa existe un acuerdo de bilateral de la terminación del de los del contrato de corre... corretaje existente entre las partes de fecha el 26 de noviembre del año 2015. En el mismo se establecieron que a la señora JOHANA SANTOS, a la demandante, se le iban a consignar en su cuenta otros dineros que eran unas comisiones que ella ya había causado por el... por... por corretaje, y esos dineros su despacho también los tuvo en cuenta como si a ella se le hubieran pagado también esos dineros y se le hubieran... se hubieran entregado de una manera socavada, para demostrar a la parte demandante realmente que esos dineros que aparecían allí... que aparecen como pago proveedores eran, o se estaban por pagando, por ejecuciones de su contrato de trabajo, que no era ser, a la señora se le pagaba exactamente lo que estaba establecido dentro de los volantes de nómina, a tal punto señor juez, que esos dineros se pagaban con base a los anexos 2 y 3 del contrato de trabajo inscrito con la parte demandante, que eran simplemente lo que eh... iba a regir o iba a gobernar la parte salarial dentro del contrato de trabajo. Ahora respecto a la otra condena que es la indemnización por despido injusto, diciendo también señor juez, porque si observamos los descargos regidos por la señora JOHANA SANTOS, que podemos observar que ella reconoció dentro de sus descargos la falta cometida, y considero que eso debió tenerse en cuenta ese documento para realmente determinar que ella sí cometió esa falta y en el interrogatorio de parte que ella rindió también ella dijo o manifestó de que eso de que se... se facturara o se... o se... o se dieran unos efectos diferentes a las a los clientes que se conseguía con base a... a utilizar el nombre de la señora Ivana para eso, eso era prohibido dentro de la compañía. Respecto a el artículo 65 del CST, señor juez, considero que mi mandante no debió ser condenado a este rubro porque siempre obro con la más absoluta fe dentro... dentro de la ejecución de su contrato de trabajo, a tal punto de que el pago... pago a la demandante lo que realmente eh... le correspondía por liquidación finales de prestaciones social, entendida éstas como cesantías, intereses de cesantías y primas y de manera adicional su descanso, que fue en las vacaciones, a ella se le canceló este rubro con base a lo que ella generaba y lo que era factor salarial en los periodos en que se pactó, por lo que no puede desconocerse que si las partes habían pactado como factor salarial unos montos y así se había determinado durante la ejecución de su contrato de trabajo, a ella se le pagaron esos montos, y vale observar señor juez que no aparece probado de que los rubros que dice el despacho separado de ella, primero hicieron parte de la base salarial de ella, porque tal como se lo manifesté a su despacho en ese... en ese... en esa cuenta de ella de nómina no solamente se le consignaba su salario sino también se le consignaba otros valores que eran por comisión que ya venían causadas eh... del contrato concreto que se había finiquitado en noviembre del año 2015, por lo que considero que mi representado actuó con la más absoluta buena*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. – HODECOL S.A.S.- y la demandante existió un contrato de trabajo escrito entre las partes, vigente del 1 de diciembre de 2015 al 20 de junio de 2016, el cual culminó por decisión unilateral del empleador (archivo único folios 15, 43 a 45, 47, 336 a 342 y 345); y (ii) que se encuentran prescritas las eventuales acreencias causadas con anterioridad al 25 de septiembre de 2014, pues así se declaró en la sentencia de primera instancia aspecto sobre el cual no se propuso apelación (archivo único folio 2).

En consonancia con los recursos de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) el extremo inicial del vínculo laboral; (ii) el salario realmente devengado por la actora; (iii) si procede la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones de la accionante; (iv) si se probó buena fe de la accionada que la exima de pagar la indemnización moratoria por no pago de prestaciones sociales al terminar el vínculo; y (v) si hay lugar al reconocimiento de indemnización por despido injusto.

(i) FECHA INICIAL DE LA RELACIÓN LABORAL. Para resolver esta materia Son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*, disponen como elementos esenciales de este contrato a 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 momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer

fe. Es por esto señor juez, que presento mi recurso de apelación con base a cada de las condenas impuestas por su despacho”.

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 una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*. Esto trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo, pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador.

Por ello probada la prestación de servicios personales opera la presunción de subordinación, elemento que debe ser desvirtuado por el demandado.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal modificará la sentencia de primera instancia, pues las pruebas aportadas demuestran que la demandante prestó sus servicios personales de manera continua en favor de HODECOL S.A.S. desde el 1º de septiembre de 2012 hasta el 20 de junio de 2016, de lo cual resulta presumida subordinación en ese lapso, elemento cuya existencia no desvirtuó la demandada.

Se debe advertir que la prestación de servicios personales con anterioridad al 1 de diciembre de 2015 (fecha de suscripción del contrato de trabajo escrito – archivo único folios 17 a 28) no fue objeto de controversia por la demandada a lo largo del proceso, y encuentra prueba clara en la confesión contenida en la contestación a la demanda (archivo único folios 189 a 244) válida de conformidad con los artículos 191 y 193 del CGP³, la certificación del 22 de

³ “ARTÍCULO 191. REQUISITOS DE LA CONFESIÓN. La confesión requiere:

1. Que el confesante tenga capacidad para hacerla y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado.

2. Que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria.

(...).

enero de 2015 en la que el representante legal de la pasiva manifiesta que la actora presta sus servicios independientes como “*vendedor III*” desde el 1 de septiembre de 2011 hasta la fecha (archivo único folio 134); la renuncia al cargo de “*confirmadora*” de “*telemercadeo*” a partir del 9 de julio de 2013 (archivo único folio 259); el contrato de corretaje suscrito el 10 de julio siguiente (archivo único folios 246 a 251 y 261 a 265); y el acuerdo bilateral terminación del referido contrato de corretaje a partir del 30 de noviembre de 2015, suscrito el 23 noviembre 2015 (archivo único folios 276 y 277). El último vínculo culminó el día inmediatamente anterior a la suscripción del contrato de trabajo que declaró el juzgador de primera instancia, cuya existencia tampoco fue objeto de apelación (archivo único folios 15, 43 a 45, 47, 336 a 342 y 345), de ello resulta calor que no hubo solución de continuidad en el desarrollo de la relación de *servicios personales*.

Probados el servicio, correspondía al extremo demandado desvirtuar la subordinación conforme a la carga procesal que impone la presunción legal del artículo 24 del CST, frente a lo cual no se allegó prueba útil alguna que permitiera concluir que la labor se realizó con *autonomía técnica y directiva* de la demandante, es decir, prueba de que hubiera obrado sin sometimiento a órdenes de trabajo y reglamentos de quien la contrató en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de servicios.

No sirve para este efecto el pacto *formal* contenido en un contrato de prestación de servicios independientes o de corretaje, como erradamente lo concluyó el juez de primera instancia, pues el artículo 53 de la Constitución Política dispone, para los asuntos del trabajo, la primacía de la realidad sobre las formas y prohíbe la renuncia a los derechos que puedan surgir en favor del trabajador.

ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita”.

En contra de la conclusión de primera instancia, obran además pruebas documentales indiciarias de una labor subordinada:

En el contrato de corretaje la trabajadora se obligó a *“cumplir personal y directamente con las obligaciones”* y *“los términos y condiciones”* establecidas por la demandada para invitar a potenciales compradores del producto, motivar al público, y entregar órdenes de cortesía según lo dispuesto por la contratante, servir de facilitadora del negocio y colaborar en el *buen suceso* del contrato, atender *“las instrucciones que imparta LA CONTRATANTE”*, asistir a reuniones convocadas por ésta para actualizarse sobre nuevos productos y coordinar el acercamiento de los compradores, sin que le fuera dable, entre otras, ceder el contrato, incumplir las metas mínimas establecidas, *“presar servicios a terceros que tengan objeto social igual o similar”*, o faltar a las actualizaciones sobre políticas de mercadeo o capacitaciones impartidas por la convocada, so pena de terminación unilateral del vínculo por parte de ésta. Así mismo, las *“instalaciones, información, documentos, literatura y demás facilidades”* para el cumplimiento de dicho contrato, y las capacitaciones sobre requisitos y condiciones del producto serían proporcionados por la empresa contratante (archivo único folios 246 a 251 y 261 a 265).

Además, se encontraba obligada a cumplir el Código de Ética destinado a los vendedores de la sociedad que, entre muchas otras, exigía identificarse ante los clientes especificando el nombre de la compañía, no ceder sus ventas a otras personas de su mismo área, velar por una adecuada presentación personal, cuidar las instalaciones físicas, utilizar adecuadamente las herramientas proporcionadas para realizar sus funciones y demostrar respeto *“a las normas que la compañía ordena en estos sentidos”*, presentar reclamos siguiendo *“el conducto regular”* y observar una conducta de *“buena disciplina dentro y fuera de las instalaciones de la compañía”* (archivo único folio 267).

También resulta indiciario de subordinación, el requerimiento mediante la *“oficina de Recursos Humanos de Multivacaciones –Bogotá”* a rendir

“VERSION (sic) LIBRE” el 12 de agosto de 2014, para establecer su responsabilidad respecto a un presunto comportamiento que *“afecta el buen funcionamiento de la compañía”* por la elaboración de una certificación laboral a su nombre con información falsa (archivo único folio 273), diligencia en la cual que se le interrogó acerca de su conocimiento del *“Reglamento Interno de Trabajo, las normas y políticas de la empresa”* (archivo único folios 274 y 275).

Ninguna de las referidas situaciones es propia de un contrato de corretaje, caracterizado en el ordenamiento jurídico por la prestación de servicios por *“un agente que, de manera autónoma e independiente, pone en contacto a dos partes para la celebración de un negocio, en los términos del artículo 1340 del Código de Comercio”*⁴.

Declarada la existencia de la relación de trabajo desde el 1º de septiembre de 2012 procedía la liquidación de los derechos laborales que se pudiesen haber causado desde esa fecha. Si las partes, las obligaciones, y la remuneración se mantienen durante TODA la ejecución de la relación de trabajo, y ésta no sufre solución en su continuidad, se estará en presencia de un mismo contrato de trabajo, y por ello, las obligaciones que durante su ejecución surgen para las partes se deben pagar atendiendo estrictamente a las regulaciones que la Ley impone, particularmente el artículo 13 del CST, según el cual, *“las disposiciones de este código [Sustantivo de Trabajo] contienen un mínimo de derechos y garantías consagrados a favor de los trabajadores y no produce efecto alguno cualquier estipulación que afecte o desconozca éste mínimo”*.

ii) NATURALEZA SALARIAL DE LOS PAGOS RECIBIDOS. Para resolver sobre esta materia, se debe advertir que si bien el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, autorizó la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus

⁴ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4515-2020 Rad. 67975 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA y FERNANDO CASTILLO CADENA.

prestaciones sociales, dicha posibilidad solo cabe frente a una *duda razonable* sobre la naturaleza salarial de los pagos que se pretenden excluir.

El pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales pagos que tienen claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario, implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y por ello sería ineficaz. Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST, y lo adocrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene efectos de cosa juzgada constitucional y es de forzosa aplicación para todos los jueces. Allí se dijo: *“La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, el juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente”*.

Advierte la Corte más adelante en la sentencia referida que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, *“Sin que ello implique –en palabras de esa Corporación- que, en casos concretos, el juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada”*.

En este orden de ideas, para decidir controversias como la que se estudia, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del CST que permite la conciliación o transacción de derechos labores cuando tienen naturaleza incierta y discutible, el juez laboral no puede otorgar validez al pacto de

exclusión salarial que verse sobre pagos que tengan de forma cierta e indiscutible naturaleza salarial. Pero una *duda razonable* sobre esta situación (es decir sobre el carácter retributivo del pago, o sobre su habitualidad, o sobre si constituye o no un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador) habilitará la transacción o pacto mediante la cual las partes lo excluyan de la liquidación de los derechos laborales.

Con este criterio, y una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, el Tribunal encuentra que únicamente podría existir una duda razonable acerca de la naturaleza salarial del pago denominado “*Auxilio de Alimentación*”, contenido en el anexo 3 del contrato de trabajo suscrito el 1 de diciembre de 2015, según el cual se pagó \$6.700 por cada día hábil del mes exclusivamente como “*un auxilio para los almuerzos*” y dicho pago no se causaba cuando la trabajadora presentara “*ausencias no remuneradas y/o justificadas*” (archivo único folios 27, 297 y 301). Es claro pues, que el mismo no se encontraba dirigido a retribuir el trabajo de la actora en tanto no se otorgaba “*para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones*”⁵, razón por la cual resulta válida su exclusión de la base salarial.

No ocurre lo mismo con los rubros denominados “*INCENTIVO MENSUAL*” y “*AUX. NO SALARIAL DE GRATIFICACION (sic)*”, sobre los cuales no se allegó prueba de un pacto de exclusión salarial, menos aún de su destinación, o de otras razones por las cuales se pudieran entender no retributivos, esporádicos o de mera liberalidad. Ello obliga a considerarlos salariales en aplicación de la regla general establecida en el artículo 127 del CST ^{6 7} (los pagos retribuían

⁵ Artículo 128 del CST.

⁶ “Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones”.

⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “(…), esta Corte ha sostenido que estos acuerdos en tanto son una excepción a la generalidad salarial que se reputa de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados en él, «pues no es posible el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura

una labor, se hacían de forma periódica -todos los meses-⁸, y la trabajadora podía destinar libremente las sumas que recibía por lo cual constituían un ingreso personal por oposición a pagos que –en palabras del artículo 128- puedan recibir los trabajador no para su beneficio personal sino para atender debidamente las funciones encomendadas por su empleador, tales como los gastos de representación).

Dado que la sentencia de primera instancia se limitó a dictar condena por una suma global de acreencias “*sociales*” adeudadas, únicamente del 1 de diciembre de 2015 al 20 de junio de 2016, el Tribunal efectuó las operaciones aritméticas pertinentes a obtener el valor completo de las condenas, según los extremos del vínculo que se encontraron probados.

Para el efecto se incluyeron en la base de liquidación, los valores recibidos en el interregno referido como *incentivo mensual, auxilio no salarial de gratificación, sueldo, dominicales compensados, dominicales no compensados y subsidio de transporte*⁹, sobre cuya naturaleza salarial no se presentó discusión (archivo único folios 108 a 130, 137, 338, 339 y 351 a 363), así como las *comisiones* devengadas con anterioridad a la suscripción del contrato de trabajo (archivo único folios 32 a 42, 132 y 133) y los demás valores que fueron cancelados por la pasiva a cuenta de la trabajadora¹⁰, según comunicación del Banco Davivienda (archivo único folio 427 y carpeta “CD

extensiva, incorporar pagos que no fueron objeto de pacto. Por ello, la duda de si determinado emolumento está o no incluido en este tipo de acuerdos, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo» (CSJ SL1798-2018)”.

⁸ Ver archivo único folios 351 a 363.

⁹ Incorporado a la base salarial para el cálculo de prestaciones sociales, por disposición expresa del artículo 7 de la Ley 1 de 1963.

¹⁰ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5159-2018 Rad. 68303 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO: “(…), esta Corte ha insistido en que por regla general los ingresos que reciben los trabajadores son salario, a menos que el empleador demuestre su destinación específica, es decir, que su entrega obedece a una causa distinta a la prestación del servicio. Lo anterior, hace justicia al hecho de que el empresario es el dueño de la información y quien diseña los planes de beneficios, de allí que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar la destinación específica de los beneficios no salariales, como podría ser cubrir una contingencia, satisfacer una necesidad particular del empleado, facilitar sus funciones o elevar su calidad de vida”.

FOLIO 373”). Nótese que únicamente se tendrán en cuenta los pagos registrados en la referida comunicación, pues pese a haberse allegado los informes de movimientos de cuenta de la actora ante la misma entidad financiera (archivo único folios 50 a 107) en éstos no se puede identificar a la entidad pagadora y, por lo tanto, no pueden imputarse a la aquí demandada. Finalmente, se tendrá para los períodos no acreditados una remuneración equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, según lo dispuesto en los artículos 144 y 145 del CST^{11 12}.

Conforme a lo anterior, se obtuvieron como salarios promedio mensuales para los años 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016, las siguientes sumas: \$566.700; \$589.500; \$1.762.667; \$3.635.765 y \$2.176.829, respectivamente.

Año 2012	Sueldo	Incentivo Mensual	Auxilio de Gratificación	Dominicales Compensados	Dominicales No Compensados	Subsidio Transporte	Comisiones	Otros Pagos	Promedio Mensual
Sep.	\$566.700								\$566.700
Oct	\$566.700								\$566.700
Nov	\$566.700								\$566.700
Dic	\$566.700								\$566.700
SALARIO PROMEDIO									\$566.700

Año 2013	Sueldo	Incentivo Mensual	Auxilio de Gratificación	Dominicales Compensados	Dominicales No Compensados	Subsidio Transporte	Comisiones	Otros Pagos	Promedio Mensual
Ene	\$589.500								\$589.500
Feb	\$589.500								\$589.500
Mar	\$589.500								\$589.500
Abr	\$589.500								\$589.500
May	\$589.500								\$589.500
Jun	\$589.500								\$589.500
Jul	\$589.500								\$589.500
Ago.	\$589.500								\$589.500
Sep.	\$589.500								\$589.500

¹¹ ARTICULO 144. FALTA DE ESTIPULACIÓN. Cuando no se haya pactado expresamente salario, se debe el que ordinariamente se paga por la misma labor, y a falta de éste, el que se fijare tomando en cuenta la cantidad y calidad del trabajo, la aptitud del trabajador y las condiciones usuales de la región.
ARTICULO 145. DEFINICIÓN. Salario mínimo es el que todo trabajador tiene derecho a percibir para subvenir a sus necesidades normales y a las de su familia, en el orden material, moral y cultural.

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3009-2017 Rad. 47044 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Oct	\$589.500								\$589.500
Nov	\$589.500								\$589.500
Dic	\$589.500								\$589.500
SALARIO PROMEDIO									\$589.500

Año 2014	Sueldo	Incentivo Mensual	Auxilio de Gratificación	Dominicales Compensados	Dominicales No Compensados	Subsidio Transporte	Comisiones	Otros Pagos	Promedio Mensual
Ene	\$616.000								\$616.000
Feb	\$616.000								\$616.000
Mar	\$616.000								\$616.000
Abr	\$616.000								\$616.000
May	\$616.000								\$616.000
Jun	\$616.000								\$616.000
Jul	\$616.000								\$616.000
Ago.	\$616.000								\$616.000
Sep.	\$410.667						\$1.315.046		\$1.725.712
Oct							\$3.993.336		\$3.993.336
Nov							\$4.547.938	\$396.136	\$4.944.074
Dic							\$4.174.408	\$1.386.476	\$5.560.884
SALARIO PROMEDIO									\$1.762.667

Año 2015	Sueldo	Incentivo Mensual	Auxilio de Gratificación	Dominicales Compensados	Dominicales No Compensados	Subsidio Transporte	Comisiones	Otros Pagos	Promedio Mensual
Ene							\$2.353.878	\$1.089.374	\$3.443.252
Feb							\$3.227.032	\$396.136	\$3.623.168
Mar							\$3.130.944	\$1.089.374	\$4.220.318
Abr							\$3.744.422	\$891.306	\$4.635.728
May							\$2.568.110	\$1.089.374	\$3.657.484
Jun							\$2.531.613	\$891.306	\$3.422.919
Jul							\$2.771.022	\$891.306	\$3.662.328
Ago.							\$2.989.898	\$891.306	\$3.881.204
Sep.							\$3.794.625	\$891.306	\$4.685.931
Oct							\$2.621.230	\$891.306	\$3.512.536
Nov							\$468.986	\$891.306	\$1.360.292
Dic	\$850.000			\$42.500	\$49.583	\$74.000		\$2.507.943	\$3.524.026
SALARIO PROMEDIO									\$3.635.765

Año 2016	Sueldo	Incentivo Mensual	Auxilio de Gratificación	Dominicales Compensados	Dominicales No Compensados	Subsidio Transporte	Comisiones	Otros Pagos	Promedio Mensual
Ene	\$821.667			\$21.250	\$49.583	\$75.110		\$1.301.328	\$2.268.938
Feb	\$850.000	\$548.165	\$458.513	\$63.750		\$77.700		\$140.383	\$2.138.511
Mar	\$850.000	\$988.661	\$653.998	\$85.000	\$49.583	\$77.700			\$2.704.942
Abr	\$850.000	\$853.304	\$564.988	\$63.750	\$49.583	\$77.700			\$2.459.325
May	\$850.000	\$464.078	\$423.176	\$85.000	\$49.583	\$77.700			\$1.949.537

Jun	\$566.667	\$1.404.974	\$875.418	\$42.500	\$49.583	\$51.800			\$2.990.942
SALARIO PROMEDIO									\$2.176.829

iii) PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES. Con base en los referidos salarios, se tiene que en la demanda se reclamaron las prestaciones sociales (primas de servicios, cesantías y sus intereses) y las vacaciones causadas antes del 30 de noviembre de 2015, así como la reliquidación únicamente del auxilio de cesantías y sus intereses del 1 de diciembre de 2015 al 20 de junio de 2016. Así mismo, ya que se encuentran prescritas las acreencias laborales que se hicieron exigibles antes del 25 de septiembre de 2014 y descontando los pagos que efectuó la demandada durante la relación de trabajo (29, 46, 47, 137, 338, 339, 342 a 346, 351, 362, 363, 394, 409 y 423), se obtiene un total adeudado de \$10.580.911, según las siguientes operaciones aritméticas:

	Valor Liquidado	Valor Pagado	Diferencia
Cesantías	\$7.386.182	\$997.312	\$6.388.870
Intereses a las Cesantías	\$792.934	\$51.716	\$741.218
Prima de Servicios	\$2.247.715	\$997.789	\$1.249.926
Vacaciones	\$2.650.632	\$449.735	\$2.200.897
TOTAL			\$10.580.911

Para definir sobre prescripción, se tuvo en cuenta el criterio reiterado de la Corte Suprema de Justicia, según el cual, el término trienal de prescripción se contabiliza a partir de la terminación del contrato para las cesantías, y en cuanto a las vacaciones se debe adicionar el año con el que cuenta el empleador para concederlas, una vez causadas, conforme lo establece el artículo 187 del CST.

Como la demanda fue presentada el 25 de septiembre de 2017 (archivo único folio 2), la reliquidación de las cesantías procede por todo el tiempo laborado, es decir, a partir del 1 de septiembre de 2012, pues respecto de estas no operó la prescripción.

Frente a las vacaciones es procedente su reliquidación a partir del 1 de septiembre de 2013 pues las causadas con anterioridad están prescritas.

Se modificará entonces la sentencia apelada y se condenará a la demandada al pago de las acreencias laborales adeudadas por el valor antes señalado.

iv) SANCIÓN MORATORIA. Para resolver sobre esta materia, el artículo 65 del CST impone el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y prestaciones causados en favor de sus trabajadores, y si bien dicha sanción no opera de forma automática e inexorable pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, dicha situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que lo hagan imposible, como su inclusión en procesos de liquidación empresarial. Ninguna de estas circunstancias se demostró en el expediente.

No constituye una razón plausible para negar el pago de prestaciones sociales la suscripción de un contrato de prestación de servicios independientes o de corretaje de manera voluntaria pues -como se dijo- en materia laboral prima la realidad sobre las formas y al trabajador le está vedado, por mandato constitucional, renunciar a los derechos que puedan surgir de esa realidad.

En cuanto a la buena fe que se pudiera predicar de un pacto de *exclusión salarial* lo cierto es que en el caso presente -como se dijo antes- no se demostró que la trabajadora hubiera *suscrito* la exclusión de los conceptos denominados “*INCENTIVO MENSUAL*” y “*AUX. NO SALARIAL DE GRATIFICACION (sic)*” frente a los cuales esta Sala encontró prueba de su naturaleza salarial.

Se confirmará entonces la sentencia apelada en cuanto declaró el derecho al pago de indemnización moratoria, con base en el artículo 65 del CST, advirtiendo que en la demanda no se planteó controversia sobre la

indemnización que consagra el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 por demora en la consignación de cesantías en un Fondo.

v) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. El artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define en forma taxativa los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización.

De advierte de la carta de despido entregada a la demandante se advierte que el empleador le endilgó, como falta, el grave e injustificado incumplimiento del procedimiento de supervisión de los *confirmadores* a su cargo por haber realizado *confirmaciones* a nombre de éstos, lo que generó un perjuicio económico para la Compañía al tener que pagar a comisiones que no se habían causado (archivo único folios 333 y 334)¹³.

Dicha conducta se enmarca en el supuesto normativo del numeral 6º del artículo 62, que autoriza al empleador para dar por terminada la relación de trabajo por “*Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones*

¹³ Dice la carta textualmente: “*Dentro de las funciones y obligaciones propias de su cargo como SUPERVISOR DE TELEMERCADERO, usted debe cumplir con el procedimiento de supervisión de confirmadores dispuesto por la compañía, en virtud del cual usted debe: (i) Supervisar las confirmaciones realizadas por los confirmadores a su cargo, (ii) verificar que dichas confirmaciones se efectúen conforme a los parámetros establecidos por la Compañía, (iii) Supervisar que sus confirmadores realicen las recuperaciones de clientes (iv) garantizar que las confirmaciones reportadas por sus confirmadores hayan sido realizadas efectivamente por estos, a fin de determinar el pago de comisiones al cual exista lugar por confirmaciones hechas.*

Sin embargo, luego de adelantar la correspondiente investigación interna, la Compañía pudo constatar que Usted en su calidad de SUPERVISOR DE TELEMERCADERO, incumplió grave e injustificablemente el procedimiento descrito con anterioridad, al haber efectuado personalmente y si autorización de ningún tipo, confirmaciones en nombre de sus confirmadores, las cuales fueron registradas en el sistema contable de la Compañía con el código asignado a estas personas, el cual es de carácter restrictivo y personal.

(...).

Lo anterior, no solo evidencia su grave e injustificable incumplimiento al procedimiento de supervisión de confirmadores, sino pone de presente además el perjuicio económico que se generó para la Compañía de su irregular actual, pues al haber realizado confirmaciones hechas por Usted (sic) y al haber registrado dichas confirmaciones con el código personal de los confirmadores a su cargo, se generaron pagos de comisiones por confirmación en favor de estas personas, cuando lo cierto es que al no haber realizado esa confirmación, no existía lugar a que la Compañía pagara por confirmaciones que no habían sido realizadas por sus confirmadores.

especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos”.

Sobre este último aspecto de la norma y dada la dificultad que tendría una regulación general sobre la gravedad de omisiones del trabajador frente a deberes específicos, la ley autoriza que la connotación de GRAVEDAD de una falta se asigne por las partes al suscribir el contrato de trabajo o la convención colectiva, por el empleador en los reglamentos de trabajo, o por un tribunal de arbitramento al decidir sobre este aspecto en un laudo arbitral.

Así las cosas, para definir sobre la existencia de justa causa en los hechos aducidos en la carta de despido, el Tribunal estudiará las pruebas documentales y testimoniales aportadas al expediente, para verificar las tres circunstancias que resultan relevantes, dada la causa legal en la que se enmarcan: i) si la conducta endilgada ocurrió o no; ii) si constituye una falta a obligaciones que tuviera la trabajadora; y iii) si reviste gravedad.

(i) Sobre el primero de los aspectos, no encuentra el Tribunal probado en el expediente que la demandante hubiera “*incumplido grave e injustificablemente*” un procedimiento de la demandada, por “*haber efectuado personalmente y sin autorización (...) confirmaciones en nombre de sus confirmadores*”, pues no se demostró la existencia de dicho procedimiento.

La lectura de las normas internas de la empresa y de la carta de despido, permiten concluir que pese a que dentro de las funciones y responsabilidades de la demandante estaba la de llevar informes y estadísticas de metas y producción, y controlar e informar las ventas y comisiones de su grupo, sin que fuera dable a los trabajadores ceder sus ventas para cumplir los presupuestos establecidos por la compañía, lo cierto es que no había una disposición *clara* acerca de dicha prohibición existiera para los supervisores por hacer confirmaciones a nombre de su

personal a cargo, cuando se presentasen ausencias o hubiera demasiadas citas por confirmar (nada dicen los manuales ni el contrato el respecto).

Al respecto destacó la actora en la diligencia de descargos, que dicha labor la realizaba *“por compromiso”* para lograr la venta y sin recibir comisión alguna y, en todo caso, aún quedaba pendiente la labor de *“recuperación del cliente”* verificando que sí llegó a *“la sala”* de ventas, labor que exclusivamente realizaba el *confirmador*, por lo que *“este es el que se queda con la comisión”* (archivo único folios 321 a 326).

Lo anterior, en lugar de ir en contravía de los reglamentos de la demandada, resulta acorde a lo señalado en el numeral 19 del referido Código de Ética, que exige a los trabajadores *“obrar siempre con espíritu de colaboración”* (archivo único folio 300), como lo hizo la actora al apoyar la labor de sus subalternos cuando la misma desbordaba sus capacidades, bien fuera por exceso de citas para confirmar o ausencia de uno de ellos.

Tampoco se evidencia un detrimento patrimonial de la compañía, como se indicó en la carta de despido (archivo único folios 333 y 334) pues al efectuarse las confirmaciones se aseguraba la asistencia de los clientes a la sala de ventas para su concreción, lo que generaba un ingreso económico para el empleador, conducta que se ajusta a su deber contractual de *“Velar por los intereses de la Compañía”* (contrato de trabajo cláusula 8.3 - archivo único folios 17 a 28 y 285 a 299).

(ii) y (iii) La ausencia de tipicidad en la conducta endilgada hace inocuo estudiar si revestía la gravedad que la demandada estimó para la terminación del contrato de trabajo.

Pero de todas formas y según lo dicho, no encuentra la Sala gravedad a una actuación que desplegó la demandante para apoyar la labor de sus subalternos que solo generó beneficios para el empleador. Si bien aceptó que las confirmaciones que ella efectuaba quedaban a nombre del *confirmador* que

se encontrara presente, también informó que el proceso a cargo de éste no se limitaba a dicha labor sino que debía hacer la “*recuperación del cliente*”, por lo que este se quedaba con la comisión, circunstancia que no resulta equiparable a la prohibición de ceder *ventas*, que sí se encontraba expresamente prohibida por la compañía y sí le podía generar un perjuicio.

La conclusión anunciada no se desvirtúa con los testimonios rendidos por ELIZABETH MURCIA CRISTANCHO¹⁴ quien manifestó haber *visto* a la actora en 2016 y no haber tenido conocimiento *directo* de las razones por las que se adelantó un proceso disciplinario en su contra, y haber obtenido la información a través del “*voz a voz*” al interior de la compañía y de una *retroalimentación* adelantada por ésta; ni del testimonio rendido por SERGIO ANDRÉS OROZCO ROA¹⁵, jefe corporativo de asuntos laborales de la empresa demandada, quien igualmente manifestó no conocer a la actora personalmente ni recordar si estuvo presente o no en la diligencia de descargos, y nada dijo sobre las razones que llevaron a la compañía a tomar la determinación del despido y mucho menos acerca de las normas presuntamente vulneradas por la aquella.

Se confirmará entonces la decisión de primera instancia en cuanto dispuso condena al pago de indemnización por despido injusto.

COSTAS en apelación a cargo de la demandada.

DECISION

¹⁴ Audiencia virtual del 1 de junio de 2021 – carpeta “AUDIENCIA 01-07-2021” Min. 05:06.

¹⁵ Audiencia del 1 de abril de 2021 – carpeta “CD AUDIENCIA 1-04-2019 F -82” Min. 59:28.

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. **MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que el contrato de trabajo entre JOHANA ANDREA SANTOS HERRERA y HOTELES DECAMERON COLOMBIA S.A.S. – HODECOL S.A.S., estuvo vigente del 1 de septiembre de 2012 al 20 de junio de 2016.
2. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en lo que respecta a la declaratoria de la excepción de *inexistencia del elemento de subordinación* para el interregno del 1 de septiembre de 2012 al 30 de noviembre de 2015.
3. **MODIFICAR** el numeral cuarto literal a) de la referida providencia para, en su lugar, **CONDENAR** a la demandada al pago de la reliquidación de acreencias laborales por la suma de \$10.580.911, acorde a lo motivado.
4. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
5. **COSTAS** a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de QUINIETOS MIL PESOS MCTE (\$500.000) como agencias en derecho de segunda instancia.

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo - H' with a period at the end.

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 LABORAL DE CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ
RUEDA CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
– COLPENSIONES**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

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 el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 13 de agosto de 2021 por la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia se reajustó una pensión vejez reconocida bajo los parámetros establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.

Téngase al doctor Mauricio Alejandro Capera Bermúdez, con T.P. 247.584 del Consejo Superior de la Judicatura, como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, conforme el poder que le fue conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ RUEDA presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reajuste la pensión de vejez reconocida a su favor a partir del 10 de junio de 2003 con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 tomando para el

efecto el promedio de los ingresos devengados en toda la vida laboral, actualizados anualmente con base en el IPC certificado por el DANE, y aplicando una tasa de reemplazo del 90%. Pide el pago indexado de las sumas adeudadas junto con los intereses moratorios que se generen (ver demanda en las páginas 4 a 42 y subsanación en las páginas 248 a 274 del archivo No 1, expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la mesada pensional fue debidamente reajustada a través de la Resolución SUB 65430 del 8 de marzo de 2018, reliquidación que se encuentra acorde a los criterios establecidos en la ley, determinados (entre otras normas) en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en virtud de la cual se pagó el un retroactivo por concepto de diferencias pensionales. Propuso como excepciones las de *falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, presunción de legalidad de los actos administrativos, compensación, prescripción, no procedencia al pago de las costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, innominada o genérica*” (ver contestación en el archivo No 2 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 13 de agosto del 2021, mediante la cual la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá reajustó la pensión vejez.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: DECLARAR que el demandante CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ RUEDA, tiene derecho a la pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 10 de diciembre de 2003, en cuantía de

\$1.779.189, con los correspondientes reajustes anuales. SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción sobre las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 11 de diciembre de 2014, de conformidad con la parte motiva. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, por medio de su representante legal o quien haga sus veces, a pagar a el señor CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ RUEDA, las diferencias generadas entre la mesada reconocida y la mesada reliquidada, desde el 11 de diciembre de 2014 y que calculado al 30 de julio de 2021 asciende a la suma de \$6.951.681; retroactivo que deberá pagarse de manera indexada al momento de su pago definitivo. CUARTO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar los descuentos legales por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social en salud. QUINTO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a favor de CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ RUEDA Fíjese la suma de \$800.000 como agencias en derecho a cargo de la demandada. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta” (audiencia virtual, minuto 32:58).

Para tomar la decisión, la Juez de primera instancia realizó las operaciones aritméticas pertinentes, con el IBL de lo devengado en toda la vida laboral, el cual resultó más favorable al demandante, y obtuvo una diferencia pensional de \$103.079 para el año 2003. Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción dado que la reclamación administrativa se elevó el 11 de diciembre de 2017 y la demanda se presentó el 21 de febrero de 2019, y por ello, negó el pago de las mesadas causadas con anterioridad al 14 de diciembre de 2014. Negó el reconocimiento de intereses moratorios sobre las diferencias pensionales y, en subsidio, dispuso el pago indexado de las diferencias pensionales adeudadas.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión tomada en primera instancia y se absuelva a la entidad de cada una de las pretensiones incoadas. Afirma que el *a-quo*, para estimar una condena de \$6.951.681 por concepto de retroactivo de diferencias pensionales, no tuvo en cuenta que la entidad en el año 2018 reajustó la mesada pensional del actor teniendo en cuenta el IBL de lo cotizado en toda la vida laboral y una tasa de reemplazo del 90%, con base en la cual reconoció la suma de \$4.512.361 por concepto de retroactivo adeudado a partir del 11 de diciembre de 2014 (audiencia virtual, minuto 35:52)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución 3290 de 2003 el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, reconoció pensión de vejez a CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ RUEDA a partir del 10 de junio de 2003, en cuantía inicial de \$961.579, con fundamento en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 (ver páginas 52 a 54 del expediente digital y el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES). Tampoco fue objeto de controversia que mediante la Resolución SUB 65430 de 8 de marzo de 2018, COLPENSIONES reajustó la

¹ “Muchas gracias su señoría, siendo la oportunidad procesal respetuosamente me permito presentar apelación sobre la sentencia proferida por su honorable despacho para que sea resuelta por la Sala del Tribunal considerando que no se comparten los argumentos de instancia. La presente apelación la fundamento en que mi representada COLPENSIONES para el año 2018 realizó el reajuste de la mesada pensional del demandante, realizó la liquidación del IBL sobre toda la vida pensional arrojando un valor de mesada pensional de \$3.382.873, sobre este valor se ha venido realizando el pago de la mesada pensional, se realizó el reajuste a lugar omitiendo las mesadas que fueron sujetos del efecto de la prescripción pensional entonces no se reconoció desde la fecha en la cual el demandante tuvo derecho a la prestación pensional sino a partir de la fecha en que hizo la reclamación efectiva, esto es a partir del 11 de diciembre de 2014. Por lo tanto, considerando que mi representada ya le canceló al demandante la suma de \$4.512.361 por concepto de retroactivo en el reajuste de la mesada pensional consideramos que no es pertinente cancelar un valor adicional toda vez que el despacho dentro del fallo no manifiesta que se pueda realizar el descuento de los dineros ya pagados a favor del demandante, sino que estima la suma en \$6.951.681 sin descuento por lo ya pagado. De conformidad con ello tampoco es de buen recibo que se ordene la indexación toda vez que Colpensiones realizó el ajuste pertinente sobre la mesada pensional del demandante en un 90% como tasa de reemplazo sobre el IBL siendo 3.382.873 la suma que se reconoció a partir del mes de diciembre de 2014. Por lo tanto, ruego al Tribunal que se sirva revocar la sentencia proferida en contra de Colpensiones y en ese sentido se exonere de cada una de las pretensiones toda vez que ha dado cabal cumplimiento a las reliquidaciones peticionadas de parte del demandante y ajustado al IBL y a las cotizaciones realizadas por el demandante durante toda la vida laboral”.

mesada pensional del demandante a partir del 11 de diciembre de 2014, a la cuantía inicial de \$2.777.655, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 por ser beneficiario del régimen de transición; en virtud de dicha reliquidación reconoció la suma de \$4.512.361 por concepto de retroactivo de las diferencias pensionales adeudadas entre el 11 de diciembre de 2014 y el 31 de marzo de 2018 (ver páginas 64 a 74 del plenario y en el expediente administrativo allegado por COLPENSIONES). La prestación se liquidó teniendo en cuenta el promedio de lo devengado en toda la vida laboral en la suma de \$1.932.545 para el año 2003, que actualizada para el año 2014 asciende a la suma \$3.086.283, a la que se le aplicó una tasa de reemplazo del 90% (ver Resoluciones SUB65430 y DIR 12728 de 2018, en el expediente administrativo aportado por la entidad demandada).

En consonancia con los recursos y en Consulta a favor de Colpensiones el Tribunal debe establecer si procede el pago de la mesada pensional en una suma superior a la que la entidad reajustó en la Resolución SUB65430 del 8 de marzo de 2018, y de ser así, bajo qué parámetros procedería dicho reajuste.

Para resolver la que corresponde el Tribunal debe efectuó las operaciones aritméticas con los dos métodos posibles: con el IBL de los últimos 10 años cotizados y el de toda la vida laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues el actor cotizó más de 1250 semanas (en la historia laboral aportada por la entidad demandada con el expediente administrativo, se observan 1439,29 semanas).

Tomando el detalle de los pagos que certifica la historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES, se obtuvo con el IBL de los cotizado en los últimos 10 años la suma de \$ 1.140.252, y con el IBL de lo cotizado en toda la vida laboral la suma de \$ 1.949.223 para el año 2003, última suma que resulta más favorable.

A este IBL se le aplicó una tasa de remplazo del 90%, que se obtiene de lo dispuesto en el artículo 20 del Decreto 758 de 1990, y de ello resultó como

valor de la mesada pensional para el 2003 la suma de \$1.754.300, suma que resulta superior a la reconocida por la entidad \$1.739.290², pero inferior a la reconocida en primera instancia (\$1.779.189), por lo cual se modificará la decisión de primera instancia a favor de COLPENSIONES en el grado jurisdiccional de consulta.

OPERACIONES ARTIMÉTICAS

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicia l	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1971	Noviembre	30	\$ 3.300	0,17	71,40	412,9918	\$ 1.362.873	\$ 40.886.188
1971	Diciembre	31	\$ 3.300	0,17	71,40	412,9918	\$ 1.362.873	\$ 42.249.061
1972	Enero	31	\$ 3.300	0,20	71,40	362,1710	\$ 1.195.164	\$ 37.050.093
1972	Febrero	29	\$ 4.410	0,20	71,40	362,1710	\$ 1.597.174	\$ 46.318.049
1972	Marzo	31	\$ 4.410	0,20	71,40	362,1710	\$ 1.597.174	\$ 49.512.397
1972	Abril	30	\$ 4.410	0,20	71,40	362,1710	\$ 1.597.174	\$ 47.915.223
1972	Mayo	31	\$ 5.745	0,20	71,40	362,1710	\$ 2.080.848	\$ 64.506.276
1972	Junio	30	\$ 5.790	0,20	71,40	362,1710	\$ 2.096.970	\$ 62.909.102
1972	Julio	31	\$ 5.790	0,20	71,40	362,1710	\$ 2.096.970	\$ 65.006.072
1972	Agosto	31	\$ 9.480	0,20	71,40	362,1710	\$ 3.433.381	\$ 106.434.813
1972	Septiembre	30	\$ 9.480	0,20	71,40	362,1710	\$ 3.433.381	\$ 103.001.432
1972	Octubre	31	\$ 7.470	0,20	71,40	362,1710	\$ 2.705.417	\$ 83.867.938
1972	Noviembre	30	\$ 7.470	0,20	71,40	362,1710	\$ 2.705.417	\$ 81.162.521
1972	Diciembre	31	\$ 7.470	0,20	71,40	362,1710	\$ 2.705.417	\$ 83.867.938
1973	Enero	31	\$ 7.470	0,22	71,40	317,7155	\$ 2.373.335	\$ 73.573.389
1973	Febrero	28	\$ 7.470	0,22	71,40	317,7155	\$ 2.373.335	\$ 66.453.383
1973	Marzo	31	\$ 7.470	0,22	71,40	317,7155	\$ 2.373.335	\$ 73.573.389
1973	Abril	30	\$ 5.524	0,22	71,40	317,7155	\$ 1.755.061	\$ 52.651.820
1973	Mayo	31	\$ 3.300	0,22	71,40	317,7155	\$ 1.048.461	\$ 32.502.300
1973	Junio	30	\$ 3.300	0,22	71,40	317,7155	\$ 1.048.461	\$ 31.453.839
1973	Julio	31	\$ 7.470	0,22	71,40	317,7155	\$ 2.373.335	\$ 73.573.389
1973	Agosto	31	\$ 8.119	0,22	71,40	317,7155	\$ 2.579.645	\$ 79.969.003
1973	Septiembre	30	\$ 3.300	0,22	71,40	317,7155	\$ 1.048.461	\$ 31.453.839
1973	Octubre	31	\$ 3.300	0,22	71,40	317,7155	\$ 1.048.461	\$ 32.502.300
1973	Noviembre	30	\$ 3.300	0,22	71,40	317,7155	\$ 1.048.461	\$ 31.453.839
1973	Diciembre	31	\$ 3.300	0,22	71,40	317,7155	\$ 1.048.461	\$ 32.502.300
1974	Enero	31	\$ 9.480	0,28	71,40	256,0498	\$ 2.427.352	\$ 75.247.912
1974	Febrero	28	\$ 9.480	0,28	71,40	256,0498	\$ 2.427.352	\$ 67.965.856
1974	Marzo	31	\$ 9.480	0,28	71,40	256,0498	\$ 2.427.352	\$ 75.247.912
1974	Abril	30	\$ 7.470	0,28	71,40	256,0498	\$ 1.912.692	\$ 57.380.758
1974	Mayo	31	\$ 7.470	0,28	71,40	256,0498	\$ 1.912.692	\$ 59.293.450
1974	Junio	30	\$ 7.470	0,28	71,40	256,0498	\$ 1.912.692	\$ 57.380.758
1974	Julio	31	\$ 11.850	0,28	71,40	256,0498	\$ 3.034.190	\$ 94.059.890
1974	Agosto	31	\$ 11.850	0,28	71,40	256,0498	\$ 3.034.190	\$ 94.059.890
1974	Septiembre	30	\$ 11.850	0,28	71,40	256,0498	\$ 3.034.190	\$ 91.025.700
1974	Octubre	31	\$ 7.470	0,28	71,40	256,0498	\$ 1.912.692	\$ 59.293.450

² Este valor de mesada pensional corresponde a la mesada reajustada, según se observa en la Resolución DIR 12728 de 10 de julio de 2018, en la cual se establece que el IBL para el año 2003 asciende a la suma de \$1.932.545. A esta suma se le aplicó una tasa de reemplazo del 90% y se obtuvo como de mesada pensional para dicha anualidad \$1.739.290.

1974	Noviembre	30	\$ 7.470	0,28	71,40	256,0498	\$ 1.912.692	\$ 57.380.758
1974	Diciembre	31	\$ 7.470	0,28	71,40	256,0498	\$ 1.912.692	\$ 59.293.450
1975	Enero	31	\$ 7.470	0,35	71,40	202,6509	\$ 1.513.802	\$ 46.927.871
1975	Febrero	28	\$ 7.470	0,35	71,40	202,6509	\$ 1.513.802	\$ 42.386.464
1975	Marzo	31	\$ 7.470	0,35	71,40	202,6509	\$ 1.513.802	\$ 46.927.871
1975	Abril	30	\$ 7.470	0,35	71,40	202,6509	\$ 1.513.802	\$ 45.414.069
1975	Mayo	31	\$ 7.470	0,35	71,40	202,6509	\$ 1.513.802	\$ 46.927.871
1975	Junio	30	\$ 7.470	0,35	71,40	202,6509	\$ 1.513.802	\$ 45.414.069
1975	Julio	31	\$ 7.470	0,35	71,40	202,6509	\$ 1.513.802	\$ 46.927.871
1975	Agosto	31	\$ 7.470	0,35	71,40	202,6509	\$ 1.513.802	\$ 46.927.871
1975	Septiembre	30	\$ 7.470	0,35	71,40	202,6509	\$ 1.513.802	\$ 45.414.069
1975	Octubre	31	\$ 11.850	0,35	71,40	202,6509	\$ 2.401.413	\$ 74.443.811
1975	Noviembre	30	\$ 11.850	0,35	71,40	202,6509	\$ 2.401.413	\$ 72.042.398
1975	Diciembre	31	\$ 11.850	0,35	71,40	202,6509	\$ 2.401.413	\$ 74.443.811
1976	Enero	31	\$ 11.850	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.039.040	\$ 63.210.236
1976	Febrero	29	\$ 14.610	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.513.955	\$ 72.904.709
1976	Marzo	31	\$ 14.610	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.513.955	\$ 77.932.620
1976	Abril	30	\$ 14.610	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.513.955	\$ 75.418.664
1976	Mayo	31	\$ 11.850	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.039.040	\$ 63.210.236
1976	Junio	30	\$ 11.850	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.039.040	\$ 61.171.196
1976	Julio	31	\$ 11.850	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.039.040	\$ 63.210.236
1976	Agosto	31	\$ 11.850	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.039.040	\$ 63.210.236
1976	Septiembre	30	\$ 11.850	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.039.040	\$ 61.171.196
1976	Octubre	31	\$ 11.850	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.039.040	\$ 63.210.236
1976	Noviembre	30	\$ 14.510	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.496.748	\$ 74.902.452
1976	Diciembre	31	\$ 14.510	0,41	71,40	172,0709	\$ 2.496.748	\$ 77.399.200
1977	Enero	31	\$ 14.510	0,52	71,40	136,8216	\$ 1.985.281	\$ 61.543.705
1977	Febrero	28	\$ 14.510	0,52	71,40	136,8216	\$ 1.985.281	\$ 55.587.863
1977	Marzo	31	\$ 14.510	0,52	71,40	136,8216	\$ 1.985.281	\$ 61.543.705
1977	Abril	30	\$ 14.510	0,52	71,40	136,8216	\$ 1.985.281	\$ 59.558.424
1977	Mayo	31	\$ 17.790	0,52	71,40	136,8216	\$ 2.434.056	\$ 75.455.721
1977	Junio	30	\$ 17.790	0,52	71,40	136,8216	\$ 2.434.056	\$ 73.021.666
1977	Julio	31	\$ 21.420	0,52	71,40	136,8216	\$ 2.930.718	\$ 90.852.251
1977	Agosto	31	\$ 21.420	0,52	71,40	136,8216	\$ 2.930.718	\$ 90.852.251
1977	Septiembre	30	\$ 21.420	0,52	71,40	136,8216	\$ 2.930.718	\$ 87.921.533
1977	Octubre	31	\$ 21.420	0,52	71,40	136,8216	\$ 2.930.718	\$ 90.852.251
1977	Noviembre	30	\$ 21.420	0,52	71,40	136,8216	\$ 2.930.718	\$ 87.921.533
1977	Diciembre	31	\$ 21.420	0,52	71,40	136,8216	\$ 2.930.718	\$ 90.852.251
1978	Enero	31	\$ 21.420	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.276.963	\$ 70.585.863
1978	Febrero	28	\$ 21.420	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.276.963	\$ 63.754.973
1978	Marzo	31	\$ 21.420	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.276.963	\$ 70.585.863
1978	Abril	30	\$ 21.420	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.276.963	\$ 68.308.900
1978	Mayo	31	\$ 21.420	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.276.963	\$ 70.585.863
1978	Junio	30	\$ 25.530	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.713.860	\$ 81.415.789
1978	Julio	31	\$ 25.530	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.713.860	\$ 84.129.649
1978	Agosto	31	\$ 25.530	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.713.860	\$ 84.129.649
1978	Septiembre	30	\$ 25.530	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.713.860	\$ 81.415.789
1978	Octubre	31	\$ 25.530	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.713.860	\$ 84.129.649
1978	Noviembre	30	\$ 25.530	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.713.860	\$ 81.415.789
1978	Diciembre	31	\$ 25.530	0,67	71,40	106,3008	\$ 2.713.860	\$ 84.129.649
1979	Enero	31	\$ 25.530	0,80	71,40	89,7635	\$ 2.291.663	\$ 71.041.552
1979	Febrero	28	\$ 25.530	0,80	71,40	89,7635	\$ 2.291.663	\$ 64.166.563
1979	Marzo	31	\$ 25.530	0,80	71,40	89,7635	\$ 2.291.663	\$ 71.041.552
1979	Abril	30	\$ 25.530	0,80	71,40	89,7635	\$ 2.291.663	\$ 68.749.889
1979	Mayo	31	\$ 30.150	0,80	71,40	89,7635	\$ 2.706.371	\$ 83.897.486
1979	Junio	30	\$ 30.150	0,80	71,40	89,7635	\$ 2.706.371	\$ 81.191.115
1979	Julio	31	\$ 30.150	0,80	71,40	89,7635	\$ 2.706.371	\$ 83.897.486
1979	Agosto	31	\$ 30.150	0,80	71,40	89,7635	\$ 2.706.371	\$ 83.897.486

1979	Septiembre	30	\$ 30.150	0,80	71,40	89,7635	\$ 2.706.371	\$ 81.191.115
1979	Octubre	31	\$ 47.370	0,80	71,40	89,7635	\$ 4.252.099	\$ 131.815.054
1979	Noviembre	30	\$ 47.370	0,80	71,40	89,7635	\$ 4.252.099	\$ 127.562.956
1979	Diciembre	31	\$ 47.370	0,80	71,40	89,7635	\$ 4.252.099	\$ 131.815.054
1980	Enero	31	\$ 47.370	1,02	71,40	69,6923	\$ 3.301.323	\$ 102.341.008
1980	Febrero	29	\$ 47.370	1,02	71,40	69,6923	\$ 3.301.323	\$ 95.738.362
1980	Marzo	31	\$ 47.370	1,02	71,40	69,6923	\$ 3.301.323	\$ 102.341.008
1980	Abril	30	\$ 47.370	1,02	71,40	69,6923	\$ 3.301.323	\$ 99.039.685
1980	Mayo	31	\$ 47.370	1,02	71,40	69,6923	\$ 3.301.323	\$ 102.341.008
1980	Junio	30	\$ 47.370	1,02	71,40	69,6923	\$ 3.301.323	\$ 99.039.685
1980	Julio	31	\$ 47.370	1,02	71,40	69,6923	\$ 3.301.323	\$ 102.341.008
1980	Agosto	11	\$ 16.809	1,02	71,40	69,6923	\$ 1.171.437	\$ 12.885.808
1980	Noviembre	28	\$ 44.212	1,02	71,40	69,6923	\$ 3.081.235	\$ 86.274.570
1980	Diciembre	31	\$ 47.370	1,02	71,40	69,6923	\$ 3.301.323	\$ 102.341.008
1981	Enero	31	\$ 47.370	1,29	71,40	55,3755	\$ 2.623.135	\$ 81.317.194
1981	Febrero	28	\$ 47.370	1,29	71,40	55,3755	\$ 2.623.135	\$ 73.447.788
1981	Marzo	31	\$ 47.370	1,29	71,40	55,3755	\$ 2.623.135	\$ 81.317.194
1981	Abril	30	\$ 47.370	1,29	71,40	55,3755	\$ 2.623.135	\$ 78.694.059
1981	Mayo	31	\$ 47.370	1,29	71,40	55,3755	\$ 2.623.135	\$ 81.317.194
1981	Junio	30	\$ 47.370	1,29	71,40	55,3755	\$ 2.623.135	\$ 78.694.059
1981	Julio	31	\$ 47.370	1,29	71,40	55,3755	\$ 2.623.135	\$ 81.317.194
1981	Agosto	31	\$ 47.370	1,29	71,40	55,3755	\$ 2.623.135	\$ 81.317.194
1981	Septiembre	30	\$ 47.370	1,29	71,40	55,3755	\$ 2.623.135	\$ 78.694.059
1981	Octubre	31	\$ 47.370	1,29	71,40	55,3755	\$ 2.623.135	\$ 81.317.194
1981	Noviembre	30	\$ 70.260	1,29	71,40	55,3755	\$ 3.890.679	\$ 116.720.384
1981	Diciembre	31	\$ 70.260	1,29	71,40	55,3755	\$ 3.890.679	\$ 120.611.063
1982	Enero	31	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 95.375.613
1982	Febrero	28	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 86.145.715
1982	Marzo	31	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 95.375.613
1982	Abril	30	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 92.298.980
1982	Mayo	31	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 95.375.613
1982	Junio	30	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 92.298.980
1982	Julio	31	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 95.375.613
1982	Agosto	31	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 95.375.613
1982	Septiembre	30	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 92.298.980
1982	Octubre	31	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 95.375.613
1982	Noviembre	30	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 92.298.980
1982	Diciembre	31	\$ 70.260	1,63	71,40	43,7892	\$ 3.076.633	\$ 95.375.613
1983	Enero	31	\$ 70.260	2,02	71,40	35,3053	\$ 2.480.547	\$ 76.896.960
1983	Febrero	28	\$ 70.260	2,02	71,40	35,3053	\$ 2.480.547	\$ 69.455.319
1983	Marzo	31	\$ 70.260	2,02	71,40	35,3053	\$ 2.480.547	\$ 76.896.960
1983	Abril	30	\$ 70.260	2,02	71,40	35,3053	\$ 2.480.547	\$ 74.416.413
1983	Mayo	31	\$ 70.260	2,02	71,40	35,3053	\$ 2.480.547	\$ 76.896.960
1983	Junio	30	\$ 70.260	2,02	71,40	35,3053	\$ 2.480.547	\$ 74.416.413
1983	Julio	31	\$ 79.290	2,02	71,40	35,3053	\$ 2.799.354	\$ 86.779.960
1983	Agosto	31	\$ 79.290	2,02	71,40	35,3053	\$ 2.799.354	\$ 86.779.960
1983	Septiembre	30	\$ 79.290	2,02	71,40	35,3053	\$ 2.799.354	\$ 83.980.607
1983	Octubre	31	\$ 99.630	2,02	71,40	35,3053	\$ 3.517.462	\$ 109.041.335
1983	Noviembre	30	\$ 99.630	2,02	71,40	35,3053	\$ 3.517.462	\$ 105.523.872
1983	Diciembre	31	\$ 111.000	2,02	71,40	35,3053	\$ 3.918.883	\$ 121.485.377
1984	Enero	21	\$ 75.194	2,36	71,40	30,2693	\$ 2.276.056	\$ 47.797.173
1984	Febrero	29	\$ 111.000	2,36	71,40	30,2693	\$ 3.359.892	\$ 97.436.866
1984	Marzo	31	\$ 111.000	2,36	71,40	30,2693	\$ 3.359.892	\$ 104.156.650
1984	Abril	30	\$ 111.000	2,36	71,40	30,2693	\$ 3.359.892	\$ 100.796.758
1984	Mayo	31	\$ 111.000	2,36	71,40	30,2693	\$ 3.359.892	\$ 104.156.650
1984	Junio	30	\$ 111.000	2,36	71,40	30,2693	\$ 3.359.892	\$ 100.796.758
1984	Julio	31	\$ 111.000	2,36	71,40	30,2693	\$ 3.359.892	\$ 104.156.650
1984	Agosto	21	\$ 111.000	2,36	71,40	30,2693	\$ 3.359.892	\$ 70.557.731

1984	Septiembre	30	\$ 111.000	2,36	71,40	30,2693	\$ 3.359.892	\$ 100.796.758
1984	Octubre	31	\$ 111.000	2,36	71,40	30,2693	\$ 3.359.892	\$ 104.156.650
1984	Noviembre	30	\$ 111.000	2,36	71,40	30,2693	\$ 3.359.892	\$ 100.796.758
1984	Diciembre	31	\$ 111.000	2,36	71,40	30,2693	\$ 3.359.892	\$ 104.156.650
1985	Enero	31	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 88.056.835
1985	Febrero	28	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 79.535.206
1985	Marzo	31	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 88.056.835
1985	Abril	30	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 85.216.292
1985	Mayo	31	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 88.056.835
1985	Junio	30	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 85.216.292
1985	Julio	31	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 88.056.835
1985	Agosto	31	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 88.056.835
1985	Septiembre	30	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 85.216.292
1985	Octubre	31	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 88.056.835
1985	Noviembre	30	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 85.216.292
1985	Diciembre	31	\$ 111.000	2,79	71,40	25,5905	\$ 2.840.543	\$ 88.056.835
1986	Enero	31	\$ 111.000	3,42	71,40	20,8986	\$ 2.319.743	\$ 71.912.037
1986	Febrero	28	\$ 111.000	3,42	71,40	20,8986	\$ 2.319.743	\$ 64.952.807
1986	Marzo	31	\$ 111.000	3,42	71,40	20,8986	\$ 2.319.743	\$ 71.912.037
1986	Abril	30	\$ 111.000	3,42	71,40	20,8986	\$ 2.319.743	\$ 69.592.294
1986	Mayo	31	\$ 111.000	3,42	71,40	20,8986	\$ 2.319.743	\$ 71.912.037
1986	Junio	30	\$ 111.000	3,42	71,40	20,8986	\$ 2.319.743	\$ 69.592.294
1986	Julio	31	\$ 111.000	3,42	71,40	20,8986	\$ 2.319.743	\$ 71.912.037
1986	Agosto	31	\$ 111.000	3,42	71,40	20,8986	\$ 2.319.743	\$ 71.912.037
1986	Septiembre	30	\$ 165.180	3,42	71,40	20,8986	\$ 3.452.029	\$ 103.560.856
1986	Octubre	31	\$ 165.180	3,42	71,40	20,8986	\$ 3.452.029	\$ 107.012.885
1986	Noviembre	30	\$ 165.180	3,42	71,40	20,8986	\$ 3.452.029	\$ 103.560.856
1986	Diciembre	31	\$ 165.180	3,42	71,40	20,8986	\$ 3.452.029	\$ 107.012.885
1987	Enero	31	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 88.479.418
1987	Febrero	28	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 79.916.894
1987	Marzo	31	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 88.479.418
1987	Abril	30	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 85.625.243
1987	Mayo	31	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 88.479.418
1987	Junio	30	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 85.625.243
1987	Julio	31	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 88.479.418
1987	Agosto	31	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 88.479.418
1987	Septiembre	30	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 85.625.243
1987	Octubre	31	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 88.479.418
1987	Noviembre	30	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 85.625.243
1987	Diciembre	31	\$ 165.180	4,13	71,40	17,2792	\$ 2.854.175	\$ 88.479.418
1988	Enero	31	\$ 165.180	5,12	71,40	13,9324	\$ 2.301.352	\$ 71.341.909
1988	Febrero	29	\$ 165.180	5,12	71,40	13,9324	\$ 2.301.352	\$ 66.739.205
1988	Marzo	31	\$ 165.180	5,12	71,40	13,9324	\$ 2.301.352	\$ 71.341.909
1988	Abril	30	\$ 165.180	5,12	71,40	13,9324	\$ 2.301.352	\$ 69.040.557
1988	Mayo	8	\$ 42.627	5,12	71,40	13,9324	\$ 593.897	\$ 4.751.178
1989	Abril	12	\$ 31.716	6,57	71,40	10,8741	\$ 344.883	\$ 4.138.599
1989	Mayo	1	\$ 2.558	6,57	71,40	10,8741	\$ 27.813	\$ 27.813
1989	Octubre	15	\$ 22.921	6,57	71,40	10,8741	\$ 249.245	\$ 3.738.677
1989	Noviembre	30	\$ 47.370	6,57	71,40	10,8741	\$ 515.107	\$ 15.453.197
1989	Diciembre	31	\$ 47.370	6,57	71,40	10,8741	\$ 515.107	\$ 15.968.304
1990	Enero	31	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 12.660.906
1990	Febrero	28	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 11.435.657
1990	Marzo	31	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 12.660.906
1990	Abril	30	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 12.252.490
1990	Mayo	31	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 12.660.906
1990	Junio	30	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 12.252.490
1990	Julio	31	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 12.660.906
1990	Agosto	31	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 12.660.906

1990	Septiembre	30	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 12.252.490
1990	Octubre	31	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 12.660.906
1990	Noviembre	30	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 12.252.490
1990	Diciembre	31	\$ 47.370	8,28	71,40	8,6218	\$ 408.416	\$ 12.660.906
1991	Enero	31	\$ 54.630	10,96	71,40	6,5135	\$ 355.835	\$ 11.030.890
1991	Febrero	28	\$ 54.630	10,96	71,40	6,5135	\$ 355.835	\$ 9.963.385
1991	Marzo	31	\$ 54.630	10,96	71,40	6,5135	\$ 355.835	\$ 11.030.890
1991	Abril	20	\$ 36.420	10,96	71,40	6,5135	\$ 237.223	\$ 4.744.469
1991	Abril	10	\$ 18.210	10,96	71,40	6,5135	\$ 118.612	\$ 1.186.117
1991	Mayo	31	\$ 54.630	10,96	71,40	6,5135	\$ 355.835	\$ 11.030.890
1991	Junio	30	\$ 54.630	10,96	71,40	6,5135	\$ 355.835	\$ 10.675.055
1991	Julio	31	\$ 54.630	10,96	71,40	6,5135	\$ 355.835	\$ 11.030.890
1991	Agosto	31	\$ 54.630	10,96	71,40	6,5135	\$ 355.835	\$ 11.030.890
1991	Septiembre	30	\$ 54.630	10,96	71,40	6,5135	\$ 355.835	\$ 10.675.055
1991	Octubre	31	\$ 54.630	10,96	71,40	6,5135	\$ 355.835	\$ 11.030.890
1991	Noviembre	30	\$ 54.630	10,96	71,40	6,5135	\$ 355.835	\$ 10.675.055
1991	Diciembre	31	\$ 54.630	10,96	71,40	6,5135	\$ 355.835	\$ 11.030.890
1992	Enero	31	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 11.186.310
1992	Febrero	29	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 10.464.613
1992	Marzo	31	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 11.186.310
1992	Abril	30	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 10.825.462
1992	Mayo	31	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 11.186.310
1992	Junio	30	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 10.825.462
1992	Julio	31	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 11.186.310
1992	Agosto	31	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 11.186.310
1992	Septiembre	30	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 10.825.462
1992	Octubre	31	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 11.186.310
1992	Noviembre	30	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 10.825.462
1992	Diciembre	31	\$ 70.260	13,90	71,40	5,1359	\$ 360.849	\$ 11.186.310
1993	Enero	31	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 11.332.756
1993	Febrero	28	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 10.236.038
1993	Marzo	31	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 11.332.756
1993	Abril	30	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 10.967.183
1993	Mayo	31	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 11.332.756
1993	Junio	30	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 10.967.183
1993	Julio	31	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 11.332.756
1993	Agosto	31	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 11.332.756
1993	Septiembre	30	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 10.967.183
1993	Octubre	31	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 11.332.756
1993	Noviembre	30	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 10.967.183
1993	Diciembre	31	\$ 89.070	17,40	71,40	4,1043	\$ 365.573	\$ 11.332.756
1994	Enero	31	\$ 107.675	21,33	71,40	3,3475	\$ 360.445	\$ 11.173.786
1994	Febrero	28	\$ 107.675	21,33	71,40	3,3475	\$ 360.445	\$ 10.092.452
1994	Marzo	31	\$ 107.675	21,33	71,40	3,3475	\$ 360.445	\$ 11.173.786
1994	Abril	30	\$ 98.700	21,33	71,40	3,3475	\$ 330.401	\$ 9.912.020
1994	Mayo	31	\$ 98.700	21,33	71,40	3,3475	\$ 330.401	\$ 10.242.421
1994	Junio	30	\$ 98.700	21,33	71,40	3,3475	\$ 330.401	\$ 9.912.020
1994	Julio	31	\$ 98.700	21,33	71,40	3,3475	\$ 330.401	\$ 10.242.421
1994	Agosto	31	\$ 98.700	21,33	71,40	3,3475	\$ 330.401	\$ 10.242.421
1994	Septiembre	30	\$ 98.700	21,33	71,40	3,3475	\$ 330.401	\$ 9.912.020
1994	Octubre	31	\$ 98.700	21,33	71,40	3,3475	\$ 330.401	\$ 10.242.421
1994	Noviembre	30	\$ 98.700	21,33	71,40	3,3475	\$ 330.401	\$ 9.912.020
1995	Febrero	30	\$ 118.933	26,15	71,40	2,7305	\$ 324.751	\$ 9.742.528
1995	Marzo	30	\$ 118.933	26,15	71,40	2,7305	\$ 324.751	\$ 9.742.528
1995	Abril	30	\$ 118.933	26,15	71,40	2,7305	\$ 324.751	\$ 9.742.528
1995	Mayo	30	\$ 118.933	26,15	71,40	2,7305	\$ 324.751	\$ 9.742.528
1995	Junio	30	\$ 118.933	26,15	71,40	2,7305	\$ 324.751	\$ 9.742.528
1995	Julio	30	\$ 118.933	26,15	71,40	2,7305	\$ 324.751	\$ 9.742.528

1995	Agosto	30	\$ 118.933	26,15	71,40	2,7305	\$ 324.751	\$ 9.742.528
1995	Septiembre	30	\$ 118.933	26,15	71,40	2,7305	\$ 324.751	\$ 9.742.528
1995	Octubre	30	\$ 118.933	26,15	71,40	2,7305	\$ 324.751	\$ 9.742.528
1995	Noviembre	30	\$ 118.933	26,15	71,40	2,7305	\$ 324.751	\$ 9.742.528
1995	Diciembre	30	\$ 118.933	26,15	71,40	2,7305	\$ 324.751	\$ 9.742.528
1996	Enero	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1996	Febrero	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1996	Marzo	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1996	Abril	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1996	Mayo	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1996	Junio	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1996	Julio	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1996	Agosto	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1996	Septiembre	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1996	Octubre	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1996	Noviembre	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1996	Diciembre	30	\$ 142.125	31,24	71,40	2,2856	\$ 324.839	\$ 9.745.177
1997	Enero	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1997	Febrero	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1997	Marzo	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1997	Abril	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1997	Mayo	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1997	Junio	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1997	Julio	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1997	Agosto	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1997	Septiembre	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1997	Octubre	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1997	Noviembre	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1997	Diciembre	30	\$ 172.000	38,00	71,40	1,8790	\$ 323.187	\$ 9.695.598
1998	Enero	30	\$ 204.000	44,72	71,40	1,5966	\$ 325.714	\$ 9.771.430
1998	Febrero	30	\$ 204.000	44,72	71,40	1,5966	\$ 325.714	\$ 9.771.430
1998	Marzo	30	\$ 204.000	44,72	71,40	1,5966	\$ 325.714	\$ 9.771.430
1998	Abril	30	\$ 204.000	44,72	71,40	1,5966	\$ 325.714	\$ 9.771.430
1998	Mayo	30	\$ 204.000	44,72	71,40	1,5966	\$ 325.714	\$ 9.771.430
1998	Junio	30	\$ 204.000	44,72	71,40	1,5966	\$ 325.714	\$ 9.771.430
1998	Julio	30	\$ 204.000	44,72	71,40	1,5966	\$ 325.714	\$ 9.771.430
1998	Agosto	30	\$ 204.000	44,72	71,40	1,5966	\$ 325.714	\$ 9.771.430
1998	Septiembre	30	\$ 204.000	44,72	71,40	1,5966	\$ 325.714	\$ 9.771.430
2000	Marzo	30	\$ 2.000.000	57,00	71,40	1,2525	\$ 2.504.989	\$ 75.149.661
2000	Abril	30	\$ 2.000.000	57,00	71,40	1,2525	\$ 2.504.989	\$ 75.149.661
2000	Julio	30	\$ 2.000.000	57,00	71,40	1,2525	\$ 2.504.989	\$ 75.149.661
2000	Agosto	30	\$ 2.000.000	57,00	71,40	1,2525	\$ 2.504.989	\$ 75.149.661
2000	Septiembre	30	\$ 2.000.000	57,00	71,40	1,2525	\$ 2.504.989	\$ 75.149.661
2000	Octubre	30	\$ 2.000.000	57,00	71,40	1,2525	\$ 2.504.989	\$ 75.149.661
2000	Noviembre	30	\$ 2.000.000	57,00	71,40	1,2525	\$ 2.504.989	\$ 75.149.661
2000	Diciembre	30	\$ 2.000.000	57,00	71,40	1,2525	\$ 2.504.989	\$ 75.149.661
2001	Enero	30	\$ 2.033.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 2.341.484	\$ 70.244.513
2001	Febrero	30	\$ 2.800.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 3.224.867	\$ 96.746.010
2001	Marzo	30	\$ 2.800.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 3.224.867	\$ 96.746.010
2001	Abril	30	\$ 2.800.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 3.224.867	\$ 96.746.010
2001	Mayo	30	\$ 2.800.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 3.224.867	\$ 96.746.010
2001	Junio	30	\$ 2.800.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 3.224.867	\$ 96.746.010
2001	Julio	30	\$ 2.800.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 3.224.867	\$ 96.746.010
2001	Agosto	30	\$ 2.800.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 3.224.867	\$ 96.746.010
2001	Septiembre	30	\$ 2.800.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 3.224.867	\$ 96.746.010
2001	Octubre	30	\$ 2.800.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 3.224.867	\$ 96.746.010
2001	Noviembre	30	\$ 2.800.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 3.224.867	\$ 96.746.010
2001	Diciembre	30	\$ 2.800.000	61,99	71,40	1,1517	\$ 3.224.867	\$ 96.746.010

2002	Enero	30	\$ 2.800.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 2.995.798	\$ 89.873.930
2002	Febrero	30	\$ 3.920.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 4.194.117	\$ 125.823.502
2002	Marzo	30	\$ 3.920.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 4.194.117	\$ 125.823.502
2002	Abril	30	\$ 3.920.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 4.194.117	\$ 125.823.502
2002	Mayo	30	\$ 3.920.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 4.194.117	\$ 125.823.502
2002	Junio	30	\$ 3.920.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 4.194.117	\$ 125.823.502
2002	Julio	30	\$ 3.920.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 4.194.117	\$ 125.823.502
2002	Agosto	30	\$ 3.920.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 4.194.117	\$ 125.823.502
2002	Septiembre	30	\$ 3.920.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 4.194.117	\$ 125.823.502
2002	Octubre	30	\$ 3.920.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 4.194.117	\$ 125.823.502
2002	Noviembre	30	\$ 3.920.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 4.194.117	\$ 125.823.502
2002	Diciembre	30	\$ 3.920.000	66,73	71,40	1,0699	\$ 4.194.117	\$ 125.823.502

	IBL 10 ÚLTIMOS AÑOS	IBL TODA LA VIDA
TOTAL DÍAS TRABAJADOS	3600	10095
TOTAL SALARIO DEVENGADO	\$ 4.104.908.350	\$ 19.677.406.245
IBL	\$ 1.140.252	\$ 1.949.223
MONTO	90%	90%
VALOR MESADA PENSIONAL (AÑO 2003)	\$1.026.227	\$1.754.301

Para los años subsiguientes, aplicando los incrementos anuales pertinentes, se obtienen las siguientes sumas y diferencias pensionales:

AÑO	MESADA	INCREMENTO
2003	\$ 1.754.301	6,49%
2004	\$ 1.868.155	5,50%
2005	\$ 1.970.903	4,85%
2006	\$ 2.066.492	4,48%
2007	\$ 2.159.071	5,69%
2008	\$ 2.281.922	7,67%
2009	\$ 2.456.946	2,00%
2010	\$ 2.506.084	3,17%
2011	\$ 2.585.527	3,73%
2012	\$ 2.681.968	2,44%
2013	\$ 2.747.408	1,94%
2014	\$ 2.800.707	3,66%
2015	\$ 2.903.213	6,77%
2016	\$ 3.099.761	5,75%
2017	\$ 3.277.997	4,09%

2018	\$ 3.412.067	3,18%
2019	\$ 3.520.571	3,80%
2020	\$ 3.654.352	1,61%
2021	\$ 3.713.187	

Se ordenará entonces a cargo de la entidad demandada, el pago de las diferencias pensionales causadas a partir del 11 de diciembre de 2014, tal como lo concluyó la juez de primera instancia, pues sobre las mesadas anteriores operó la prescripción, dado que dicho término se interrumpió con la reclamación administrativa radicada el 11 de diciembre de 2017 (ver página 56, archivo No 1 del expediente digitalizado) y la demanda se elevó el 21 de febrero de 2019 (página 236, archivo No 1 del expediente digitalizado).

No obstante, se revocará la decisión de primera instancia en cuanto definió un valor concreto por concepto de retroactivo pensional adeudado, pues además de que se está definiendo el valor de la mesada pensional en una suma inferior a la establecida por la juez de primera instancia, en prestaciones periódicas el saldo final a cargo del deudor solo se obtiene cuando la entidad hace la inclusión en nómina.

SIN COSTAS en la apelación.

DECISION

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia de primera instancia para definir que la mesada pensional de CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ RUEDA asciende a la suma de \$1.754.301 para el año 2003.
2. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **TERCERO** de la sentencia de primera instancia en cuanto definió un valor concreto por concepto de retroactivo pensional adeudado para **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reajustar la mesada pensional que viene pagando a CARLOS ALBERTO RODRIGUEZ RUEDA, a partir del 11 de diciembre de 2014, hasta llegar a los siguientes valores: \$2.800.707 para el 2014, \$2.903.213 para el 2015, \$3.099.761 para el 2016, \$3.277.997 para el 2017, \$3.412.067 para el 2018, \$3.520.571 para el 2019, \$3.654.352 para el 2020 y \$3.713.187 para el 2021.
3. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
4. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

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 VÍCTOR HUGO SÁNCHEZ LARA CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 6 de octubre de 2021 por el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el poder por el doctor Alejandro Miguel Castellanos López, quien se identifica con T.P. 115.849, apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Así mismo, téngase a los doctores María Juliana Mejía Giraldo, abogada inscrita a MEJÍA Y ASOCIADOS ABOGADOS ESPECIALIZADOS S.A.S., y Mauricio Alejandro Capera Bermúdez, quienes se identifican con T.P. 258.258 y 247.584, para actuar como apoderados principal y sustituto, respectivamente, de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para

los fines del poder, el certificado de existencia y representación legal y el memorial de sustitución conferidos.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, VÍCTOR HUGO SÁNCHEZ LARA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en junio de 1999, con fundamento en que durante la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de cada régimen para su situación concreta, pues se limitó a manifestar únicamente las ventajas del RAIS. Agregó que en simulación pensional emitida por PORVENIR el 8 de septiembre de 2017 para el momento en que cumpla 64 años de edad tendría una pensión de \$878.300, la cual resulta por mucho inferior a los \$4.657.481 que obtendría en el RPM. Como consecuencia de lo anterior pide se tenga como afiliado en COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado, en virtud del regreso automático (ver demanda de folios 3 a 8).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación se efectuó de manera libre, espontánea y sin engaños, previo el suministro de una asesoría amplia, suficiente y eficaz, como se observa en el documento público de vinculación, el cual se presume auténtico. Resaltó que al tratarse de un sistema público y obligatorio, las condiciones del mismo se encuentran definidas en la Ley, sin que las partes puedan pactar algo diferente. Agregó que el actor inicialmente se trasladó a HORIZONTE S.A. en 1999, posteriormente a PORVENIR S.A. en 2002 y regresa nuevamente a dicha entidad en 2010 desde COLPENSIONES, afiliaciones que dan cuenta de su voluntad de permanecer en el RAIS, máxime cuanto tampoco hizo uso del

derecho de retracto que le fue garantizado en todo momento. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica* (ver contestación de folios 77 a 95).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, al punto que así lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en efectuar el traslado previo a encontrarse incurso en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, sin cumplir los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Propuso como excepciones de mérito: *el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación de folios 117 a 124).

Terminó la primera instancia con sentencia de 6 de octubre de 2021, mediante la cual el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por VÍCTOR HUGO SÁNCHEZ LARA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia. TERCERO: ORDENAR a*

COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho a cada una de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor del demandante en la suma de \$1.000.000. SEXTO: REMITIR copia de esta providencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021. SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 6 de octubre de 2021 – CD 5 Min. 53:09).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó que la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., o esta última entidad al momento del segundo traslado, hubieran brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que el demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. Resaltó que pese a que el demandante en interrogatorio manifestó conocer algunas características del RAIS, ello no constituye confesión acerca de la asesoría clara, cierta, comprensible y oportuna, sobre las características, diferencias y riesgos del cambio de régimen pensional.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., su apoderada pide que se revoque la decisión, por considerar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia, en tanto se vulnera el principio de seguridad jurídica al restar valor probatorio a los formularios de afiliación suscritos tanto en 1995 como en 2010, que para la época eran los únicos documentos exigidos para probar el acto

voluntario de afiliación. Resaltó que en interrogatorio de parte se evidenció el conocimiento del actor acerca del RAIS, quien además es un profesional y especialista, con plenas capacidades para entender la escogencia de régimen. Agregó que se deben tener en cuenta los actos de relacionamiento, como lo han señalado las sentencias SL1061 de 2021 y SL4247 de 2021, máxime cuando presentó traslados al interior del RAIS y se trasladó a éste régimen en 2 oportunidades, en todos los cuales recibió la información que ahora echa de menos. En caso de confirmar la decisión, pidió se absuelva del pago de gastos de administración, pues éstos se descontaron por disposición legal y no están destinados a financiar la prestación, máxime cuando la declaratoria de ineficacia debería dejar sin efecto toda consecuencia de la afiliación y de manera coetánea se ordena la devolución de rendimientos y daría lugar a un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, rubros que, en todo caso, son susceptibles de prescribir. Finalmente, solicitó se absuelva de la indexación de los dineros, pues los rendimientos superan cualquier menoscabo en los dineros por causa de la inflación, así como la condena en costas, en tanto los traslados voluntarios se efectuaron conforme la obligación legal contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (Audiencia virtual del 6 de octubre de 2021 – CD 5 Min. 54:41).

La apoderada de COLPENSIONES también presentó apelación, en que solicita se revoque la decisión. Afirma que se vulnera el principio de seguridad jurídica, pues el demandante ratificó 2 veces su decisión de trasladarse de manera libre, voluntaria y consciente, sin que se hubiera probado vicio en su consentimiento. En el mismo sentido, solicitó se la absuelva de la condena en costas (Audiencia virtual del 6 de octubre de 2021 – CD 5 Hora 1:05:07).

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 trasladó por primera vez al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 36 años de edad y había cotizado 220,45 semanas¹, 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 meses y 2 días)², y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver folios 10 y 44).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, según

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES a 18 de mayo de 2021 de folios 217 a 223.

² *Ibidem*.

³ 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”.

⁴ 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

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

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”.

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 HORIZONTE S.A., hoy 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*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante pues indicó que para el momento de su traslado en junio de 1999, cuando se iba a posesionar como médico veterinario para la Gobernación del Guaviare para desarrollar un corto contrato, recibió una visita individual de un asesor, quien en 10 o 15 minutos le diligenció el formulario de afiliación, que en ese momento era requisito para el contrato que desempeñaría, y le informó que tendría condiciones de afiliación semejantes al *fondo estatal* con la ventaja de pensionarse más rápidamente, que le indicaron que el el fondo privado tendría mejor atención, una cuenta de ahorro individual con todos sus recursos, y obtendría rendimientos financieros para el *cálculo* de su pensión. Su posterior traslado

directamente a la AFP PORVENIR S.A. en 2002, se debió a una nueva vinculación laboral con la referida Gobernación, en la que el asesor le indicó que allí tendría mejor información del movimiento de su cuenta y las mismas condiciones del *fondo estatal*. Finalmente, manifestó no conocer en su momento del último traslado de COLPENSIONES a PORVENIR en 2010, pues para junio de dicha anualidad ambas entidades le indicaron que no era posible su traslado del RPM al RAIS, por lo que creía que permaneció afiliado a COLPENSIONES (Audiencia virtual del 5 de mayo de 2021 Min. 09:31).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la permanencia o los posteriores traslados en dicho régimen (sentencia SL1689 de 2019) y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras para los riesgos de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el

artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Cabe advertir que en el ejercicio de las facultades extra y ultra petita de las que está investido el juez laboral en primera instancia (artículo 50 CST), bien podía definir la ineficacia del traslado y la consecuente devolución de los gastos de administración debidamente indexados por ser, en palabras de la Corte, una consecuencia necesaria de aquella, como quiera que al respecto se expusieron y debatieron los hechos del proceso.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones, y se confirmará la condena en costas que se dictó contra PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestaciones en los folios 77 a 95 y 117 a 124).

COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

DECISION

⁵ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

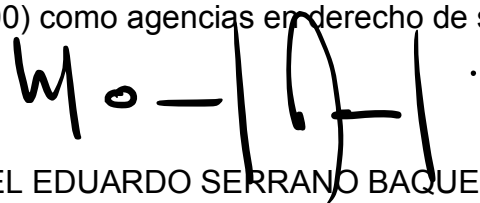
Magistrado



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

EXP. 18 2019 00390 01

Víctor Hugo Sánchez Lara Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
y Otra

EXP. 19 2017 00588 01
Amparo Hernández Gómez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones -
COLPENSIONES y otra

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE AMPARO HERNÁNDEZ GÓMEZ 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 veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en la fecha programada para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, y estudiar el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 23 de agosto de 2021 por la Juez Diecinueve (19) 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 apoderado, AMPARO HERNÁNDEZ GÓMEZ 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 se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 27 de septiembre de 1999, con fundamento en que el fondo privado no le suministró información completa y comprensible, pues omitió indicar los riesgos que se debían asumir y las desventajas de afiliarse al RAIS,

incumpliendo con ello su deber de buen consejo. Como consecuencia de lo anterior pide que se declare su afiliación en el RPM administrado por COLPENSIONES, y se le ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar los aportes los aportes cotizados en el RAIS con destino a COLPENSIONES (ver demanda en folios 5 a 23, y subsanación en folios 58 y 59 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP PORVENIR S.A., pues la afiliación la realizó de forma voluntaria por decisión propia d quien. solicitó el traslado y suscribió el formulario de afiliación bajo el cumplimiento de la normatividad vigente para la época del traslado, sin que se presentaran vicios en el consentimiento por error, fuerza o dolo. Además, manifestó que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y que no puede retornar al RPM dado que le faltan menos de 10 años para cumplir el requisito de edad para acceder al derecho pensional. Propuso como excepciones las de *inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, error de derecho no vicia el consentimiento y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 104 a 113 del expediente).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el traslado de la demandante del RPM al RAIS se realizó conforme los requisitos legales establecidos para la época del traslado, sin mediar vicios en el consentimiento que invaliden dicha afiliación, y advirtió que la demandante ratificó su voluntad de afiliación en dicho régimen con su permanencia en el tiempo. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica* (ver contestación en folios 158 a 164).

Terminó la primera instancia con sentencia de 15 de septiembre de 2021, mediante la cual la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la INEFICIACIA del traslado de la señora AMPARO HERNÁNDEZ GÓMEZ identificada con C.C. N° 51.663.042, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., identificada con NIT No. 800.144.331-3, realizado el 27 de septiembre de 1999, conforme lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante AMPARO HERNÁNDEZ GÓMEZ identificada con C.C. No. 51.663.042, al régimen de prima media con prestación definida administrador hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, desde el 16 de marzo de 1981, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con NIT No. 800.144.331-3 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora AMPARO HERNÁNDEZ GÓMEZ identificada con C.C. No. 51.663.042. como son cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de sta providencia. CUARTO: ABSOLVER a las*

demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: Sin costas en esta instancia. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA” (CD 2, audiencia virtual, minuto 25:52).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no demostró haber cumplido con el deber legal de brindar información completa sobre las consecuencias del traslado de régimen pensional, para que la demandante pudiera escoger el mejor régimen para su pensión.

RECURSOS DE APELACIÓN

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

La apoderada de la AFP PORVENIR S.A. pide que se revoque el fallo de primera instancia en su totalidad, y de forma subsidiaria, pide que se revoque la condena a devolver las comisiones y gastos de administración. Afirma que se demostró que el fondo privado sí brindó información verbal, completa, veraz y comprensible a la demandante, antes de que ella decidiera suscribir el formulario de afiliación para trasladarse de régimen pensional, en atención a las exigencias establecidas en la normatividad vigente para la época del traslado, y advirtió que no existían razones para que la AFP negara dicha vinculación, pues la actora aún no tenía consolidado su derecho pensional en el RPM. Además, advirtió que el fondo privado no atentó contra la libertad de escogencia del régimen pensional de la demandante, y que la actora se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales. Finalmente, manifiesta que solo procede la devolución de los aportes y rendimientos pero no la devolución de comisiones y gastos de administración, emolumentos que además de que no hacen parte de la

mesada pensional, se descontaron para garantizar la debida gestión o administración de la cuenta de ahorro individual de la demandante y fueron pagados en favor de terceros de buena para garantizar la cobertura de la afiliada, y advirtió que dichas sumas se encuentran afectadas por el fenómeno de prescripción (CD 2, audiencia virtual, minuto 27:55).

en el recurso de COLPENSIONES, su apoderado también solicita que se revoque la totalidad de la decisión dictada en primera instancia. Afirma que según la normatividad aplicable para la época, la aceptación del traslado de régimen pensional se manifestaba con la suscripción del formulario de afiliación, y advirtió que es imposible imponer a las administradoras de fondos de pensiones cargas que las normas en su momento no exigían, pues para el momento en el que operó el traslado (año 1999) las normas aún no exigían el cumplimiento del deber de doble asesoría o de documentación diferente al formulario de afiliación. Además, considera contrario a los principios de equidad, eficacia pensional y sostenibilidad financiera del Sistema, que una persona que ya tiene la edad para acceder a la pensión de vejez y que tuvo una permanencia superior a 20 años en el RAIS, resulte beneficiada por los aportes que hacen demás afiliados al fondo común (CD 2, audiencia virtual, minuto 35:23).

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 la demandante tenía 37

años de edad y había cotizado 959 semanas¹, 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 13 años, 2 meses y 12 día)², y para la fecha de presentación de la demanda tenía cumplida la edad mínima de pensión en el RPM (tenía 57 años de edad – ver folios 1 y 24 del expediente).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, 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).

¹ Ver cédula de ciudadanía en folio 24 del expediente y la historia laboral de COLPENSIONES a folios 46, 144 y 125 del expediente.

² *Ibidem*.

³ 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”.

⁴ 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, riegos y consecuencias».* Además –dice la Corte- (ii) *"Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo";* (iii) ello aplica para todos los afiliados al Sistema de Pensiones sin que importe que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbraran consecuencias negativas por no tener el afiliado, en ese momento, una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, 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 ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PORVENIR S.A. no probó haber brindado la información pertinente a la demandante en el momento del traslado.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues, en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confesó que se hubiera recibido la información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello indicó que los asesores comerciales del fondo privado le indicaron que COLPENSIONES estaba en quiebra, por lo que no se podría pensionar con ellos y perdería las semanas que tenía cotizadas, mientras que en el fondo privado iba a obtener una mejor mesada pensional y se iba a pensionar antes (CD 1, audiencia virtual, minuto 20:14).

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 como un “*saneamiento*” la permanencia de la actora en el RAIS o posteriores traslados entre fondos pensionales: la afiliación inicial operó el 27 de septiembre de 1999 a PORVENIR S.A., y después se trasladó a la AFP HORIZONTE S.A., hoy

PORVENIR S.A., el 7 de octubre del año 2008, fondo en el cual actualmente se encuentra afiliada (ver folios 41, 168 y 173 del expediente).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de todos los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, para lo cual se sigue 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). Tampoco se declarará la prescripción alguna pues, en palabras de la Sala Laboral de la Corte, la acción 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). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Conociendo en consulta y respondiendo a la apelación de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión 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 de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos privados de pensiones.

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

EXP. 19 2017 00588 01

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 19 2017 00588 01

Amparo Hernández Gómez Vs la Administradora Colombiana de Pensiones -
COLPENSIONES y otra

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Mo-10-11' with a period at the end.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MANUEL GUILLERMO REY RIVEROS
CONTRA BLANCA INÉS MIRANDA GONZÁLEZ**

Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por el demandante contra la sentencia dictada por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá el 18 de febrero de 2021. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre las partes y se CONDENÓ a la demandada al pago de indemnización por despido sin justa causa y las costas procesales, y se la ABSOLVIÓ de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MANUEL GUILLERMO REY RIVEROS presentó demanda contra la BLANCA INÉS MIRANDA GONZÁLEZ para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de contrato verbal de trabajo a término indefinido y se ordene el pago de los *salarios* por trabajo nocturno y suplementario, la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, la sanción por no pago de intereses sobre las cesantías, las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y por no pago de salarios y prestaciones

al finalizar el vínculo, los aportes a seguridad social en pensiones, y la indexación de las condenas hasta la fecha de pago.

Como fundamento de lo pedido, afirma que celebró contrato de trabajo a término indefinido de manera verbal con la demandada el 2 de mayo de 2013, para trabajar como *mayordomo* con oficios de ganadería y cuidado de la finca Mana Colorada en el municipio de Madrid – Cundinamarca. Desempeñó sus labores en horario de 4 a.m. a 6 p.m. de *domingo a domingo*, con una contraprestación de un (1) SMLMV. El 27 de enero de 2018 la demandada dio por terminado el vínculo laboral de manera unilateral y sin justa causa, fecha en que el actor entregó su puesto y funciones al día. Durante el vínculo no se le reconoció el pago de trabajo suplementario (horas extras diurnas y nocturnas, ni recargos dominicales y festivos) ni su valor se tuvo en cuenta para el pago de prestaciones sociales, las vacaciones ni los aportes a seguridad social (archivo único folios 5 a 11).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la BLANCA INÉS MIRANDA GONZÁLEZ, mediante apoderado. Se opuso a todas las pretensiones, afirmando que entre las partes existió un contrato para la administración de la finca Mana Colorada, en el que el actor contó con plena autonomía en su administración lo que excluye el elemento de subordinación laboral, máxime dado que la demandada no residía allí, sino en Bogotá. En cuanto a la culminación del vínculo, refiere que el demandante renunció voluntariamente el 15 de octubre de 2016 y, se acreditó un grave actuar por parte de éste que dio lugar a dar noticia criminal por maltrato animal el 27 de enero de 2018, así como maltrato contra la demandada y su familia e ineptitud para realizar las labores. Afirmó que en vigencia de la relación, así como a su culminación, canceló todos los montos que consideró adeudar según la Ley y, resaltó, al actor no le era aplicable la jornada máxima legal, pues residía en el lugar de prestación del servicio, según el artículo 162 literales *b)* y *c)* del CST. Propuso como excepciones de fondo: *pago; buena fe; terminación del contrato por justa causa (sin que implique reconocimiento de derecho alguno); improcedencia de reliquidación de pagos por prestaciones*

sociales y aportes a seguridad social, y sanción por no consignación de cesantías – inexistencia de la obligación pretendida; abuso del derecho y mala fe del trabajador demandante – enriquecimiento sin justa causa, prescripción extintiva de derechos e innominada o genérica (archivo único folios 34 a 49).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de febrero de 2021, en la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre las partes, y CONDENÓ a la demandada a pagar indemnización por despido sin justa causa y de las costas procesales. La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor MANUEL GUILLERMO REY RIVERA, demandante, y la señora BLANCA INÉS MIRANDA GONZÁLEZ, existió un contrato de trabajo verbal a término indefinido, por el periodo comprendido entre el 2 de mayo del 2013 al 27 de enero del 2018, con una asignación del SMLMV, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada, BLANCA INÉS MIRANDA GONZÁLEZ, a pagar a favor del demandante la suma de \$2.728.560, por concepto de indemnización por despido sin justa causa imputable al empleador, dispuesta en el art. 64 del CST, conforme lo anteriormente expuesto. TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. CUARTO: CONDENAR en costas a la demandada. Inclúyase en la liquidación una suma equivalente a medio (1/2) SMLMV, valor en que se estiman las agencias en derecho”* (Audiencia virtual del 18 de febrero de 2021 – archivo “11001310502020190071200(PTE4).mp4” Min. 45:38).

Para tomar su decisión, el Juez encontró demostrado que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido con salario mínimo en el cargo de administrador de la finca Mana Colorada, según fue confesado en la contestación y en el interrogatorio a la demandada, sumado a los pagos efectuados, incluso a seguridad social. Así mismo, encontró probado el pago de los salarios, las prestaciones sociales y los aportes a seguridad social,

conforme a lo confesado en interrogatorio que rindió el demandado. Consideró que la renuncia presentada por el actor en 2016 no fue aceptada pues el vínculo continuó hasta el 27 de enero de 2018, fecha en la que encontró probado el despido sin justa causa del demandante, pues evidenció documental adicional a la liquidación entregada al día siguiente, en la que se explicaran las razones de la terminación del vínculo. Finalmente, dado que no se acreditó de manera certera la prestación del servicio en tiempo suplementario (horas extras y con recargo) al punto que no se individualizaron las horas adicionales laboradas por parte del accionante, absolvió de dicho rubro y de la consecuente reliquidación de prestaciones y demás acreencias laborales.

RECURSOS DE APELACIÓN

Contra la decisión de primera instancia presentaron recurso de apelación ambas partes.

En el recurso del demandante afirma su apoderado que se debió ordenar la indexación de las condenas, pues al menos la indemnización por despido sin justa causa se debe llevar a *valor presente*. Agregó que el trabajo suplementario se encontró probado con el testimonio de quien fuera el jefe inmediato del demandante quien reconoció que las labores iniciaban a las 5 a.m. y terminaban a las 10 p.m., lo que daría al menos 10 horas trabajadas al día. Sumado a ello -dice- la testigo *Mayerly* indicó que su labor iniciaba a las 4 a.m. y terminaba a las 7 p.m., por lo que es claro que la jornada superaba las 8 horas diarias de domingo a domingo, salvo los eventuales casos *en que Wenceslao lo reemplazaba* (Audiencia virtual del 18 de febrero de 2021 – archivo “11001310502020190071200(PTE4).mp4” Min. 47:24)¹.

¹ “Su señoría, muy amable gracias. Contra la presente decisión interpongo recurso de apelación contemplado en los artículo sesenta y cinco (65) del código procesal laboral. Ese recurso de apelación es parcialmente a su decisión y referente a la decisión sobre el tiempo suplementario y a la representación de indexar la sus que salga a pagar la demandada, toda vez que por lo menos la condena en... en... en... que, en salarios que por despido indemnización sin justa causa debe llevarse a valor presente eh... dicho valor eh... En cuanto a la trabajo suplementario horas extras y dominicales su señoría me aparto de su decisión porque

En el recurso de la demandada su apoderado se opuso a la condena al pago de la indemnización por despido sin justa causa, pues considera que no se tuvo en cuenta tener el escrito mediante el cual las partes terminan el vínculo por mutuo acuerdo con el pago de \$450.000 al demandante para que se reubicara con su familia, pues habitaba en la finca y llevaba más de 1 año amenazando con irse (desde 2016), documento que no fue desconocido ni desvirtuado por la parte actora. El referido acuerdo sólo se pudo alcanzar luego de múltiples desavenencias entre las partes, como se probó en el trámite y fue confesado por el actor en interrogatorio. De otro lado, solicitó se la absuelva de la condena en costas, pues su actuar en el trámite fue diligente y de buena fe, sin presentar tácticas dilatorias (Audiencia virtual del 18 de febrero de 2021 – archivo “11001310502020190071200(PTE4).mp4” Min. 50:41)².

claramente dentro del proceso el mismo eh... jefe inmediato manifestó y se puede inferir claramente que eh... iniciaba a las cinco (5) de la mañana y que la primera jornada terminaba más o menos a las diez (10) situación que nos hace ver que ahí no más hay cinco (5) horas de una jornada que hacía dos (2) veces al día, jornada que de ordeño y que hacía dos (2) veces al día y que el mismo testigo Juan Felipe Castro Miranda manifestó es su testimonio que terminaba más o menos a las diez (10) de la mañana. Por ende si lo hacía dos (2) veces al día estamos hablando de diez (10) horas de trabajo más las otras a más las otras actividades que claramente se pudo demostrar dentro del proceso a la cuales tenía el derecho, igualmente los testimonios de cada uno de los testigos que difieren de que en caso de Mayerly, que iniciaba a las cuatro (4) de la mañana y terminaba a las siete (7), claramente se puede evidenciar que eh... el trabajador Manuel Rey desempeñaba sus labores no como se eh... se dice en su decisión de que no hay de... como no se pudo demostrar esa tiempo suplementario fácilmente se puede establecer que fueron más de las ocho (8) horas laboradas y diarias de domingo a domingo salvo casos eh... que Wenceslao lo remplazo un domingo, por ende me aparto de su decisión y por lo tanto eh... interpongo recurso de reposición ante superior jerárquico al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral. Muy amable su señoría”.

² “Muchas gracias señor juez. eh... De igual manera interpongo recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia entorno a la segundo punto de la parte resolutive donde ordena condenar a mi representada por valor de dos millones setecientos veintiocho mil quinientos sesenta (2.728.560) por concepto de indemnización sin justa causa, básicamente eh... los argumentos que... que se ampliarán en el plazo establecido en la ley para ello en el recurso de apelación eh... consiste en la eh... indebida valoración de un soporte documental existente en el proceso que obra como con pruebas de la parte demandada en la que se acredito en la terminación del contrato se dio por mutuo acuerdo al punto que se suscribió entre ellos un documento en el que se hacían concesiones como por ejemplo que la demandada tuviera que reconocerle cuatrocientos cincuenta mil pesos (\$450.000) para que el demandante pudiera reubicarse con su familia, dado que vivía dentro de la finca y llevaba más de un año eh... amenazando con irse y no pues finalmente no... no... no lo había hecho así que tal y como usted lo expuso a lo largo de esta audiencia existe suficiente material probatorio

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que entre las partes se ejecutó un contrato de trabajo de término indefinido entre el 2 de mayo de 2013 y el 27 de enero de 2018, y (ii) que al demandante le fueron cancelados todos los salarios, prestaciones, vacaciones y aportes a seguridad social, con base en un ingreso de un (1) SMLMV (archivo único folios 15 a 19, 58 a 71 y 74 a 191).

La discusión que puede estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir (i) si hay lugar al reconocimiento y pago de horas extras y/o recargos nocturnos y festivos al actor; (ii) si se acreditó la existencia de un despido sin justa causa que dé lugar al pago de la indemnización correspondiente; (iii) si en caso de condena hay lugar a su indexación; y (iv) si es dable revocar la condena en costas impuesta a la demandada.

que determina que desde eh... diciembre de dos mil dieciséis (2016) el trabajador eh... había manifestado su intención voluntaria de retirarse del trabajo de dejar de asistir y de dejar de vivir en la finca pero un año después se logra un acuerdo entre las partes que está plenamente probado eh... y que no fue desvirtuado por la parte demandante eh... en el que hubo acuerdo entre ellos para dar por terminado el contrato de trabajo, por lo tanto eh... no es procedente aplicar las normas que eh... involu que unen al empleador eh... la obligación de acreditar o demostrar o manifestar una causal determinación al momento de la finalización de la relación eh... laboral dado que en este caso como está plenamente probado con una documental eh... hubo acuerdo entre ellos para dar por terminado dadas las múltiples desaveniencias (sic) que se dieron a los largo del año que también están probadas y aceptadas inclusive por el demandante, entonces en ese orden de ideas rogamos que eh... se revoque el segundo punto de... de esta sentencia de primera instancia igualmente eh... presento eh... la apelación en torno a las costas eh... contempladas con el numeral cuatro (4) de la parte resolutive dado que eh... se ha obrado dentro del proceso con toda diligencia lealtad y buena fe eh... y pues eh... no se... hicieron ni se interpusieron ningún tipo de maniobras que dilataran el proceso por el contrario se ha acudido a cada uno de los llamados del despacho, se entregaron las pruebas con la contestación de la demanda y las excepciones y no se ha generado ninguna actividad que amerite o justifique eh... las imposición de costas en este caso. eh... en esos términos dejo establecidas como las causales de inconformidad de la parte demandada dentro del proceso y eh... las cuales serán ampliadas dentro del término previsto para ello ante para su revisión ante el Tribunal”.

i) TRABAJO SUPLEMENTARIO. Para resolver sobre esta materia, se debe recordar que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiteradamente, ha exigido en su jurisprudencia prueba clara y precisa del tiempo que efectivamente se ha laborado en jornada suplementaria como requisito ineludible para que un juez pueda dictar condenas en esta materia^{3 4}.

Dice la Corte: *“(...) para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”⁵.*

Con base en esta premisa jurisprudencial, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia pues no encuentra prueba clara y suficiente del trabajo que hubiera realizado el demandante por fuera de la jornada laboral ordinaria (artículos 159 y 161 del CST).

³ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia del 23 de mayo de 2000 Rad: 13678 M.P. JOSÉ ROBERTO HERRERA VERGARA: *“En lo atinente a la remuneración de los descansos y a los recargos por trabajo en día domingo en lo esencial estimó el tribunal que no se había acreditado por el demandante los dominicales o festivos específicamente laborados. Con relación a éste último beneficio, le asiste razón al sentenciador, pues no obstante que de vieja data la jurisprudencia ha insistido que incumbe al trabajador la carga de la prueba de la realización de ese trabajo en tales días, lo que no puede demostrarse de manera genérica, sino discriminada y concreta, es lo cierto que brilla por su ausencia la prueba con esas características, motivo por el cual no cometió desatino el fallador al asentarlos así...”*.

⁴ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia SL939-2018 del 14 de marzo de 2018 Rad: 46745 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: *“El material probatorio recaudado no permite establecer, como lo aspira la parte accionante, los días que efectiva y realmente trabajaron al servicio de la empresa demandada, , (sic) razón por la que no es posible acceder a la pretensión del pago de tiempo de trabajo suplementario, lo que se acompasa con la doctrina jurisprudencia (sic) de esta Corte, según la cual estos derechos deben aparecer acreditados,...”*.

⁵ Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral, Sentencia SL9318-2016 del 22 de junio de 2016 Rad: 45931 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

El testimonio rendido por MAYERLY YOHANA MANCILLA PORRAS⁶ afirma genéricamente que *su padrastro*, el aquí demandante, prestaba los servicios desde las 5 a.m. y hasta las 6 o 7 p.m. y algunas veces hasta las 8 o 9 p.m., sin indicar los días en que ello pudo ocurrir, y reconociendo que no se encontraba en el sitio de trabajo todos los días pues durante algún tiempo estuvo estudiando en el SENA en Bogotá y después empezó a trabajar en la misma ciudad y solo estaba en la finca los fines de semana. En todo caso, según su dicho sólo le constaban las horas de salida y de regreso del accionante a la vivienda, no así si desarrollaba las labores durante todo ese tiempo de manera continua.

Lo mismo ocurre con el testimonio de JAIRO AVENDAÑO HERRERA⁷, quien pese a manifestar que el actor iniciaba labores a las 5 a.m. y las retomaba a las 3 o 4 p.m., las cuales iban hasta las 7 p.m., basa sus dichos en lo que éste le contaba, pues no fue testigo presencial de los hechos sino en 2 ocasiones, que visitó la finca en fines de semana. Tampoco se puede establecer de sus dichos una fecha ni una cantidad de horas específica, al punto que no indicó cuánto tiempo transcurría entre el final de la jornada matutina del actor y la que se desarrollaba en horas de la tarde.

Por el contrario, el testigo WENCESLAO CABALLERO PORRAS⁸ refirió que reemplazó en varias ocasiones al demandante en sus labores, aproximadamente cada 15 días durante 1 o 2 días, y conforme a ello dio fe de que las tareas a su cargo no alcanzaban las 8 horas diarias, sino que se podían realizar en 6 horas, y que en modo alguno la demandada exigía el cumplimiento de un horario estricto o más allá de las horas de entrega de la leche, producto de su trabajo de ordeño, que debía hacerse a las 7 a.m. y a

⁶ Audiencia virtual de 8 de febrero de 2021 – archivo “11001310502020190071200 (PTE2).mp4” Min. 07:12.

⁷ Audiencia virtual de 8 de febrero de 2021 – archivo “11001310502020190071200 (PTE2).mp4” Min. 55:46.

⁸ Audiencia virtual de 8 de febrero de 2021 – archivo “11001310502020190071200 (PTE2).mp4” Min. 33:55.

las 4 p.m. pues la empleadora casi nunca se encontraba presente ni había nadie a cargo de verificar el cumplimiento de una eventual jornada.

Nótese que en la demanda que dio inicio al proceso ni siquiera se indicaron cuáles eran los días y la horas trabajados en jornadas suplementaria. En dicho escrito se indica de manera genérica que el horario era de 4 a.m. a 6 p.m. de domingo a domingo⁹, afirmación que resulta contradictoria con las pruebas recaudadas pues fue reemplazado en varias ocasiones por WENCESLAO CABALLERO PORRAS, como lo reconoció el propio apelante en su recurso.

Así las cosas, un eventual cálculo de tiempos suplementarios requeriría *suposiciones acomodaticias* que se encuentran proscritas al juzgador.

Se recuerda que para las dudas probatorias se deben zanjar, en materia laboral, acudiendo a las cargas del proceso que regula el artículo 167 del CGP norma que impone a quien alega un hecho del que se derivan consecuencias jurídicas, la carga de probar su existencia, lo cual no ocurrió en el presente asunto.

ii) INDEMNIZACIÓN DESPIDO SIN JUSTA CAUSA. El artículo 64 del CST dispone el pago de indemnización ante la *“terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador”*, y el artículo 62 del Código Sustantivo define los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa y, por ello, sin el pago de indemnización.

Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, la causa o motivo concreto de su decisión y que no puede alegar con posterioridad causas distintas.

Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa del trabajador a quien se acusa de incumplir el

⁹ Ver hecho quinto – archivo único folio 6.

contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan expuesto en la carta de despido podrá ejercer tales derechos en el proceso judicial.

Revisado el expediente el Tribunal se confirmará la condena impuesta en primera instancia pues los hechos que aduce la demandada como causa de la terminación del contrato en enero de 2018, por malos tratos a su familia o por *ineptitud* del trabajador para la realización de sus labores no le fueron manifestadas en el momento de terminación como la causa o motivo concreto de su decisión y éstas no se pueden alegar con posterioridad¹⁰.

Frente a la renuncia al cargo que presentó el demandante el 15 de octubre de 2016 (folio 61), lo cierto es que no se hizo efectiva, como lo resaltó el juez de primera instancia, pues el vínculo continuó sin solución de continuidad hasta el 27 de enero de 2018 (archivo único folios 34 a 49).

Finalmente frente a la existencia de un *“Acuerdo entre trabajador y patrón”* sobre la terminación del contrato por mutuo acuerdo, según el documento suscrito el 10 de enero de 2018 (folio 51), no encuentra la Sala que allí se hubiera dispuesto una **resciliación** de dicho acto jurídico. En dicho documento se afirmó que *“El anterior acuerdo se hace según lo manifestado por el trabajador referente al deseo de no querer seguir laborando bajo las órdenes del patrón”*, de lo cual no se deduce una renuncia inmotivada, ni un acuerdo mutuo de ruptura del vínculo; menos aun cuando el documento no versa sobre esa materia sino sobre las condiciones en que el trabajador entregaría la finca y que el reconocimiento de *“\$450.000”* se hacía como una *ayuda* para el primer arriendo de la vivienda a la que se mude y no como contraprestación por la terminación que se estuviera acordando. Sumado a ello, se advierte que la demandada manifestó ante la Inspección III de Policía de Madrid – Cundinamarca, según Acta de Conminación Comparendo No. 015 de la (folios

¹⁰ Además, frente a eventuales malos tratos, el único testigo que declaró fue JUAN FELIPE CASTRO MIRANDA hijo de la demandada, quien además del claro interés en favorecer a su progenitora, dejó en evidencia la animadversión que tenía contra el actor.

72 y 72), que su sí había ocurrido un despido, al reconocer que debido a los malos tratos del aquí demandante hacia sus hijos le dijo “*que se fuera y el mismo fijo (sic) fecha para irse*”, de lo cual resulta claro que la decisión de terminación del vínculo fue de la convocada a juicio, y que el actor se limitó a señalar la fecha en la que abandonaría la finca.

iii) INDEXACIÓN. Dado que sobre la mora en el pago por la indemnización por despido injusto no tiene otra forma de resarcimiento para la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, se condenará a su indexación, para actualizar a la fecha de pago la suma adeudada desde el 27 de enero de 2018.

Para ese efecto se deberá utilizar la formula según la cual la formula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el valor de la indemnización al momento, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente a la fecha de ejecutoria de esta sentencia), por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago (a la terminación del contrato de trabajo).

iv) COSTAS. Se confirmará la condena en costas de primera instancia que ordenó la sentencia, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, como ocurrió en el presente caso con la parte demandada.

Sin costas en segunda instancia.

DECISION

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para ordenar la indexación de la suma reconocida como indemnización por despido sin justa causa, conforme a lo dicho en la parte motiva.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
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 MARGARITA MARIA QUINTERO SALAZAR
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 veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de esta última, la sentencia dictada el 21 de septiembre de 2021 por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARGARITA MARIA QUINTERO SALAZAR 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 *anulación por ineficacia* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido el 19 de junio de 1996, con fundamento en que el fondo privado no le suministró información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta sobre las ventajas y desventajas del traslado régimen, no le entregó proyección alguna de su mesada pensional y publicó información que faltaba a la verdad u ocultaba las desventajas del RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide que se valide la afiliación de la demandante en el RPM, sin solución de continuidad, y se ordene a PROTECCIÓN S.A. la devolución de todos los valores recibidos en virtud de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros y gastos de administración (ver demanda en el archivo No. 01, y subsanación en el archivo 04 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 no aportó prueba de que

el fondo privado la haya hecho incurrir en error o que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento, y advirtió que de los documentos aportados dan cuenta que su vinculación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos, presiones indebidas o la inconformidad de la demandante frente a dicho traslado. Además, señaló que la actora se encuentra inmersa en la prohibición para trasladarse entre regímenes pensionales establecida en la Ley 797 de 2003, ni cumple con los requisitos establecidos en la Sentencia SU-062 de 2010 para retornar al RPM en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica* (ver archivo 08 en el trámite primera instancia del expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. mediante apoderada. Se opuso a las pretensiones elevadas en su contra con fundamento en que el traslado de la demandante fue un acto jurídico plenamente válido, exento de vicios en el consentimiento, en virtud del formulario de vinculación que suscribió la afiliada de forma libre y espontánea,

en los términos establecidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en la Ley 797 de 2003, y que en el hipotético caso de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional que realizó la demandante, solo se deberían trasladar los dineros contenidos en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, pues estima que PROTECCION S.A. no debe responder por las pérdidas o deterioro de la cuenta de ahorro individual. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica* (ver archivo 09 en el trámite primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de septiembre de 2021, mediante la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARGARITA MARIA QUINTERO SALAZAR al régimen de ahorro individual el 19 de junio de 1996, con fecha de efectividad a partir del 01 de agosto de 1996 por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y, en consecuencia, declarar valida la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, bonos pensionales, cotizaciones-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARGARITA MARIA QUINTERO SALAZAR . Para ello se concede el término de un (1) mes. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado. QUINTO: COSTAS DE

ESTA INSTANCIA a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y a favor de la parte demandante, liquídense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES. SEXTO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES” (ver audiencia virtual – archivo No 16, hora 1 minuto 14:31).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PROTECCIÓN S.A. no demostró haber cumplido con el deber de información que tenía frente a la accionante, por lo que su traslado resulta ineficaz.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación las apoderadas de PROTECCIÓN S.A. y de COLPENSIONES.

La apoderada de la AFP PROTECCIÓN S.A. interpuso recurso de apelación parcial, para que se revoque la condena a trasladar las cuotas de administración y los valores del seguro previsional, con fundamento en que dichas sumas fueron debidamente invertidas para generar rendimientos sobre

los aportes de la demandante y cubrir los riesgos de la afiliada ante la eventualidad de la ocurrencia de un siniestro de invalidez o sobrevivencia. Considera que la devolución generaría un enriquecimiento sin causa en beneficio de COLPENSIONES, máxime si se tiene en cuenta que nunca administró los aportes de la demandante y que no se estaría respetado las restituciones mutuas que se generan al declararse una nulidad pues también se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, y advirtió que por tratarse de valores que no son de naturaleza pensional, son susceptibles de prescribir (ver audiencia virtual – archivo No 16, hora 1 minuto 16:10)¹.

¹ “Gracias señora juez, de manera muy respetuosa me permito interponer recurso parcial de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, esto es en lo relativo a que se le ordene a mi representada trasladar hacia COLPENSIONES los gastos de administración y comisiones pagadas al seguro previsional, no es procedente que se ordene la devolución de dichos concepto toda vez que se tratan de comisión ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la demandante, descuentos realizados conforme a la ley como contraprestación a una buena gestión de administración como lo es legalmente permitió frente a cualquier entidad financiera, con la ¿? en primera instancia que se ordena a mi presentada a devolver el capital que reposa en la cuenta de ahorro individual más los rendimientos financieros y adicionalmente a lo descontando por comisión de administración y seguro previsional se estaría sin duda constituyendo un enriqueciendo sin causa a favor de COLPENSIONES por recibir, digamos por recibir una comisión que ni siquiera está destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante, estaría recibiendo un capital con un dinero que nunca administró y adicionalmente ya se le estarían trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión de administración realizada en este caso por Protección, por lo que mi representada tiene derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor y no hay digamos razón para atenerse a la que devolver o trasladar hacia COLPENSIONES ademanes porque no existe norma que así lo regule, en este orden de ideas si la consecuencia de la ineficacia de la afiliación es que las cosas vuelvan al estado anterior en estricto sentido se producirían unas consecuencia, y eso es que el contrato de afiliación nunca existió, que PROTECCIÓN jamás debió administrar los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, que estos rendimientos que produjo dicha cuenta pues no se causaron y este orden pues no existió tampoco una un cobro por una comisión de administración por lo que se tienen entonces que se estaría desdibujando

Por su parte, la apoderada de COLPENSIONES solicita que se revoque en su totalidad la decisión dictada en primera instancia. Afirma que no es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, pues considera desproporcionada la carga que se exige a las AFP's en relación con el deber de información para el momento en el que operó el traslado de régimen

sin duda la consecuencia misma de la declaratoria de la ineficacia pues de manera contradictoria supone negar el efecto del traslado, si, y que no tuvo efectos jurídicos pero si está reconociendo y se está ordenando el traslado de unos rendimientos que se causaron precisamente por esa afiliación que realizó la demandante en el año 1996 y los aportes que realizó, además porque no se puede dejar de lado que si la demandante nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual pues esa deducción igualmente se hubiese realizado en el régimen de prima media y en la misma proporción, ha de tenerse que el artículo 1746 del código civil habla de restituciones mutuas, intereses fruto de una de mejoras, con base en esto debe entenderse que aunque se declare la ineficacia y se haga la ficción de que nunca existió contrato no se puede desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, así las cosas producto de la buena gestión de la AFP la cuanta de ahorro individual de la demandante obtuvo unos rendimientos, rendimientos que se ven claramente reflejados y probados en el certificado de cuentas que se allego con la contestación de la demandante donde se deja claramente especificar cuál es el capital que reposa en la cuenta de ahorro individual, cuanto corresponde al aporte obligatorio y así mismo cuanto corresponde solamente al producto o al ob, o a los rendimientos que están, que ese capital obtuvo, sí; por eso mi representada tiene derecho a conservar esa comisión si efectivamente se rotara el patrimonio de la demandante. Frente al seguro previsional se debe manifestar que este ya fue girado a una aseguradora para que en caso de que existiese un siniestro de sobrevivencia, invalidez dicha compañía pagara una suma adicional con el fin de financiar las pensiones de dichos conceptos, inclusive la mencionada prima se reitera fue pagada mes a mes en la aseguradora durante todo ese tiempo que la demandante estaba afiliada con PROTECCIÓN por lo que mi representada se encuentra imposibilitada para recobrárselo y trasladársele a COLPENSIONES además porque la aseguradora termina siendo un tercero de buena fe que nada tuvo que ver en el acto que suscribió la parte demandante con mi representada, también es de resaltar que frente al cobro del 3 por ciento destinado para comisión de administración y para financiar las primas de seguro previsional, opera la prescripción, toda vez que son conceptos que se van descontando en la periodicidad que impone la ley y que además no financian directamente la prestación económica de la parte demandante, de esta manera entonces dejo expuesto el recurso de apelación, muchas gracias".

pensional, pues aún no existía la Ley 1748 del 2014 ni el Decreto 2071 del 2015, normas que materializaron dicho deber de información, y han transcurrido más de 20 años desde que operó dicho traslado, por lo que se encuentran por ello ante la imposibilidad de probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado de régimen. En la misma línea, manifiesta que las normas en la época solo exigían la suscripción del formulario de afiliación para probar el consentimiento, libre, voluntario e informado, y considera desproporcionado el beneficio se le otorga a la demandante con la aplicación errónea de la jurisprudencia trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En caso de confirmar la decisión, pide que se condicione el cumplimiento del fallo por parte de COLPENSIONES a la devolución por parte de la AFP de todos los aportes, rendimientos y gastos de administración, debidamente indexados, y no se le condene al pago de costas (ver audiencia virtual – archivo No 16, hora 1 minuto 20:25)².

² “Gracias su señoría, de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación ante el Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá y esto en atención al fallo proferido por la juez de primera instancia en lo que tiene que ver con lo que declara la ineficacia del traslado que surtió la parte demandante con la AFP PROTECCIÓN para el año de 1996, y en el que ordena a COLPENSIONES activar la afiliación y la historia laboral de la demandante, pues lo que se evidencia es que pues la señora demandante realizó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones indebidas y de confirmada pues con lo que establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b. Respecto de la carga de la prueba pues resulta desproporcional colocar la carga de la prueba en la AFP, y el caso particular en COLPENSIONES teniendo en cuenta que es la más afectada en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional máxima cuando la afiliación se dio para el año de 1996, queriendo decir esto que han transcurrido aproximadamente más de dos décadas a la fecha, configurándose un imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo, respecto del deber de información pues la Corte Suprema utiliza como norma la aplicación del deber de

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

información el Decreto 663 de 1993, sin embargo pues este deber solo se materializo a través de la Ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 del 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para poder probar el consentimiento libre, voluntario y sin presiones e informado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año de 1993 y 2014 no exigían nada diferente al momento de afiliación donde constaba la plena intención de querer pertenecer al régimen de ahorro individual con solidar, solidaridad, siendo pues este caso de la señora demandante la cual suscribió el formulario con la AFP Protección y realizo el respectivo traslado para el año de 1996, por otra parte pues debe analizarse si en la presunta falta de información se produce un efecto cierto y adverso como lo es perder el régimen de transición pensional o bien se trata de una situación donde la afiliado una vez no puede trasladarse de régimen y por no hallarse desacuerdo con la mesada pensional, lo que es aquí el caso de la señora demandante, encuentran esta clase de acciones la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido al buscar ignorar las normas que regulan de forma clara los términos de oportunidad en que deben surtirse la movilidad entre regímenes, siendo claro pues que este último escenario no es el objeto de protección ni de alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia toda vez que tal preceder terminó por socavar los principios fundamentales sobre los cual se rige todo el sistema general de la seguridad social como lo es la autonomía en la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen pensional. Además es de tener en cuenta que una persona que no ha estado afiliado por más de 20 años al régimen de prima media pretenda ahora que el sistema sea solidario y requiera beneficiarse de aportes que no ha realizado jamás a hoy pensiones, pues ----- el futuro pago de las personas que por el contrario siempre han cotizado al mismo, por último y de manera subsidiaria y en caso de que los honorables magistrados no se acojan a los argumentos anteriormente expuestos por mi representada y confirmen la providencia objeto de alzada, solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas ahorrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante como los son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos pensionales y gastos de administración y los demás a los que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo en que la señora demandante permaneció afiliada al fondo privado como quiera pues que mi representada no podría dar cumplimiento al fallo hasta tanto pues la AFP no entregue los recursos, en igual sentido solicito no se condene en costas a mi representada toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz on, ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño injustificado por un contrato entre dos parte ajenas a COLPENSIONES, entonces en este sentido dejó sustentado mi recurso de alzada, y muy respetuosamente solicito se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas interpuestas en su contra, gracias”.

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003–, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en 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 privado de pensiones la demandante tenía 29 años de edad y había cotizado 365,86 semanas³; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos

³ Ver historia laboral aportada por COLPENSIONES con su contestación, archivo No 8 del expediente digital.

de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 5 años, 7 meses y 25 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 53 años – ver archivo 01, página 62 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según

⁴ *Ibídem*.

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

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es

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 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*

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”.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de

régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A. no probó haberle brindado toda la información pertinente en el momento del traslado. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado pues, en palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”.

Esta Sala estima que en el interrogatorio de parte que rindió la demandante no confesó que hubiera recibido la información en los términos establecidos por la Corte, pues contrario a ello, indicó que para la época del traslado un asesor comercial del fondo privado fue a su lugar de trabajo y les advirtió que el ISS iba a desaparecer y su mejor alternativa era trasladarse a un fondo privado, dijo que nunca recibió el correo electrónico que el fondo privado adujo haberle enviado en el año 2013 (ver audiencia virtual minuto 13:50, archivo 16 del expediente digital).

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 de la actora en el RAIS o la información que le

pudo haber suministrado PROTECCIÓN S.A. mediante correo electrónico en el año 2013.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de todos los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, para lo cual se sigue 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), y por ello no opera el fenómeno prescriptivo sobre dichos valores.

Tampoco se declarará prescripción alguna pues, en palabras de la Sala Laboral de la Corte, la acción 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). Lo anterior también implica la devolución de

las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Cabe advertir, para responder a la apelación propuesta por la apoderada de COLPENSIONES, que una cosa es la afiliación de la demandante al Sistema General de Pensiones y otra el momento a partir del cual dicha entidad tendrá a cargo la pensión. (i) Como consecuencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional se debe activar la afiliación de la actora en el RPM sin solución de continuidad⁷; pero (ii) COLPENSIONES solo podrá definir el derecho que a ella le corresponde cuando se haga efectiva la ineficacia y reciba los aportes que financiarán la prestación, solo desde ese momento tendrá a su cargo la obligación que pueda surgir en favor de la demandante por la consolidación de su historia laboral. No sobra advertir que ninguna responsabilidad se puede endilgar a COLPENSIONES por las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encontró cometidas por el fondo privado de Pensiones.

Por ello y conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios

⁷ Así los ha entendido la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia S 4174 de 2021.

que se le causan por tener que asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron -a juicio de la Corte- los fondos privados de pensiones.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado
MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de SEISCIENTOS MIL PESOS (\$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 EDUARDO AMAYA SALCEDO 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 veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 15 de septiembre de 2021 por la Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase a la doctora Brigitte Natalia Carrasco Boshell, con T.P. 288.455 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme el poder que le fue conferido a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A. mediante Escritura Pública No. 2232 de 17 de agosto de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, EDUARDO AMAYA SALCEDO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia o nulidad de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido en febrero de 1999, con fundamento en que PORVENIR S.A. incurrió en engaños para conseguir su traslado de régimen pensional, pues no le brindó información clara, veraz, oportuna, suficiente y cierta respecto las diferencias, características y el alcance que tendría para él ese cambio de régimen pensional. Como consecuencia de lo anterior pide se declare que el demandante siempre ha estado afiliado en el ISS, hoy COLPENSIONES, y se condene a PORVENIR S.A. a trasladar los aportes en pensiones, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, junto con los frutos e intereses de conformidad con lo establecido en el artículo 1746 del Código Civil (ver demanda en las páginas 2 a 16, y subsanación en folios 83 a 100, archivo No 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas con fundamento en que en el expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), y por el contrario, la vinculación cumple con todos los presupuestos legales para su existencia y se hizo de manera libre y voluntaria. Advirtió que en el caso bajo estudio no se cumplen los presupuestos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010 para retornar al RPM en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito las siguientes: *erronea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o generica* (ver contestación en la carpeta de COLPENSIONES, expediente digital).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se aportaron pruebas sumarias de las razones que sustentan la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, pero de todas formas, advirtió que el fondo privado cumplió con el deber de información que le era exigible cuando se materializó el traslado de régimen, de conformidad con lo establecido en el Decreto 663 de 1993. Además, considera que tampoco se probó que la AFP haya atentado en contra de la voluntad de elección de régimen pensional del afiliado, que es la consecuencia de ineficacia que prevee el artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 3 folios 1 a 21 digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 15 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juez Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por EDUARDO AMAYA SALCEDO identificado con C.C. 7.215.171 al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 3 de diciembre de 1998, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A, fondo al que se encuentra afiliado el demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, debidamente indexado conforme quedó explicado en esta providencia*

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. CUARTO: CONDENAR en costas a PORVENIR S.A a la suma de 1 SMLMV. QUINTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de COLPENSIONES CONSÚLTESE, a su favor ante el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogota” (audiencia virtual, minuto 47:42).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR S.A. no aportó prueba alguna de haber brindado información suficiente sobre las particularidades de cada régimen para entender que el traslado fue libre, consciente y voluntario, pues para el efecto resulta insuficiente la suscripción del formulario de afiliación. Además, advirtió que no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por el demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia. Afirma que el demandante se encontraba en toda la capacidad de celebrar actos y contratos, como lo es el de cambio de régimen pensional, y podía utilizar los mecanismos legales para volver a RPM, como el retracto o la decisión de traslado, y considera que se debe dar prevalencia al interés general sobre el interés particular, pues la declaración de ineficacia del traslado tiene consecuencias sobre el patrimonio de la entidad que tendrá que pagar una pensión de vejez que no lograba ser financiada con los valores de la cuenta de ahorro individual (audiencia virtual, minuto 59:35)¹.

¹ “gracias su señoría me permito expresamente interponer el recurso de apelación contra el fallo que acaba de proferirse toda vez que no se comparte el criterio expuesto por el despacho por cuanto la declaración de ineficacia del traslado conlleva a consecuencias eh... que afectan el patrimonio de la entidad que represento COLPENSIONES porque si bien es cierto existe un criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso en particular. El hoy demandante no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio del régimen pensional toda vez que no se encuentra disminuida su capacidad para celebrar actos y contratos y teniendo en cuenta que su elección de su elección dependería su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto,

El apoderado de PORVENIR S.A. también pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia y, de manera subsidiaria, que se revoque la devolución de los gastos de administración y la condena en costas. Afirma que el traslado de la parte actora se hizo de manera libre, espontánea y sin presiones o apremios de ninguna naturaleza, cumpliendo con los requisitos exigidos en la ley para el momento en el cual se realizó el traslado, tal y como lo reconoció el demandante en el interrogatorio de parte que rindió en el proceso, pero de todas formas, las características y condiciones del RAIS se encuentran advirtió que la obligación de brindar buen consejo y realizar doble asesoría surgieron en los años 2010 y 2014, y la obligación de dejar constancia documental de la asesoría brindada para el momento del traslado de régimen solo surgió con la Circular 016 de 2016. Además, manifiesta que los descuentos por concepto de gastos de administración son debidamente autorizados por la ley, y fueron gastados para desplegar esa actividad de tipo profesional encaminada a generar esos rendimientos financieros y para cubrir los riesgos de invalidez y muerte durante la afiliación del demandante, por lo que de confirmar la condena se estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa (audiencia virtual, minuto 48:52)².

ahora bien el hoy demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales tales como el retracto y la decisión de su de su traslado de su afiliación de su afiliación al RAIS, así mismo es menester tener en cuenta el pronunciamiento de la corte constitucional en la sentencia C - 242 de 2009, magistrado ponente el doctor Mauricio González Cuervo, respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el principio constitucional contemplado en el artículo cuarenta y ocho (48) de la Constitución Nacional adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo No. 1 de 2005 en el sentido que debo reiterar el que el que debe primar el principio del interés general sobre el interés particular por cuanto dicha declaración de ineficacia afecta el patrimonio público por cuanto tendría que pagar una pensión que llegare a percibir la parte demandante y ya que su ahorro fue de manera individual no financió las pensiones del régimen de prima media y su propio ahorro no será suficiente para financiar su propia pensión, por lo tanto debo solicitar a los señores magistrados del tribunal superior de Bogotá se revoque el fallo de primera instancia y toda vez que no es procedente por los principios constitucionales referenciados, en estos términos dejo presentado mi recurso con el único fin de que sea absuelta la entidad que represento. Muchas gracias”.

² *“Muchas gracias su señoría. Estando dentro del término legal oportuno me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de ser proferida por su despacho ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá con el presente recurso persigo que se revoquen las condenas impuestas en contra de mi representada, en lo que tiene que ver con el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia donde se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional del demandante, el numeral segundo de la parte resolutive donde se condena a PORVENIR S.A trasladar las cotizaciones, los rendimientos y los gastos de administración debidamente indexados, el numeral tercero que declaran no probadas las excepciones de mérito propuestas por mi representadas con la*

contestación de la demanda y el numeral cuarto que condena en costas a porvenir SA. Este recurso lo sustento de la siguiente manera y es manifestándole a la Honorable Sala Laboral del Tribunal de Bogotá que no estamos de acuerdo con o no compartimos la sentencia del despacho de manera muy respetuosa en el sentido que consideramos que no existían razones para que se declarara la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestaciones definida al de ahorro individual con solidaridad pues el traslado de la parte actora se hizo de manera libre y espontánea sin presiones o apremios de ninguna naturaleza y cumpliendo con los requisitos exigidos en la ley para el momento en el cual se realizó el traslado de la parte demandante que fue 3 de diciembre de 1998 como se puede observar en la solicitud que está en el formulario de afiliación que obra en el plenario. Así mismo, del interrogatorio de parte del demandante se evidencia que evidentemente se trasladó sin que nadie lo presionara puesto lo que corrobora o robustece lo que se encuentra plasmado en el formulario de afiliación, adicionalmente tenemos que mi representada al momento de realizar el traslado del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad cumplió con ese deber de información que estaba establecido para la época en el artículo 97 del Decreto 663 del año de 1993, pues le entregó a la parte demandante una información de manera verbal y posteriormente el demandante suscribió el formulario de afiliación el cual se recuerda que fue revisado por la entonces Superintendencia Bancaria hoy la Financiera que fue aprobado por esta entidad y sus requisitos están en el artículo 11 del decreto 692 del año 1994, además pues que si lo anterior no es suficiente también vale la pena manifestar recordar que mi representada ha hecho campañas masivas de información con la intención de educar a los consumidores financieros y ha realizado diferentes comunicados de prensa donde se han informado los cambios normativos en referencia a los regímenes de pensión a los regímenes pensionales, en relación con las pruebas documentales que tal vez que la señora juez de primera instancia extraña en su fallo frente aquellos documentos acrediten la entrega de información o de la información que se dió en el momento del traslado de régimen pensional, consideramos que esta no era una obligación vigente para el momento del traslado conformidad con las normas vigentes para ese momento pues esta obligación surge a partir de la circular 016 del año 2016 que expidió la Superintendencia Financiera por lo que mi representada no es que se encuentre en una mejor posición probatoria para acreditar de manera documental lo solicitado con la demanda, ahora bien hay que tener en cuenta que la obligación del buen consejo, la doble asesoría, incluso la de desinsentivar la afiliación de los potenciales afiliados al régimen de orden individual con solidaridad son posteriores son unas obligaciones que surgen a partir del año 2010 y del año dos mil catorce 2014, y esto ha sido incluso objeto de diferente pronunciamiento por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dentro de los cuales pues se citar por ejemplo la SL SL1688 de 2019, en consecuencia tales obligaciones no existían para la época en la cual se realizó el traslado de la parte demandante de régimen pensional por lo que a las mismas no puede dársele una aplicación de manera retroactiva teniendo en cuenta los principios que regulan el derecho laboral y de la seguridad social también hay que tener en cuenta que la totalidad de las condiciones del RAIS no son impuestas por las administradoras de fondo pensionales por el contrario dichas condiciones para adquirir las diferentes prestaciones dentro del régimen se encuentran reguladas en la Ley 100 de 1993 por lo que la ignorancia de la ley o el desconocimiento de estas no sirven de excusa tal y como lo establece el artículo 9 del Código Civil Colombiano, ahora bien en lo que tiene que ver con la condena consistente en la devolución de los gastos de administración debidamente indexados y con cargo a los recursos propios de mi representada consideramos que esta condena no es procedente por lo cual no compartimos en ese sentido las consideraciones de la señora juez en el fallo de primera instancia teniendo en cuenta que los gastos de administración que descontó mi representada son unos descuentos debidamente autorizados por la ley, estos descuentos se encuentran señalados o establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 el cual establece que en el régimen de ahorro individual con solidaridad el diez (10%) por ciento del ingreso base de cotización se destina a las cuentas de ahorro individual, el cero punto cinco (0.5%) por ciento se destina al fondo de garantía de pensión mínima y el tres (3%) por ciento restante se destina para la financiación de los gastos de administración la prima de seguro de fogafin y las primas de los seguros de invalidez y muerte, en ese sentido, señores magistrados tenemos que en el presente caso es claro que los descuentos efectuados por mi representada en su momento cumplieron a cabalidad con el objetivo y la destinación legal por lo que los mismos no se encuentran en el patrimonio de

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 a la afiliada 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

mi representada teniendo en cuenta que fueron gastados para desplegar esa actividad de tipo profesional encaminada a generar esos rendimientos financieros en pro de la cuenta de ahorro individual porque primero, uno como lo dije se utilizaron para generar los frutos o los rendimientos financieros y segundo porque también se utilizan para cubrir los riesgos de invalidez y muerte a los que estuvo expuesta el demandante durante todo el tiempo que estuvo afiliado mi representada por lo que no es viable tener que retrotraerlos en atención a que la cobertura y el servicio efectivamente fueron prestados tan es así que si el demandante en estos momentos hasta que esta sentencia no este ejecutoriada serian esos seguros contratados por mi representada quienes entrarían a suplir o a o a responder por las contingencias de invalidez o de una posible pensión de sobrevivientes en caso de que el actor llegar a morir Dios no lo permita, en ese orden de ideas si la condena a devolver los gastos de administración fuese confirmada por el Tribunal estaríamos frente a un enriquecimiento sin causa de la parte demandante en la medida en que se estarían aplicando las normas que regulan las restituciones mutuas que se derivan de la declaratoria de la ineficacia de un acto jurídico en este caso como lo es la afiliación o el traslado de un régimen pensional siendo necesario reiterar nuevamente que esas sumas descontadas por mi representada no fueron más que invertidas para el mantenimiento de la cuenta de ahorro individual del demandante y poderse beneficiar de ellas con el incremento de los recursos allí contenidos, además que toda decisión judicial de traslado de régimen pensional debe tener como objetivo la sostenibilidad del sistema por lo que en la actualidad se hace necesario que se hagan unos estudios, unos análisis más exhaustivos de las consecuencias que se derivan de autorizar unas solicitudes de traslado que no cuenta con los requisitos para garantizar la sostenibilidad financiera del sistema, en este sentido señores magistrados ya para finalizar solicito se deben tener en cuenta que las anteriores conclusiones frente a la ineficacia de la afiliación y la manera como se deben como deben operar las restituciones mutuas para hacer compatibles el régimen y las Sostenibilidad del Sistema han sido recogidas en un concepto emitido por la Superintendencia Financiera de Colombia del 15 de enero de 2020 radicación dos mil 2019 152169003000 en el cual fue solicitado por asofondos y solicito al Honorable Tribunal pues tenerlo en cuenta a la hora de rendir la decisión que ponga fin a la segunda instancia. En igual sentido solicito que se revoque la condena en costas lo cual queda totalmente argumentado o sustentado este punto de apelación con la exposición de todo el recurso teniendo en cuenta que mi representada debe ser absuelta de las pretensiones principales como los son la declaratoria de la ineficacia y al devolución de aporte, rendimiento, gastos de administración por ende a al considerar que mi representada debe ser absuelta de todo no deber ser condenada en costas, en ese sentido, su señoría dejo sustentado el recurso de apelación le solicito concederlo. 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 privado de pensiones el demandante

tenía 39 años de edad y había cotizado 622 semanas³; 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, 3 mes y 20 días)⁴; y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad necesaria para acceder a la pensión (tenía 60 años de edad – ver cédula y constancia de presentación de la demanda, en las páginas 18 y 19 del expediente digitalizado).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5 6}, según

³Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 03 folios 1 a 9

⁴ *Ibidem*.

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

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

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

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 han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema a los afiliados, 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 para el efecto que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no se vislumbrasen consecuencias negativas por no tener el afiliado 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*

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

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 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”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado la decisión que tomó.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues únicamente indicó que el traslado obedeció a que el asesor comercial de la promotora de pensiones le prometió le hizo la promesa de que recibiría una pensión superior a la que ofrecía el ISS, hoy COLPENSIONES (audiencia virtual, minuto 11:01). En el traslado efectuado -dice- no recibió información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. 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.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de la totalidad de los aportes efectuados por la demandante durante su afiliación al RAIS, junto con sus rendimientos y lo descontado por concepto de 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), y por ello no opera el fenómeno prescriptivo sobre dichos valores. Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, los previsionales) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, pues este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó la juez de primera instancia.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión 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 la omisión en la que incurrió el fondo privado de pensiones.

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

Finamente se confirmará la condena en costas a cargo de PORVENIR S.A., pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda. Revisado el texto de las contestaciones a la demanda, se advierte que el fondo privado no solo se opuso a las pretensiones de EDUARDO AMAYA SALCEDO, sino que además planteó controversia frente a los argumentos que ésta expuso, controversia en la cual resultó vencida.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 22 2020 00040 01

Eduardo Amaya Salcedo Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras



LORENZO TORRES RUSSY
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 HERIBERTO ENRIQUE RODRÍGUEZ
MOLINARES CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES**

Bogotá D. C., treinta (30) días de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 4 de mayo de 2021 por el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar pensión especial de vejez por hijo discapacitado a favor del demandante, con fundamento en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, HERIBERTO RODRÍGUEZ MOLINARES presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca en su favor pensión especial de vejez por hijo discapacitado bajo los parámetros establecidos en el artículo 9 de Ley 797 de 2003. Pide que se ordene el pago de la prestación a partir del mes de junio de 2016, junto con los intereses moratorios que se generen y la indexación de las sumas adeudadas.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que tiene 1410 semanas de aportes en toda la vida laboral y completó las primeras 1300 en el mes de mayo de 2016, tiene 59 años de edad y vive con su esposa RUBY CECILIA ACUÑA LÓPEZ y con su hija LAURA STEFANY RODRÍGUEZ ACUÑA quien padece *Síndrome de Turner y escoliosis toracolumbar*, entre otras enfermedades, por las cuales fue calificada con una pérdida de capacidad laboral del 50.4% estructurada el 26 de diciembre de 1992. Presentó solicitud ante COLPENSIONES para el reconocimiento de la pensión y la entidad negó afirmando que no se acreditó la condición de padre cabeza de familia ni el cuidado exclusivo de la hija en condición de discapacidad, dada la existencia de la madre dentro del núcleo familiar (ver demanda en folios 1 a 29 del expediente).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que el demandante no cumple los requisitos establecidos en el parágrafo 4 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, para acceder a una pensión de vejez por hijo inválido. Sobre los hechos que fundamentan la acción explicó que, de conformidad con lo establecido en la Circular Interna 008 de 2014 expedida por el Vicepresidente Jurídico y Secretario General de COLPENSIONES, el afiliado debe acreditar la condición de *padre cabeza de familia* de la cual carece el demandante pues se encuentra casado y convive con su esposa. Propuso como excepciones de fondo las de *prescripción, inexistencia del derecho y la obligación a cargo de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, buena fe, falta de causa para pedir y la innominada o genérica* (ver contestación en el expediente digitalizado obrante en el CD 1).

Terminó la primera instancia con sentencia de 4 de mayo de 2021, a través de la cual el Juez Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar una pensión especial de vejez por hijo discapacitado a favor del demandante, con fundamento en el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer al señor HERIBERTO ENRIQUE RODRÍGUEZ MOLINARES, pensión especial por hijo discapacitado contemplado en el artículo 9 Ley 797 de 2003 a partir del 1° de agosto de 2018, trece mesadas pensionales, cuantía inicial ocho millones doscientos cuarenta y seis mil quinientos setenta pesos (8.246.570) al cual se le deberá aplicar reajustes anuales correspondientes y deberá concederse en trece mesadas pensionales al año, dinero que debe indexarse desde la fecha de su causación a la fecha de su pago. SEGUNDO: párrafo, como retroactivo pensional se genera hasta el treinta 30 de abril de 2021 la suma de trescientos diez millones ochocientos nueve mil doscientos quince pesos (310.809.215) a favor del señor demandante, se autoriza a la demandada a efectuar los correspondientes descuentos en salud. TERCERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: Se CONDENAR en costas a la demandada y se ordena surtir grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES*” (audiencia virtual, CD 2 del expediente digital, minuto 54:30).

Para tomar su decisión el Juez de primera instancia concluyó que se cumplieron los requisitos de acceso a la pensión especial de vejez por hijo inválido, pues el demandante acreditó una densidad de 1410 semanas cotizadas hasta el mes de julio de 2018, es padre de una hija en condición de invalidez, y ella depende económicamente de su progenitor. Advirtió que no es necesario que el padre tenga el cuidado exclusivo de su hija y que no es posible establecer exigencias que no dispone la ley. Reconoció el derecho pensional a partir del 1° de agosto de 2018 cuando dejó de trabajar y de cotizar al Sistema de Pensiones, en cuantía inicial de \$8.246.570, sobre 13 mesadas anuales, y estimó el retroactivo pensional causado a abril del año en curso en la suma de \$310.809.215 que se debe pagar con indexación.

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada del demandante pide que se ordene el pago de la prestación desde el mes de junio de 2016 y que se condene al pago de intereses moratorios sobre las mesadas adeudadas. Manifiesta que en atención a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL281 de 2018, prima el momento en el que se reunieron las semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez, y por ello no se deben tener en cuenta las semanas adicionales. Considera procedente el reconocimiento de intereses moratorios, pues la negativa de la entidad fue caprichosa y desconoció la jurisprudencia trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia (audiencia virtual, CD 2 minuto 55:43)¹.

¹ “Gracias su señoría en esta instancia de la diligencia y en mi condición de apoderada del accionante, estando dentro del término legal, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por este despacho el día de hoy 4 de mayo de 2021 para que el Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá modifique los siguientes aspectos que tendré en consideración los cuales sustento de esta manera. No hay reproche alguno respecto del detallado y juicioso pronunciamiento del señor juez y solamente me limito a dos inconformidades, básicamente una en lo que tiene que ver con el tema de la causación, como quiera que se tuvo en cuenta el momento en que la persona es desafiada al sistema de seguridad social, no obstante, como ya lo había dicho en los alegatos de conclusión, en sentencia SL 281 del 2018 radicado 57315 del 24 de enero de 2018 claramente se ha dicho que la importancia y el espíritu teleológico que tiene este tipo de prestación especial, y por lo tanto aquí lo que prima es la fecha de la causación que no es otra que cuando se reúne las semanas mínimas, por lo tanto, ese tipo de semanas adicionales que se hicieron hasta el diecinueve hasta el dos mil dieciocho 2018 no pueden tener validez y en ese sentido, solicito que se modifique la sentencia que acaba de proferir el fallador para efectos de condenar a la prestación especial de hijo invalido a partir del mes de junio del año 2016. El segundo punto objeto de reparo, es respecto a los intereses moratorios en la medida en que la que acabo de citar en precedencia también en ese punto eh, y respecto de la indexación y de los intereses moratorios, claramente lo indica que aquí lo que procede son los intereses (No se comprende lo que dice porque se entrecorta el audio, Min 58:18) solicito de manera respetuosa a los Honorables Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá que por favor analicemos la jurisprudencia para efectos de conceder los intereses moratorios, como quiera que pues, conforme a la normativa el artículo 141 de la ley 100 de 1993 no se exige mayor análisis más que la ausencia de la prestación económica que como muy bien lo di lo he dicho de manera caprichosa lo ha hecho la entidad, eh pues, si los seguimos escuchando en esta audiencia aún siguen sosteniendo aún siguen sosteniendo que el requisito es ser madre o padre cabeza de familia, dejando de lado la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, situaciones que ya hemos visto en otros en otros fallos donde algunas entidades, como el hoy COLPENSIONES, dejan de lado soslaya lo que la honorable corte suprema de justicia nos enseña, por tal motivo, de esta manera, ruego al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá distrito capital sala laboral, se modifique la sentencia respecto a los numerales de que tratan estos dos puntos para que en su lugar se condene eh, a la entidad llamada a juicio de las condenas solicitadas en el escrito genitor, no siendo más señor juez, le agradezco mucho”.

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque en su totalidad la sentencia dictada en primera instancia y se absuelva a la entidad de las pretensiones incoadas. Afirmar que la Circular 008 de 2014 expedida por COLPENSIONES establece como requisitos para el reconocimiento de la pensión especial de vejez por hijo inválido la condición de padre o madre cabeza de familia, que la persona tenga un trabajo que le impida atender a su hijo, y que de dichos ingresos depende el sustento familiar, requisitos que no se probaron en el proceso pues se demostró que el demandante está casado y convive con RUBY ACUÑA, quien no trabaja, y por ello se puede dedicar al cuidado de su hija en condición de discapacidad (audiencia virtual, CD 2, hora 1, minuto 00:03)².

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

² “Gracias su señoría siendo la oportunidad pertinente me permito interponer el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que tenga en cuenta los siguientes argumentos. Que si bien teniendo en cuenta al señor Heriberto con resolución del 30 de enero de 2020 se le negó el reconocimiento de pensión de vejez especial por hijo inválido, teniendo en cuenta que no alcanza a cumplir todos los requisitos establecidos en el parágrafo cuarto del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, también debe tenerse en cuenta de la Circular Número 008 de 2014 expedida por COLPENSIONES que a su vez indica que para el reconocimiento y pago de la pensión de vejez especial por hijo inválido se debe acreditar que la condición de padre o madre cabeza de familia así como también la acreditación de que tiene un trabajo que le impide atender a su hijo inválido y que de dicho ingreso depende el sustento familiar, conforme a ello y pues dentro anexos allegados junto con la demanda además frente a las testimoniales y al interrogatorio de parte aludido por el demandante se observa que el demandante señor Heriberto convive con la señora Ruby Acuña esposa del demandante quien afirma también depender del mismo, así como se llega el registro civil de matrimonio de la señora Rubí y el señor Heriberto, evidenciando que el demandante se encuentra casado y que convive con su esposa por lo que la pensión especial por hijo inválido se destina a quienes acreditan ser padres cabezas de hogar y que además deben atender el cuidado de su hijo incapacitado por lo que se vería imposibilitado de seguir trabajando. Sin embargo, en este caso se tiene que convive con su esposa y esta no trabaja por lo que es quien está a cargo del cuidado de su hija en condición de discapacidad y no al demandante. Eso también se ve corroborado de acuerdo a las testimoniales en el interrogatorio de parte, donde bien se anuncia que el señor Heriberto se encuentra casado y que el cuidado de su hija se encuentra a cargo de su madre cuando él se encontraba trabajando, por lo que no le imposibilitaba seguir trabajando al señor Heriberto por cuanto a su esposa se encontraba al cuidado de la joven. De acuerdo con ello solicito tener en cuenta que si bien se cumple con el resto de los requisitos como son la edad y el tiempo de cotización exigido por la norma no se cumple con este requisito especial de ser padre cabeza de hogar y que lo imposibilite el cuidado de su hija, de acuerdo a eso solicito a los Honorables Magistrados se revoque la sentencia emitida en primera instancia y se absuelva mi representada en todas y cada una de las pretensiones de la demanda. De esta manera dejo sustentada el recurso de apelación, gracias su señoría”.

No fue objeto de controversia que HERIBERTO ENRIQUE RODRÍGUEZ MOLINARES contrajo matrimonio con RUBY CECILIA ACUÑA LÓPEZ el 25 de mayo de 2011 (ver registro civil de matrimonio aportado en la demanda – expediente digital), y que procrearon a LAURA STEFANY RODRÍGUEZ ACUÑA (ver registro civil de nacimiento con indicativo serial No. 28668338, contenido en el expediente administrativo de la entidad) quien se encuentra en condición de invalidez desde su nacimiento (dictamen DML 3541404 realizado por COLPENSIONES el 13 de septiembre de 2019, en el cual se valoró una pérdida del 50.40% en su capacidad laboral, con fecha de estructuración de 26 de diciembre de 1992 -CD 2).

El Tribunal debe definir (i) si se cumplen los requisitos que darían acceso al demandante a la pensión especial de vejez por hijo inválido, y de ser así, (ii) los parámetros bajo los cuales se debe pagar la prestación y la procedencia del reconocimiento de intereses moratorios sobre las mesadas pensionales adeudadas. Lo anterior, en consonancia con los argumentos expuestos en el recurso de apelación y las demás materias en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES.

(i) Para resolver lo primero el inciso segundo del párrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003 establece para la *“la madre trabajadora cuyo hijo padezca invalidez física o mental, debidamente calificada y hasta tanto permanezca en este estado y continúe como dependiente de la madre, (...)”*, el derecho a *“recibir pensión especial de vejez a cualquier edad, siempre que haya cotizado al Sistema General de Pensiones cuando menos el mínimo de semanas exigido en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez. Este beneficio se suspenderá si la trabajadora se reincorpora a la fuerza laboral. Si la madre ha fallecido y el padre tiene la patria potestad del menor inválido, podrá pensionarse con los requisitos y en las condiciones establecidas en este artículo”*.

Esta norma fue objeto de revisión de constitucionalidad en la sentencia C–989 de 2006. En ella la Corte dispuso su exequibilidad “(...) *en el entendido, que el beneficio pensional previsto en dicho artículo se hará extensivo al padre cabeza de familia de hijos discapacitados y que dependan económicamente de él*”. A las consideraciones que hizo la Corte Constitucional para tomar la decisión nos remitimos.

Así las cosas, para acceder a la pensión especial de vejez por hijo inválido de un padre (o una madre) se requiere (i) que éste haya cumplido con la densidad de cotizaciones que exige la Ley para obtener pensión de vejez en el RPM, (ii) que para ese momento el hijo tenga calificada una condición de *invalidez* de acuerdo a las normas seguridad social, y (iii) que el hijo afectado con discapacidad tenga dependencia económica del padre o la madre. El pago se debe hacer mientras el hijo mantenga el estado de invalidez, dependa económicamente del padre o madre (según el caso), y éste no se haya *reincorporado a la fuerza laboral*.

Sobre la finalidad de esta pensión especial de vejez, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que se “*concreta en que el padre o la madre pueda abstenerse de continuar laborando a fin de dedicarse al cuidado del hijo en condición de discapacidad y de esta manera propender por los intereses de este, quien resulta ser un sujeto de especial protección para el Estado, sin que el afiliado vea sesgada su posibilidad de acceder a una pensión de vejez que le permita cumplir de manera digna con sus obligaciones familiares y alimentarias*” (CSJ SL 4770-2021).

Con las precisiones anteriores y una vez revisado el expediente la Sala encuentra causada la prestación en favor del demandante.

Con las pruebas documentales aportadas se prueba que su hija, LAURA STEFANY RODRÍGUEZ ACUÑA, padece enfermedades de naturaleza congénita y degenerativa (*síndrome del turner y retraso mental leve*, entre otras) de las que se deriva su condición de invalidez calificada por

COLPENSIONES en el 50.4% de pérdida de capacidad laboral, la cual se estructuró desde el momento de su nacimiento (el 26 de diciembre de 1992); del historial de cotizaciones que aportó la entidad demandada se deduce que el demandante tiene 1410 semanas cotizadas en toda la vida laboral, que supera el mínimo de 1300 semanas que exige como la normatividad³ (ver expediente administrativo aportado con el expediente digitalizado – CD 1); y la dependencia se demostró con los testimonios rendidos por IVÁN DE JESÚS SARMIENTO PICALÚA y DAVID ANTONIO SARMIENTO PANTOJA (audiencia virtual, CD 2, minutos 6:16 y 22:45), amigos del demandante, quienes lo conocen hace aproximadamente 50 y 40 años respectivamente. Ambos testigos indicaron que el actor vive con su esposa y con su hija en la ciudad de Barranquilla, que es el demandante quien sostiene económicamente el hogar, que su hija no trabaja debido a condiciones médicas y a la discapacidad que padece desde su nacimiento, y que el demandante actualmente no se encuentra laborando. Sobre este último punto el segundo testigo, DAVID ANTONIO SARMIENTO PANTOJA, refirió que el actor laboró para la empresa CERREJÓN hasta mediados de 2018, que se retiró de la empresa por su reestructuración y que desde entonces no ha vuelto a trabajar, y explicó que desde el momento en que quedó cesante *AMBOS* progenitores se encargan en forma permanente de su cuidado.

Se confirmará entonces la sentencia de primera instancia en cuanto reconoció la pensión especial de vejez a favor del demandante, advirtiendo, para responder a los argumentos expuestos por la entidad en la impugnación, que no se puede desestimar la protección prevista en el Sistema de Seguridad Social a favor del padre por la existencia de otra persona que pueda asumir el rol de su cuidado en la familia (la madre) menos aún cuando el sustento económico del hogar esté en cabeza exclusiva de quien solicita la pensión. La norma le asigna al afiliado el derecho de anticipar la edad en que comenzará a recibir las mesadas de pensión, para que pueda dedicarse al cuidado de su hijo inválido solo o en compañía de otros familiares.

³ De conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho en reciente jurisprudencia, que las normas no condicionaron el ejercicio del derecho del afiliado a la ausencia de otros integrantes de la familia con quienes se pudiera compartir el rol de cuidado del hijo inválido: “(...) *padre y madre están en la obligación de responder económicamente por sus hijos –menores o inválidos- lo que necesariamente implica el desarrollo del rol de trabajador que, en cualquiera de sus formas, impide el **cuidado exclusivo** de su descendiente en condición de discapacidad*” (sentencia SL3772-2019).

(ii) Definido el derecho a la pensión reclamada en este expediente, encuentra el Tribunal que la prestación era exigible desde el 1° de agosto de 2018 cuando el demandante se *retiró de la fuerza laboral*, como lo concluyó el juez de primera instancia (ver historial de cotizaciones del demandante). Cabe advertir que las mesadas no se encuentran afectadas por el término trienal de prescripción si se tiene en cuenta que éste se interrumpió con la reclamación elevada el 12 de diciembre de 2019 y la demanda laboral se presentó el 4 de diciembre de 2020 (ver reclamación aportada en el expediente administrativo de la entidad y folio 32 del expediente).

Para responder al argumento expuesto en la apelación por la parte actora, la Sala se remite al estudio realizado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL785-2013 en la cual dejó sentado claramente que el derecho se puede exigir desde el momento en que la persona esté dedicando el tiempo al cuidado del hijo en condición de invalidez, y ello se presume desde la fecha en que deja de trabajar.

Se confirmará también condena en cuanto dispuso el pago en 13 mesadas anuales, pues asó lo dispone el inciso 8 y el parágrafo 6 del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, dado que se causó después del 31 de julio de 2011 (en el año 2018).

Ahora, para definir en CONSULTA el valor de la primera mesada pensional, el Tribunal realizó las operaciones aritméticas de la prestación con los dos métodos posibles: con el IBL de los últimos 10 años cotizados, y el de toda la vida laboral de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues el actor cotizó más de 1250 semanas (en la historia laboral aportada por la entidad demandada se observan 1410 semanas).

Tomando el detalle de los pagos que certifica la historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES, se obtuvo con el IBL de lo cotizado en toda la vida laboral la suma de \$10.623.983, y con el IBL de lo cotizado en los últimos 10 años la suma de \$13.115.071 para el año 2018, última suma que resulta más favorable. A este IBL se le aplicó una tasa de remplazo del 60,1% que se obtiene de lo dispuesto en los incisos 3 y 5 del artículo 34 de Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003⁴, y de ello resultó como valor de la mesada pensional para el 2018 la suma de \$7.882.158, inferior a la reconocida en primera instancia (\$8.246.570).

La decisión será modificada conociendo esta materia en consulta a favor de COLPENSIONES, como se advirtió.

OPERACIONES ARTIMÉTICAS

Año	Mes	Días	Salario Base	IPC inicial	IPC final	IPC promedio	Salario actualizado	(Días x Salario)
1985	Agosto	31	\$ 47.370	2,79	133,40	47,8150	\$ 2.264.997	\$ 70.214.910

⁴ El tenor literal de la norma establece que “(...) El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo a la fórmula siguiente: $r = 65.50 - 0.50 s$, donde s es el número de salarios mínimos legales mensuales vigentes”. De esta manera, el Tribunal tomó el IBL de los últimos 10 años del demandante que dio como resultado un valor de \$13.115.071 equivalente a 16.78 SMLMV para el 2018. Reemplazando los valores de la fórmula antes citada, nos da una tasa de remplazo de 57.1%. Sin embargo, atendiendo a lo establecido en el inciso 5 del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, se debe incrementar dicho porcentaje en 1.5% por cada 50 semanas adicionales a las mínimas requeridas, valor que de todas formas no podrá ser superior al 80%. En el presente caso se tiene que el demandante cotizó 1410 semanas y el mínimo requerido para causar la pensión son 1300, es decir, cuenta con 110 semanas adicionales, por lo se debe proceder a incrementar el porcentaje del monto en un 3% (incremento=2*1.5), lo que da un porcentaje total de 60,1%.

1985	Septiembre	30	\$ 47.370	2,79	133,40	47,8150	\$ 2.264.997	\$ 67.949.913
1985	Octubre	31	\$ 47.370	2,79	133,40	47,8150	\$ 2.264.997	\$ 70.214.910
1985	Noviembre	30	\$ 47.370	2,79	133,40	47,8150	\$ 2.264.997	\$ 67.949.913
1985	Diciembre	31	\$ 47.370	2,79	133,40	47,8150	\$ 2.264.997	\$ 70.214.910
1986	Enero	31	\$ 47.370	3,42	133,40	39,0484	\$ 1.849.723	\$ 57.341.425
1986	Febrero	28	\$ 47.370	3,42	133,40	39,0484	\$ 1.849.723	\$ 51.792.255
1986	Marzo	31	\$ 47.370	3,42	133,40	39,0484	\$ 1.849.723	\$ 57.341.425
1986	Abril	30	\$ 47.370	3,42	133,40	39,0484	\$ 1.849.723	\$ 55.491.702
1986	Mayo	31	\$ 47.370	3,42	133,40	39,0484	\$ 1.849.723	\$ 57.341.425
1986	Junio	30	\$ 47.370	3,42	133,40	39,0484	\$ 1.849.723	\$ 55.491.702
1986	Julio	31	\$ 61.950	3,42	133,40	39,0484	\$ 2.419.049	\$ 74.990.527
1986	Agosto	31	\$ 61.950	3,42	133,40	39,0484	\$ 2.419.049	\$ 74.990.527
1986	Septiembre	30	\$ 61.950	3,42	133,40	39,0484	\$ 2.419.049	\$ 72.571.478
1986	Octubre	31	\$ 61.950	3,42	133,40	39,0484	\$ 2.419.049	\$ 74.990.527
1986	Noviembre	30	\$ 61.950	3,42	133,40	39,0484	\$ 2.419.049	\$ 72.571.478
1986	Diciembre	31	\$ 61.950	3,42	133,40	39,0484	\$ 2.419.049	\$ 74.990.527
1987	Enero	31	\$ 61.950	4,13	133,40	32,2857	\$ 2.000.096	\$ 62.002.984
1987	Febrero	28	\$ 61.950	4,13	133,40	32,2857	\$ 2.000.096	\$ 56.002.695
1987	Marzo	26	\$ 115.954	4,13	133,40	32,2857	\$ 3.743.651	\$ 97.334.919
1987	Abril	30	\$ 150.270	4,13	133,40	32,2857	\$ 4.851.565	\$ 145.546.957
1987	Mayo	31	\$ 150.270	4,13	133,40	32,2857	\$ 4.851.565	\$ 150.398.522
1987	Junio	30	\$ 150.270	4,13	133,40	32,2857	\$ 4.851.565	\$ 145.546.957
1987	Julio	31	\$ 150.270	4,13	133,40	32,2857	\$ 4.851.565	\$ 150.398.522
1987	Agosto	31	\$ 150.270	4,13	133,40	32,2857	\$ 4.851.565	\$ 150.398.522
1987	Septiembre	30	\$ 150.270	4,13	133,40	32,2857	\$ 4.851.565	\$ 145.546.957
1987	Octubre	31	\$ 150.270	4,13	133,40	32,2857	\$ 4.851.565	\$ 150.398.522
1987	Noviembre	30	\$ 150.270	4,13	133,40	32,2857	\$ 4.851.565	\$ 145.546.957
1987	Diciembre	31	\$ 150.270	4,13	133,40	32,2857	\$ 4.851.565	\$ 150.398.522
1988	Enero	31	\$ 150.270	5,12	133,40	26,0323	\$ 3.911.869	\$ 121.267.951
1988	Febrero	29	\$ 150.270	5,12	133,40	26,0323	\$ 3.911.869	\$ 113.444.212
1988	Marzo	31	\$ 165.180	5,12	133,40	26,0323	\$ 4.300.011	\$ 133.300.327
1988	Abril	30	\$ 165.180	5,12	133,40	26,0323	\$ 4.300.011	\$ 129.000.316
1988	Mayo	31	\$ 165.180	5,12	133,40	26,0323	\$ 4.300.011	\$ 133.300.327
1988	Junio	30	\$ 165.180	5,12	133,40	26,0323	\$ 4.300.011	\$ 129.000.316
1988	Julio	31	\$ 165.180	5,12	133,40	26,0323	\$ 4.300.011	\$ 133.300.327
1988	Agosto	31	\$ 165.180	5,12	133,40	26,0323	\$ 4.300.011	\$ 133.300.327
1988	Septiembre	30	\$ 165.180	5,12	133,40	26,0323	\$ 4.300.011	\$ 129.000.316
1988	Octubre	31	\$ 165.180	5,12	133,40	26,0323	\$ 4.300.011	\$ 133.300.327
1988	Noviembre	30	\$ 165.180	5,12	133,40	26,0323	\$ 4.300.011	\$ 129.000.316
1988	Diciembre	31	\$ 165.180	5,12	133,40	26,0323	\$ 4.300.011	\$ 133.300.327
1989	Enero	31	\$ 165.180	6,57	133,40	20,3180	\$ 3.356.121	\$ 104.039.763
1989	Febrero	28	\$ 165.180	6,57	133,40	20,3180	\$ 3.356.121	\$ 93.971.399
1989	Marzo	31	\$ 163.524	6,57	133,40	20,3180	\$ 3.322.475	\$ 102.996.720
1989	Abril	30	\$ 163.020	6,57	133,40	20,3180	\$ 3.312.235	\$ 99.367.037
1989	Mayo	31	\$ 163.020	6,57	133,40	20,3180	\$ 3.312.235	\$ 102.679.272
1995	Enero	30	\$ 1.481.798	26,15	133,40	5,1019	\$ 7.560.030	\$ 226.800.915
1995	Febrero	30	\$ 1.481.798	26,15	133,40	5,1019	\$ 7.560.030	\$ 226.800.915
1995	Marzo	30	\$ 1.481.798	26,15	133,40	5,1019	\$ 7.560.030	\$ 226.800.915
1995	Abril	30	\$ 1.481.798	26,15	133,40	5,1019	\$ 7.560.030	\$ 226.800.915
1995	Mayo	30	\$ 1.481.798	26,15	133,40	5,1019	\$ 7.560.030	\$ 226.800.915
1995	Junio	30	\$ 1.481.798	26,15	133,40	5,1019	\$ 7.560.030	\$ 226.800.915
1995	Julio	30	\$ 1.481.798	26,15	133,40	5,1019	\$ 7.560.030	\$ 226.800.915
1995	Agosto	30	\$ 1.481.798	26,15	133,40	5,1019	\$ 7.560.030	\$ 226.800.915
1995	Septiembre	30	\$ 1.481.798	26,15	133,40	5,1019	\$ 7.560.030	\$ 226.800.915
1995	Octubre	30	\$ 1.481.798	26,15	133,40	5,1019	\$ 7.560.030	\$ 226.800.915
1995	Noviembre	30	\$ 1.481.798	26,15	133,40	5,1019	\$ 7.560.030	\$ 226.800.915
1995	Diciembre	30	\$ 1.604.293	26,15	133,40	5,1019	\$ 8.184.991	\$ 245.549.744
1996	Enero	30	\$ 1.789.288	31,24	133,40	4,2706	\$ 7.641.256	\$ 229.237.686

1996	Febrero	30	\$ 1.951.157	19,46	133,40	6,8551	\$ 13.375.329	\$ 401.259.859
1996	Marzo	30	\$ 1.951.157	19,46	133,40	6,8551	\$ 13.375.329	\$ 401.259.859
1996	Abril	30	\$ 1.951.157	19,46	133,40	6,8551	\$ 13.375.329	\$ 401.259.859
1996	Mayo	30	\$ 1.951.157	19,46	133,40	6,8551	\$ 13.375.329	\$ 401.259.859
1996	Junio	30	\$ 1.951.157	19,46	133,40	6,8551	\$ 13.375.329	\$ 401.259.859
1996	Julio	30	\$ 1.951.157	19,46	133,40	6,8551	\$ 13.375.329	\$ 401.259.859
1996	Agosto	30	\$ 1.951.157	19,46	133,40	6,8551	\$ 13.375.329	\$ 401.259.859
1996	Septiembre	30	\$ 1.951.157	19,46	133,40	6,8551	\$ 13.375.329	\$ 401.259.859
1996	Octubre	30	\$ 1.951.157	19,46	133,40	6,8551	\$ 13.375.329	\$ 401.259.859
1996	Noviembre	30	\$ 1.951.157	19,46	133,40	6,8551	\$ 13.375.329	\$ 401.259.859
1996	Diciembre	30	\$ 2.195.200	19,46	133,40	6,8551	\$ 15.048.262	\$ 451.447.855
1997	Enero	30	\$ 2.568.300	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.016.897	\$ 270.506.920
1997	Febrero	30	\$ 2.568.300	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.016.897	\$ 270.506.920
1997	Marzo	30	\$ 2.568.300	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.016.897	\$ 270.506.920
1997	Abril	30	\$ 2.568.300	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.016.897	\$ 270.506.920
1997	Mayo	30	\$ 2.568.300	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.016.897	\$ 270.506.920
1997	Junio	30	\$ 2.568.300	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.016.897	\$ 270.506.920
1997	Julio	30	\$ 2.568.300	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.016.897	\$ 270.506.920
1997	Agosto	30	\$ 2.568.300	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.016.897	\$ 270.506.920
1997	Septiembre	30	\$ 2.568.300	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.016.897	\$ 270.506.920
1997	Octubre	30	\$ 2.568.300	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.016.897	\$ 270.506.920
1997	Noviembre	30	\$ 2.568.300	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.016.897	\$ 270.506.920
1997	Diciembre	30	\$ 2.686.110	38,00	133,40	3,5108	\$ 9.430.510	\$ 282.915.291
1998	Enero	30	\$ 3.185.000	44,72	133,40	2,9833	\$ 9.501.729	\$ 285.051.869
1998	Febrero	30	\$ 3.294.200	44,72	133,40	2,9833	\$ 9.827.503	\$ 294.825.076
1998	Marzo	30	\$ 3.294.200	44,72	133,40	2,9833	\$ 9.827.503	\$ 294.825.076
1998	Abril	30	\$ 3.294.200	44,72	133,40	2,9833	\$ 9.827.503	\$ 294.825.076
1998	Mayo	30	\$ 3.294.200	44,72	133,40	2,9833	\$ 9.827.503	\$ 294.825.076
1998	Junio	30	\$ 3.294.200	44,72	133,40	2,9833	\$ 9.827.503	\$ 294.825.076
1998	Julio	30	\$ 3.294.200	44,72	133,40	2,9833	\$ 9.827.503	\$ 294.825.076
1998	Agosto	30	\$ 3.294.200	44,72	133,40	2,9833	\$ 9.827.503	\$ 294.825.076
1998	Septiembre	30	\$ 3.294.200	44,72	133,40	2,9833	\$ 9.827.503	\$ 294.825.076
1998	Octubre	30	\$ 3.294.200	44,72	133,40	2,9833	\$ 9.827.503	\$ 294.825.076
1998	Noviembre	30	\$ 3.294.200	44,72	133,40	2,9833	\$ 9.827.503	\$ 294.825.076
1998	Diciembre	30	\$ 3.607.000	44,72	133,40	2,9833	\$ 10.760.671	\$ 322.820.123
1999	Enero	30	\$ 4.112.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.511.485	\$ 315.344.554
1999	Febrero	30	\$ 4.112.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.511.485	\$ 315.344.554
1999	Marzo	30	\$ 4.112.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.511.485	\$ 315.344.554
1999	Abril	30	\$ 4.112.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.511.485	\$ 315.344.554
1999	Mayo	30	\$ 4.112.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.511.485	\$ 315.344.554
1999	Junio	30	\$ 4.112.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.511.485	\$ 315.344.554
1999	Julio	30	\$ 4.112.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.511.485	\$ 315.344.554
1999	Agosto	30	\$ 4.112.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.511.485	\$ 315.344.554
1999	Septiembre	30	\$ 4.112.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.511.485	\$ 315.344.554
1999	Octubre	30	\$ 4.112.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.511.485	\$ 315.344.554
1999	Noviembre	30	\$ 4.112.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.511.485	\$ 315.344.554
1999	Diciembre	30	\$ 4.217.000	52,18	133,40	2,5563	\$ 10.779.896	\$ 323.396.883
2000	Enero	30	\$ 4.538.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 10.620.055	\$ 318.601.639
2000	Febrero	30	\$ 4.538.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 10.620.055	\$ 318.601.639
2000	Marzo	30	\$ 4.538.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 10.620.055	\$ 318.601.639
2000	Abril	30	\$ 4.538.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 10.620.055	\$ 318.601.639
2000	Mayo	30	\$ 4.538.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 10.620.055	\$ 318.601.639
2000	Junio	30	\$ 4.538.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 10.620.055	\$ 318.601.639
2000	Julio	30	\$ 4.538.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 10.620.055	\$ 318.601.639
2000	Agosto	30	\$ 4.538.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 10.620.055	\$ 318.601.639
2000	Septiembre	30	\$ 4.538.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 10.620.055	\$ 318.601.639
2000	Octubre	30	\$ 4.538.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 10.620.055	\$ 318.601.639
2000	Noviembre	30	\$ 4.538.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 10.620.055	\$ 318.601.639

2000	Diciembre	30	\$ 4.865.000	57,00	133,40	2,3403	\$ 11.385.316	\$ 341.559.492
2001	Enero	30	\$ 5.244.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 11.285.036	\$ 338.551.076
2001	Febrero	30	\$ 5.244.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 11.285.036	\$ 338.551.076
2001	Marzo	30	\$ 5.244.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 11.285.036	\$ 338.551.076
2001	Abril	30	\$ 5.244.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 11.285.036	\$ 338.551.076
2001	Mayo	30	\$ 5.244.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 11.285.036	\$ 338.551.076
2001	Junio	30	\$ 5.244.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 11.285.036	\$ 338.551.076
2001	Julio	30	\$ 5.244.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 11.285.036	\$ 338.551.076
2001	Agosto	30	\$ 5.244.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 11.285.036	\$ 338.551.076
2001	Septiembre	30	\$ 5.244.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 11.285.036	\$ 338.551.076
2001	Octubre	30	\$ 5.244.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 11.285.036	\$ 338.551.076
2001	Noviembre	30	\$ 5.244.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 11.285.036	\$ 338.551.076
2001	Diciembre	30	\$ 5.580.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 12.008.105	\$ 360.243.136
2002	Enero	30	\$ 5.859.000	61,99	133,40	2,1520	\$ 12.608.510	\$ 378.255.293
2002	Febrero	30	\$ 5.859.000	66,73	133,40	1,9991	\$ 11.712.900	\$ 351.386.986
2002	Marzo	30	\$ 5.859.000	66,73	133,40	1,9991	\$ 11.712.900	\$ 351.386.986
2002	Abril	30	\$ 5.859.000	66,73	133,40	1,9991	\$ 11.712.900	\$ 351.386.986
2002	Mayo	30	\$ 5.859.000	66,73	133,40	1,9991	\$ 11.712.900	\$ 351.386.986
2002	Junio	30	\$ 5.859.000	66,73	133,40	1,9991	\$ 11.712.900	\$ 351.386.986
2002	Julio	30	\$ 5.859.000	66,73	133,40	1,9991	\$ 11.712.900	\$ 351.386.986
2002	Agosto	30	\$ 5.859.000	66,73	133,40	1,9991	\$ 11.712.900	\$ 351.386.986
2002	Septiembre	30	\$ 5.859.000	66,73	133,40	1,9991	\$ 11.712.900	\$ 351.386.986
2002	Octubre	30	\$ 5.859.000	66,73	133,40	1,9991	\$ 11.712.900	\$ 351.386.986
2002	Noviembre	30	\$ 5.859.000	66,73	133,40	1,9991	\$ 11.712.900	\$ 351.386.986
2002	Diciembre	30	\$ 6.015.000	66,73	133,40	1,9991	\$ 12.024.764	\$ 360.742.912
2003	Enero	30	\$ 6.319.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.806.872	\$ 354.206.154
2003	Febrero	30	\$ 6.036.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.278.094	\$ 338.342.830
2003	Marzo	30	\$ 6.355.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.874.137	\$ 356.224.103
2003	Abril	30	\$ 6.355.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.874.137	\$ 356.224.103
2003	Mayo	30	\$ 6.355.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.874.137	\$ 356.224.103
2003	Junio	30	\$ 6.355.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.874.137	\$ 356.224.103
2003	Julio	30	\$ 6.355.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.874.137	\$ 356.224.103
2003	Agosto	30	\$ 6.355.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.874.137	\$ 356.224.103
2003	Septiembre	30	\$ 6.355.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.874.137	\$ 356.224.103
2003	Octubre	30	\$ 6.355.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.874.137	\$ 356.224.103
2003	Noviembre	30	\$ 6.355.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.874.137	\$ 356.224.103
2003	Diciembre	30	\$ 6.355.000	71,40	133,40	1,8685	\$ 11.874.137	\$ 356.224.103
2004	Enero	30	\$ 6.575.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.536.414	\$ 346.092.407
2004	Febrero	30	\$ 6.609.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.596.070	\$ 347.882.087
2004	Marzo	30	\$ 6.609.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.596.070	\$ 347.882.087
2004	Abril	30	\$ 6.609.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.596.070	\$ 347.882.087
2004	Mayo	30	\$ 6.609.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.596.070	\$ 347.882.087
2004	Junio	30	\$ 6.609.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.596.070	\$ 347.882.087
2004	Julio	30	\$ 6.609.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.596.070	\$ 347.882.087
2004	Agosto	30	\$ 6.609.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.596.070	\$ 347.882.087
2004	Septiembre	30	\$ 6.609.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.596.070	\$ 347.882.087
2004	Octubre	30	\$ 6.609.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.596.070	\$ 347.882.087
2004	Noviembre	30	\$ 6.609.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.596.070	\$ 347.882.087
2004	Diciembre	30	\$ 6.609.000	76,03	133,40	1,7546	\$ 11.596.070	\$ 347.882.087
2005	Enero	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876
2005	Febrero	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876
2005	Marzo	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876
2005	Abril	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876
2005	Mayo	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876
2005	Junio	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876
2005	Julio	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876
2005	Agosto	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876
2005	Septiembre	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876

2005	Octubre	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876
2005	Noviembre	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876
2005	Diciembre	30	\$ 6.874.000	80,21	133,40	1,6632	\$ 11.432.529	\$ 342.975.876
2006	Enero	30	\$ 6.874.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 10.903.190	\$ 327.095.704
2006	Febrero	30	\$ 6.874.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 10.903.190	\$ 327.095.704
2006	Marzo	30	\$ 7.080.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 11.229.937	\$ 336.898.107
2006	Abril	30	\$ 7.080.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 11.229.937	\$ 336.898.107
2006	Mayo	30	\$ 7.080.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 11.229.937	\$ 336.898.107
2006	Junio	30	\$ 7.080.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 11.229.937	\$ 336.898.107
2006	Julio	30	\$ 7.080.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 11.229.937	\$ 336.898.107
2006	Agosto	30	\$ 7.080.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 11.229.937	\$ 336.898.107
2006	Septiembre	30	\$ 7.080.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 11.229.937	\$ 336.898.107
2006	Octubre	30	\$ 7.080.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 11.229.937	\$ 336.898.107
2006	Noviembre	30	\$ 7.080.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 11.229.937	\$ 336.898.107
2006	Diciembre	30	\$ 7.080.000	84,10	133,40	1,5861	\$ 11.229.937	\$ 336.898.107
2007	Enero	30	\$ 7.080.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 10.748.624	\$ 322.458.706
2007	Febrero	30	\$ 7.080.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 10.748.624	\$ 322.458.706
2007	Marzo	30	\$ 7.271.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 11.038.593	\$ 331.157.804
2007	Abril	30	\$ 7.271.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 11.038.593	\$ 331.157.804
2007	Mayo	30	\$ 7.271.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 11.038.593	\$ 331.157.804
2007	Junio	30	\$ 7.271.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 11.038.593	\$ 331.157.804
2007	Julio	30	\$ 7.271.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 11.038.593	\$ 331.157.804
2007	Agosto	30	\$ 7.271.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 11.038.593	\$ 331.157.804
2007	Septiembre	30	\$ 7.271.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 11.038.593	\$ 331.157.804
2007	Octubre	30	\$ 7.271.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 11.038.593	\$ 331.157.804
2007	Noviembre	30	\$ 7.271.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 11.038.593	\$ 331.157.804
2007	Diciembre	30	\$ 7.271.000	87,87	133,40	1,5182	\$ 11.038.593	\$ 331.157.804
2008	Enero	30	\$ 7.271.000	92,87	133,40	1,4364	\$ 10.443.910	\$ 313.317.298
2008	Febrero	30	\$ 7.271.000	92,87	133,40	1,4364	\$ 10.443.910	\$ 313.317.298
2008	Marzo	30	\$ 8.035.000	92,87	133,40	1,4364	\$ 11.541.303	\$ 346.239.099
2008	Abril	30	\$ 8.267.000	92,87	133,40	1,4364	\$ 11.874.543	\$ 356.236.295
2008	Mayo	30	\$ 8.267.000	92,87	133,40	1,4364	\$ 11.874.543	\$ 356.236.295
2008	Junio	30	\$ 8.267.000	92,87	133,40	1,4364	\$ 11.874.543	\$ 356.236.295
2008	Julio	30	\$ 8.267.000	92,87	133,40	1,4364	\$ 11.874.543	\$ 356.236.295
2008	Agosto	15	\$ 4.133.500	92,87	133,40	1,4364	\$ 5.937.272	\$ 89.059.074
2008	Agosto	15	\$ 4.133.500	92,87	133,40	1,4364	\$ 5.937.272	\$ 89.059.074
2008	Septiembre	30	\$ 8.267.000	92,87	133,40	1,4364	\$ 11.874.543	\$ 356.236.295
2008	Octubre	30	\$ 8.267.000	92,87	133,40	1,4364	\$ 11.874.543	\$ 356.236.295
2008	Noviembre	30	\$ 8.267.000	92,87	133,40	1,4364	\$ 11.874.543	\$ 356.236.295
2008	Diciembre	30	\$ 8.267.000	92,87	133,40	1,4364	\$ 11.874.543	\$ 356.236.295
2009	Enero	30	\$ 8.267.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 11.028.159	\$ 330.844.770
2009	Febrero	30	\$ 8.267.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 11.028.159	\$ 330.844.770
2009	Febrero	30	\$ 8.267.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 11.028.159	\$ 330.844.770
2009	Marzo	30	\$ 9.087.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 12.122.037	\$ 363.661.113
2009	Abril	30	\$ 9.087.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 12.122.037	\$ 363.661.113
2009	Mayo	30	\$ 9.087.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 12.122.037	\$ 363.661.113
2009	Junio	30	\$ 9.087.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 12.122.037	\$ 363.661.113
2009	Julio	30	\$ 9.087.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 12.122.037	\$ 363.661.113
2009	Agosto	30	\$ 9.087.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 12.122.037	\$ 363.661.113
2009	Septiembre	30	\$ 9.087.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 12.122.037	\$ 363.661.113
2009	Octubre	30	\$ 9.087.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 12.122.037	\$ 363.661.113
2009	Noviembre	30	\$ 9.087.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 12.122.037	\$ 363.661.113
2009	Diciembre	30	\$ 9.088.000	100,00	133,40	1,3340	\$ 12.123.371	\$ 363.701.133
2010	Enero	30	\$ 9.088.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 11.885.447	\$ 356.563.418
2010	Febrero	30	\$ 9.087.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 11.884.139	\$ 356.524.183
2010	Marzo	30	\$ 9.087.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 11.884.139	\$ 356.524.183
2010	Abril	30	\$ 9.793.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 12.807.459	\$ 384.223.762
2010	Mayo	30	\$ 9.378.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 12.264.714	\$ 367.941.432

2010	Junio	30	\$ 9.378.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 12.264.714	\$ 367.941.432
2010	Julio	30	\$ 9.378.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 12.264.714	\$ 367.941.432
2010	Agosto	30	\$ 9.378.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 12.264.714	\$ 367.941.432
2010	Septiembre	30	\$ 9.378.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 12.264.714	\$ 367.941.432
2010	Octubre	30	\$ 9.378.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 12.264.714	\$ 367.941.432
2010	Noviembre	30	\$ 9.378.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 12.264.714	\$ 367.941.432
2010	Diciembre	30	\$ 9.378.000	102,00	133,40	1,3078	\$ 12.264.714	\$ 367.941.432
2011	Enero	30	\$ 9.378.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 11.887.728	\$ 356.631.844
2011	Febrero	30	\$ 9.378.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 11.887.728	\$ 356.631.844
2011	Marzo	30	\$ 9.378.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 11.887.728	\$ 356.631.844
2011	Abril	30	\$ 13.390.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 16.973.414	\$ 509.202.430
2011	Mayo	30	\$ 9.791.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 12.411.255	\$ 372.337.639
2011	Junio	30	\$ 9.791.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 12.411.255	\$ 372.337.639
2011	Julio	30	\$ 9.791.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 12.411.255	\$ 372.337.639
2011	Agosto	30	\$ 9.791.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 12.411.255	\$ 372.337.639
2011	Septiembre	30	\$ 9.791.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 12.411.255	\$ 372.337.639
2011	Octubre	30	\$ 9.791.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 12.411.255	\$ 372.337.639
2011	Noviembre	30	\$ 10.776.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 13.659.859	\$ 409.795.772
2011	Diciembre	30	\$ 9.791.000	105,24	133,40	1,2676	\$ 12.411.255	\$ 372.337.639
2012	Enero	30	\$ 9.791.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 11.965.448	\$ 358.963.428
2012	Febrero	30	\$ 9.791.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 11.965.448	\$ 358.963.428
2012	Marzo	30	\$ 14.167.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 17.313.298	\$ 519.398.925
2012	Abril	30	\$ 10.744.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 13.130.096	\$ 393.902.877
2012	Mayo	30	\$ 10.744.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 13.130.096	\$ 393.902.877
2012	Junio	30	\$ 10.744.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 13.130.096	\$ 393.902.877
2012	Julio	30	\$ 10.744.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 13.130.096	\$ 393.902.877
2012	Agosto	30	\$ 10.744.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 13.130.096	\$ 393.902.877
2012	Septiembre	30	\$ 10.744.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 13.130.096	\$ 393.902.877
2012	Octubre	30	\$ 10.744.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 13.130.096	\$ 393.902.877
2012	Noviembre	30	\$ 12.247.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 14.966.892	\$ 449.006.751
2012	Diciembre	30	\$ 11.145.000	109,16	133,40	1,2221	\$ 13.620.153	\$ 408.604.576
2013	Enero	30	\$ 11.143.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 13.293.955	\$ 398.818.638
2013	Febrero	30	\$ 10.744.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 12.817.935	\$ 384.538.046
2013	Marzo	30	\$ 13.416.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 16.005.716	\$ 480.171.484
2013	Abril	30	\$ 11.135.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 13.284.410	\$ 398.532.310
2013	Mayo	30	\$ 11.135.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 13.284.410	\$ 398.532.310
2013	Junio	30	\$ 11.884.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 14.177.991	\$ 425.339.737
2013	Julio	30	\$ 11.135.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 13.284.410	\$ 398.532.310
2013	Agosto	30	\$ 11.252.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 13.423.995	\$ 402.719.852
2013	Septiembre	30	\$ 11.135.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 13.284.410	\$ 398.532.310
2013	Octubre	30	\$ 11.135.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 13.284.410	\$ 398.532.310
2013	Noviembre	30	\$ 11.135.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 13.284.410	\$ 398.532.310
2013	Diciembre	30	\$ 11.135.000	111,82	133,40	1,1930	\$ 13.284.410	\$ 398.532.310
2014	Enero	30	\$ 11.766.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 13.770.369	\$ 413.111.078
2014	Febrero	30	\$ 11.482.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 13.437.989	\$ 403.139.674
2014	Marzo	30	\$ 15.400.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 18.023.431	\$ 540.702.924
2014	Abril	30	\$ 12.052.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 14.105.090	\$ 423.152.704
2014	Mayo	30	\$ 12.035.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 14.085.194	\$ 422.555.824
2014	Junio	30	\$ 11.484.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 13.440.330	\$ 403.209.895
2014	Julio	30	\$ 11.837.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 13.853.464	\$ 415.603.929
2014	Agosto	30	\$ 11.351.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 13.284.673	\$ 398.540.188
2014	Septiembre	30	\$ 13.149.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 15.388.967	\$ 461.669.010
2014	Octubre	30	\$ 11.533.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 13.497.677	\$ 404.930.313
2014	Noviembre	30	\$ 11.580.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 13.552.684	\$ 406.580.510
2014	Diciembre	30	\$ 12.911.000	113,98	133,40	1,1704	\$ 15.110.423	\$ 453.312.692
2015	Enero	30	\$ 11.351.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 12.815.908	\$ 384.477.236
2015	Febrero	30	\$ 11.639.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 13.141.076	\$ 394.232.275
2015	Marzo	30	\$ 16.108.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 18.186.824	\$ 545.604.733

2015	Abril	30	\$ 11.767.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 13.285.595	\$ 398.567.848
2015	Mayo	30	\$ 11.767.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 13.285.595	\$ 398.567.848
2015	Junio	30	\$ 12.523.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 14.139.161	\$ 424.174.824
2015	Julio	30	\$ 11.767.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 13.285.595	\$ 398.567.848
2015	Agosto	30	\$ 11.767.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 13.285.595	\$ 398.567.848
2015	Septiembre	30	\$ 11.767.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 13.285.595	\$ 398.567.848
2015	Octubre	30	\$ 11.767.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 13.285.595	\$ 398.567.848
2015	Noviembre	30	\$ 11.767.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 13.285.595	\$ 398.567.848
2015	Diciembre	30	\$ 12.561.000	118,15	133,40	1,1291	\$ 14.182.065	\$ 425.461.947
2016	Enero	30	\$ 11.899.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 12.582.884	\$ 377.486.512
2016	Febrero	30	\$ 11.767.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 12.443.297	\$ 373.298.915
2016	Marzo	30	\$ 12.564.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 13.286.104	\$ 398.583.120
2016	Abril	30	\$ 12.564.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 13.286.104	\$ 398.583.120
2016	Mayo	30	\$ 12.564.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 13.286.104	\$ 398.583.120
2016	Junio	30	\$ 14.461.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 15.292.132	\$ 458.763.968
2016	Julio	30	\$ 12.564.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 13.286.104	\$ 398.583.120
2016	Agosto	30	\$ 12.564.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 13.286.104	\$ 398.583.120
2016	Septiembre	30	\$ 12.564.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 13.286.104	\$ 398.583.120
2016	Octubre	30	\$ 12.564.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 13.286.104	\$ 398.583.120
2016	Noviembre	30	\$ 12.564.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 13.286.104	\$ 398.583.120
2016	Diciembre	30	\$ 14.774.000	126,15	133,40	1,0575	\$ 15.623.122	\$ 468.693.649
2017	Enero	30	\$ 12.564.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 12.564.000	\$ 376.920.000
2017	Febrero	30	\$ 12.564.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 12.564.000	\$ 376.920.000
2017	Marzo	30	\$ 13.287.400	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.287.400	\$ 398.622.000
2017	Abril	30	\$ 13.287.401	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.287.401	\$ 398.622.030
2017	Mayo	30	\$ 13.287.401	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.287.401	\$ 398.622.030
2017	Junio	30	\$ 13.287.400	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.287.400	\$ 398.622.000
2017	Julio	30	\$ 13.432.507	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.432.507	\$ 402.975.210
2017	Agosto	30	\$ 13.287.400	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.287.400	\$ 398.622.000
2017	Septiembre	30	\$ 13.287.400	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.287.400	\$ 398.622.000
2017	Octubre	30	\$ 13.477.221	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.477.221	\$ 404.316.630
2017	Noviembre	30	\$ 13.287.400	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.287.400	\$ 398.622.000
2017	Diciembre	30	\$ 13.287.400	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.287.400	\$ 398.622.000
2018	Enero	30	\$ 13.287.400	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.287.400	\$ 398.622.000
2018	Febrero	30	\$ 13.287.400	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.287.400	\$ 398.622.000
2018	Marzo	30	\$ 13.947.500	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.947.500	\$ 418.425.000
2018	Abril	30	\$ 13.947.500	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.947.500	\$ 418.425.000
2018	Mayo	30	\$ 13.947.500	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.947.500	\$ 418.425.000
2018	Junio	30	\$ 13.947.500	133,40	133,40	1,0000	\$ 13.947.500	\$ 418.425.000
2018	Julio	15	\$ 9.765.000	133,40	133,40	1,0000	\$ 9.765.000	\$ 146.475.000

	IBL 10 ÚLTIMOS AÑOS	IBL TODA LA VIDA
TOTAL DÍAS TRABAJADOS	3600	9900
TOTAL SALARIO DEVENGADO	\$ 47.214.254.684	\$105.177.432.241
IBL	\$13.115.071	\$10.623.983
MONTO	60,1%	60,1%
VALOR MESADA PENSIONAL (AÑO 2018)	\$7.882.158	\$6.385.014

Para los años subsiguientes, aplicando los incrementos anuales pertinentes, se obtienen las siguientes sumas:

AÑO	MESADA	INCREMENTO
2018	\$ 7.882.158	3,18%
2019	\$ 8.132.811	3,80%
2020	\$ 8.441.857	1,61%
2021	\$ 8.577.771	

Finalmente, en respuesta al recurso de apelación que interpuso la parte actora se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso el pago indexado de las mesadas adeudadas, pues si bien el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone intereses por la mora en el pago de las mesadas a pensión a los afiliados al Sistema, la mora solo se puede entender ocurrida cuando la reclamación administrativa no se presenta ante la entidad con los documentos COMPLETOS que acrediten los requisitos de acceso al derecho pensional. En este expediente no se demostró que la documentación presentada por el demandante con la reclamación elevada el 12 de diciembre de 2019 fuera suficiente para el efecto. Por el contrario de los antecedentes de la Resolución que resolvió dicha solicitud, (SUB28205 de 30 de enero de 2020) no se advierte que el demandante hubiera demostrado sumariamente ante la entidad el requisito de dependencia económica aportando declaraciones extra-juicio de terceras personas -diferentes a él mismo-, que hubieran declarado sobre esa materia.

Por las resultas del proceso, SIN COSTAS en la apelación.

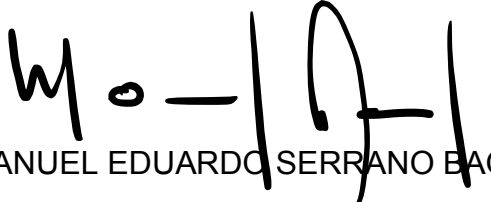
DECISIÓN

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia dictada en primera instancia para definir que el valor de mesada que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES debe pagar a favor de HERIBERTO RODRÍGUEZ MOLINARES ascendía a \$7.882.158 para el año 2018.
2. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto definió un valor concreto por la sumatoria de mesadas adeudadas.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en todo lo demás.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
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 LUZ ÁNGELA BALLÉN VENEGAS 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 veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 6 de septiembre de 2021 por la Juez Veintiséis (26) 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 a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, quien se identifica con T.P. 221.228, como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ ÁNGELA BALLÉN VENEGAS presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y la ADMINISTRADORA

COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* e ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en marzo de 1996, con fundamento en que ésta no estuvo precedida de ilustración suficiente por parte de la AFP, a falta de información necesaria, completa, eficiente, suficiente, eficaz, cierta, oportuna y comprensible sobre el cambio de régimen, las ventajas y desventajas a futuro para la obtención de su pensión de vejez en cada uno, las diferencias en cuanto a edad, monto de la mesada, con su proyección, y manejo de rendimientos financieros, la imposibilidad de retornar a la administradora del RPM, derecho de retracto, las modalidades pensionales en el RAIS y, en general, los beneficios e inconvenientes de su decisión. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES, y se ordene a la AFP el traslado de la totalidad del dinero que hubiere recibido con motivo de su afiliación, como cotizaciones, *bonos pensionales* y sumas adicionales de la aseguradora, con frutos e intereses, esto es, los rendimientos causados (ver demanda en archivos 07 y 09 folios 2 a 16).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas en su contra, con fundamento en que el traslado efectuado por la demandante se realizó de manera voluntaria y válida conforme a la normatividad vigente para la época en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional, sin que se haya probado vicio alguno en el consentimiento, carga que recae en quien lo alega, situación que, en todo caso, estaría prescrita al haber superado el término trienal señalado en el artículo 151 del CPTSS o el de cuatro años contenido en el artículo 1750 del CC . Agregó que no es procedente el traslado, dado que la demandante se encuentra dentro de la prohibición señalada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 y es necesario analizar cada caso específico para determinar la procedencia de la ineficacia pretendida. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos* (ver contestación en archivo 11 folios 2 a 15).

A su vez, pese a haber sido debidamente notificada de la admisión de la demanda (archivo 13 folio 8), la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. no presentó escrito de oposición o allanamiento, razón por la cual se tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 28 de julio de 2021 (ver archivo 15).

Terminó la primera instancia con sentencia de 6 de septiembre de 2021, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) 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 ineficaz el traslado efectuado por la demandante LUZ ÁNGELA BALLÉN VANEGAS al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes, junto con sus rendimientos causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000)”* (Audiencia Virtual del 6 de septiembre de 2021 – archivo 18 Min. 56:32).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que la demandante tomó una

decisión libre, consiente y voluntaria, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, el cual ni siquiera fue allegado al plenario, en tanto únicamente se allegó el historial de afiliaciones. Agregó que, no encontró configurada confesión alguna en el interrogatorio de parte rendido por la demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, PORVENIR S.A. a través de su apoderado pidió que se revoque la decisión, como quiera que según el precedente jurisprudencial se deben analizar las particularidades concretas de cada caso en cuanto a la ineficacia del traslado del régimen pensional. Afirma que la afiliación se dio de manera libre, voluntaria y espontánea por parte de la actora, voluntad que se encuentra plasmada en el formulario de afiliación, según la normatividad vigente para ese entonces, sin que la advertencia de posibles consecuencias del traslado implica vulneración al derecho de información, pues se trata de dos regímenes excluyentes destinados a cubrir el mismo riesgo. Resalta que en interrogatorio de parte, la demandante confesó conocer las características del RAIS, las cuales le indicaron al momento de su afiliación en 1996, sumado a que a lo largo de su vinculación se han proporcionado extractos e información sobre su estado pensional. Así mismo, los requisitos de información contenidos en la Ley 100 el Decreto 663 de 1993 buscan evitar la coerción sobre afiliado para su vinculación, lo cual no ocurrió en el presente caso respecto de PORVENIR S.A., sino que se trató de una exigencia de su empleador. Finalmente, considera que como consecuencia de la ineficacia declarada, no sería viable devolver los rendimientos financieros, que no se habrían generado en el RPM, máxime cuando se ordena también la devolución de gastos de administración y seguros previsionales, los cuales fueron debidamente descontados conforme a lo dispuesto en la Ley y se invirtieron de forma tal que generaron rendimientos referidos y en el pago de primas previsionales a las aseguradoras correspondientes y, agrega, los traslados de recursos deben darse a la luz del artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 (Audiencia Virtual del 6 de septiembre de 2021 – archivo 18 Min. 57:26).

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 a la afiliada le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 33 años de edad y había cotizado 241,43 semanas¹, 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 3 años, 6 meses y 29 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 57 años de edad – ver archivos 02 y archivo 11 folios 17 a 20).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 11 folios 17 a 20.

² *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, 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 han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema a la afiliada, 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*

³ 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”.

⁴ 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 la afiliada, 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 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*”. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus

características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues indicó que el traslado lo efectuó al momento de vincularse a laborar con la Clínica de la Mujer, en que le exigieron trasladarse de fondo de pensiones a PORVENIR S.A., por lo que una asesora de dicha AFP llevó el formulario correspondiente sin explicarle las condiciones en que obtendría su pensión en dicho régimen, la cual sólo le fue proporcionada tardíamente en el año 2019 (Audiencia Virtual del 6 de septiembre de 2021 – archivo 18 Min. 14:08).

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 o los posteriores traslados entre fondos pensionales.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también

implica la devolución de las primas de las aseguradoras (es decir, las de los seguros de invalidez y sobrevivientes) conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵.

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de 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 de segunda instancia 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 bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en caso de asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A.

⁵ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 26 2020 00219 01

Luz Ángela Ballén Venegas Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado
LORENZO TORRES RUSSY
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 LABORAL PROMOVIDO POR SILVIA GONZÁLEZ
DE MÉNDEZ CONTRA MARÍA CONSUELO LAVERDE DE WALTEROS Y
ERNESTO WALTEROS CAMARGO.**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito de conformidad con lo establecido en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne en la fecha programada para resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de los demandantes, contra el auto dictado por la Juez Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá en audiencia del 4 de octubre de 2021, en la cual se negó el decreto de las medidas cautelares de los artículos 85-A del CPTSS y 590 numeral 1 literal c) del CGP.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, SILVIA GONZÁLEZ DE MÉNDEZ presentó demanda contra MARÍA CONSUELO LAVERDE DE WALTEROS y ERNESTO WALTEROS CAMARGO, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato verbal de trabajo a término indefinido. En consecuencia, pide que se condene a los demandados o, en caso de fallecimiento a sus herederos o al *pasivo de la sucesión*, al pago de prestaciones sociales, vacaciones, sanción por no pago de intereses sobre las cesantías, indemnizaciones por despido sin justa causa, moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y por no pago de prestaciones y salarios al finalizar el vínculo, y por perjuicios morales, pensión sanción y de

sobrevivientes en caso de fallecimiento, con el respectivo retroactivo e intereses moratorios. En subsidio del pago del retroactivo pensional, solicita se condene al pago de aportes a seguridad social en pensiones “*debidamente indexados y con sus intereses moratorios*” e indemnizaciones por lucro cesante consolidado y futuro, correspondiente al valor de las mesadas dejadas de percibir hasta la presentación de la demanda y con posterioridad a ésta, respectivamente, con intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de lo pedido señala que prestó sus servicios a través de un contrato verbal de trabajo a término indefinido entre el 26 de diciembre de 1991 y el 27 de octubre de 2017, en el que desempeñó el cargo de *empleada doméstica* y laboró los días lunes, martes, miércoles, viernes y ocasionalmente sábados, en horario de 8 a.m. a 5.p.m. con un último salario diario de \$50.000 que ascendía a \$800.000 mensuales. El 4 de septiembre de 2009 ERNESTO WALTEROS CAMARGO aprovechándose de su desconocimiento, la llevó a firmar una declaración extraproceso ante notario en la que presuntamente afirmó no ser dependiente, devengar un salario mínimo, y no tener recursos suficientes para pagar seguridad social. Previo a la terminación del vínculo y debido a su avanzada edad y estado de salud (padece osteoartritis degenerativa desde 2011 y arritmia cardíaca desde 2017), sufrió acoso laboral que incluyó la entrega de cartas con sanciones disciplinarias del 26 de mayo y 3 de junio de 2017, por presuntas faltas al trabajo. Ante esta situación, en octubre de 2017 intentó conciliación con los empleadores, lo cual derivó en su despido verbal sin justa causa. Durante el vínculo, únicamente le fueron pagados aportes a salud entre 1994 y 2001 y del 11 de julio de 2001 al 31 de octubre de 2017, mientras que a pensiones únicamente le cotizaron 139 semanas entre 1994 y 1997, de las 1292 a las que tenía derecho. Actualmente cuenta 75 de edad y no se encuentra pensionada. El 15 de septiembre de 2020 intentó nueva conciliación sin obtener respuesta. En consecuencia, el 2 de octubre siguiente presentó acción de tutela, la cual fue negada (archivo 02).

En el mismo escrito, solicitó imponer al extremo demandado la medida cautelar contenida en el artículo 85-A del CPTSS, con fundamento en su edad (75

años) y estado de salud, que podría llevar a que no se encuentre con vida al culminar el trámite, así como la edad de los demandados (*presume* tienen 72 y 78 años, respectivamente). Agregó que, dada la duración del trámite y la alta cuantía de lo pretendido, los convocados podrían insolventarse para evadir el cumplimiento de la sentencia.

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por los demandados, quienes señalaron que entre la accionante y MARÍA CONSUELO LAVERDE DE WALTEROS no existió vínculo laboral alguno, mientras que el que se dio con ERNESTO WALTEROS CAMARGO fue de prestación de servicios independientes, pues la demandante laboraba en otros lugares, según lo indicó en declaración del 4 de septiembre de 2009, vínculo que se desarrolló entre el 14 de junio de 1994 y el 22 de mayo de 2017, únicamente los días lunes, miércoles y viernes en horario de 8:30 a.m. a 3:00 p.m. En cuanto a la finalización del vínculo, señalan que fue la demandante quien dejó de acudir a partir del 22 de mayo de 2017, pese a que fue requerida mediante comunicaciones del 26 de mayo y 3 de junio de la misma anualidad y, dado que el presunto abogado de la demandante quien les remitió invitaciones a conciliar carecía de poder especial, no se deben tener en cuenta las mismas a efectos de interrupción del término prescriptivo y, en consecuencia, se debe declarar prescrita la acción. Aclararon que nunca se descontó suma alguna con destino a aportes a seguridad social, pese a que los mismo fueron cancelados incluso hasta octubre de dicha anualidad, por recomendación de su asesor jurídico. Afirmaron que la demandante nunca les comunicó la existencia de problemas de salud o incapacidades. Finalmente, resaltaron que la demandante prestó sus servicios en otros lugares, y ello se debe tener en cuenta para efectos de los aportes a seguridad social que echa de menos la actora. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, falta de legitimidad en la causa por pasiva y cobro de lo no debido* (carpeta 10 archivo “CONTESTACIÓN DEMANDA LABORAL 2020036800.pdf”).

En audiencia del 4 de octubre de 2021, la parte actora adicionó la referida solicitud de medida cautelar, para que, en caso de no prosperar la solicitada,

se disponga el pago de una suma mensual a favor de la parte actora, a título de medida cautelar innominada contenida en el artículo 590 del CGP, aplicable en el presente trámite según recientes pronunciamientos de *la Corte*, dado el material probatorio que daría cuenta de como mínimo los extremos laborales (Audiencia virtual del 4 de octubre de 2021 – archivo “11001310503020200036800-20211004_091305-Grabación de la reunión.mp4” Hora 1:02:35).

AUTO

En la referida diligencia del 4 de octubre de 2021, el Juez de primera instancia negó el decreto tanto de las medidas cautelares de los artículos 85-A del CPTSS y 590 numeral 1 literal c) del CGP, solicitadas por la parte actora. Para este efecto afirmó que dicho despacho ha sostenido de manera reiterada que en cuanto a medidas cautelares no hay lugar a remisión normativa por existir norma expresa al respecto en el CPTSS, por lo que únicamente procede el estudio de la caución de que trata el artículo 85-A *ibídem*, y no existe prueba *siquiera sumaria* acerca de posibles actuaciones por parte de las demandadas para insolventarse, sin que la edad de las partes sea argumentos suficiente para entender que podrían evadir el pago de sus obligaciones (Audiencia virtual del 4 de octubre de 2021 – archivo “11001310503020200036800-20211004_091305-Grabación de la reunión.mp4” Hora 1:12:19).

RECURSO DE APELACIÓN

En cuanto a la negativa de decretar las medidas cautelares, la apoderada de la demandante reiteró lo argumentado en su solicitud sobre la duración del trámite y la edad de las partes que pondría en riesgo el cumplimiento de la sentencia y, agregó que conforme a la sentencia C-043 de 2021 en el trámite ordinario laboral es procedente el decreto de las medidas cautelares innominadas, como la orden de pago de una suma mensual de un (1) SMLMV, máxime cuando la extrabajadora carece de un trabajo, pensión u otro ingreso que le permita su subsistencia (Audiencia virtual del 4 de octubre de 2021 –

archivo "11001310503020200036800-20211004_091305-Grabación de la reunión.mp4" Hora 1:12:45).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El artículo 85-A del CPTSS dispone que cuando la parte demandada *"efectúe actos que el juez estime tendientes a insolventarse o a impedir la efectividad de la sentencia, o cuando el juez considere que el demandado se encuentra en graves y serias dificultades para el cumplimiento oportuno de sus obligaciones, podrá imponerle caución para garantizar las resultas del proceso, la cual oscilará de acuerdo a su prudente juicio entre el 30% y el 50% del valor de las pretensiones al momento de decretarse la medida cautelar"*.

Dicha norma fue objeto de control por la Corte Constitucional en la sentencia C-043 de 2021, que la declaró **"EXEQUIBLE de forma condicionada"** por el cargo de igualdad analizado *"en el entendido que en la jurisdicción ordinaria laboral pueden invocarse las medidas cautelares innominadas previstas en el literal "c", numeral 1, del artículo 590 del Código General del Proceso"*, y advirtiendo que para decretar dichas medidas se deben seguir *"los parámetros establecidos"* en el referido artículo¹.

¹ Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2021: *"(...) el art. 37A de la Ley 712 de 2001 sí admite ser complementado por remisión normativa a las normas del CGP, dado que el primero no contempla una disposición especial que proteja preventivamente los derechos reclamados en aquellos eventos donde la caución es inidónea e ineficaz. Aplicación analógica que procede únicamente respecto del artículo 590, numeral 1º, literal "c" del estatuto procesal general, es decir, de las medidas cautelares innominadas, (...).*

(...). Es a través de este tipo de medidas que el juez laboral puede, con fundamento en los principios de razonabilidad y proporcionalidad, determinar si procede su adopción de acuerdo con el tipo de pretensión que se persiga. A través de ellas el juez podrá adoptar la medida que 'encuentre razonable para la protección del derecho objeto de litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión'.

(...), la referida interpretación judicial del artículo acusado aumenta significativamente la garantía del derecho de acceso a la justicia y de la tutela judicial efectiva de los justiciables del proceso laboral, pues para decretar la medida cautelar innominada el juez seguirá los parámetros establecidos por el art. 590 del CGP. Con esto se superan las desventajas que los demandantes señalaban respecto del art. 37A de la Ley 712 de 2001, referidas (i) al listado de medidas disponibles, (ii) su efectividad, (iii) el estándar para decretarlas y (iv) el plazo para resolverlas. Sumado a ello, este entendimiento de la norma es conforme con los principios de la primacía del derecho sustancial sobre las formas, el de contar con un recurso judicial efectivo y con el trato especial que la Constitución Política otorga a los derechos al trabajo y a la seguridad social, tanto en su dimensión sustancial como procedimental".

Según el literal c del artículo 590 del CGP, el juez podrá dictar *“Cualquiera otra medida que encuentre razonable para la protección del derecho objeto del litigio, impedir su infracción o evitar las consecuencias derivadas de la misma, prevenir daños, hacer cesar los que se hubieren causado o asegurar la efectividad de la pretensión”* y para decretarla debe apreciar la legitimación o interés para actuar de las partes y la existencia de la amenaza o la vulneración del derecho teniendo en cuenta *“la apariencia de buen derecho, como también la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida y, si lo estimare procedente, podrá decretar una menos gravosa o diferente de la solicitada. El juez establecerá su alcance, determinará su duración y podrá disponer de oficio o a petición de parte la modificación, sustitución o cese de la medida cautelar adoptada”*.

Así mismo, la norma establece que, en todo caso, para el decreto de la medida cautelar innominada en el proceso declarativo *“el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica”*, la cual podrá aumentarse o disminuirse por parte del juzgador, *“de oficio o a petición de parte”*, a menos que se cuente con sentencia favorable de primera instancia².

Con el anterior referente normativo y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues para la práctica de la medida cautelar reclamada (literal c del artículo 590 del CGP) la parte demandante no demostró que exista una *amenaza de vulneración del derecho* al pago que reclama, pues no se adujeron situaciones de las cuales se pueda concluir

² Artículo 590 numeral 2 del CGP: *“En los procesos declarativos se aplicarán las siguientes reglas para la solicitud, decreto, práctica, modificación, sustitución o revocatoria de las medidas cautelares: (...).*

2. Para que sea decretada cualquiera de las anteriores medidas cautelares, el demandante deberá prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica. Sin embargo, el juez, de oficio o a petición de parte, podrá aumentar o disminuir el monto de la caución cuando lo considere razonable, o fijar uno superior al momento de decretar la medida. No será necesario prestar caución para la práctica de embargos y secuestros después de la sentencia favorable de primera instancia”.

razonablemente que los demandados tengan la intención de impedir la efectividad de la sentencia.

Se manifiesta como razón de la medida la duración del trámite ordinario laboral sin siquiera aducir que el extremo pasivo haya intentado evadir el pago de una eventual condena. Tampoco se puede concluir una amenaza a los derechos cuya declaración reclama en este expediente, de la edad de las partes (75 años para la demandante y 72 y 78 años para los demandados – Audiencia virtual del 4 de octubre de 2021 Hora 1:34:11, 1:55:00 y 2:04:30), menos aun cuando se afirma por la misma demandante que los demandados tienen la propiedad de bienes muebles e inmuebles que permitirían sufragar un eventual pago. En caso de una condena, tales bienes podrán ser perseguidos contra los demandados o contra sus herederos determinados e indeterminados (artículo 87 del CGP) si aquellos hubieran muerto.

Menos aun demostró la parte demandante haber cumplido con la obligación que impone la norma de *“prestar caución equivalente al veinte por ciento (20%) del valor de las pretensiones estimadas en la demanda, para responder por las costas y perjuicios derivados de su práctica”*. El cumplimiento de este requisito resulta particularmente necesario a juicio del Tribunal, pues se trata de un proceso declarativo de derechos y no de un proceso de ejecución, y en este momento procesal no existen elementos de juicio suficientes para determinar, *prima facie*, que los demandados sean los llamados a responder por las acreencias reclamadas. Incluso uno de ellos, ERNESTO WALTEROS CAMARGO es una persona de la tercera edad, pues supera los 76 años³ (tiene 78 años– Audiencia virtual del 4 de octubre de 2021 Hora 1:34:11) lo que exige mayor precaución a la hora de imponer cargas cuyo sustento y

³ Ver Corte Constitucional, Sentencia T-013 de 2020: *“(…), la calidad de “persona de la tercera edad” solo puede ostentarla quien no solo es un adulto mayor, sino que ha superado la esperanza de vida. (…)*.

Durante el periodo comprendido entre 2015 y 2020, conforme el documento titulado “Indicadores Demográficos Según Departamento 1985-2020. Conciliación Censal 1985-2005 y Proyecciones de Población 2005-2020” emitido por el DANE[114], la esperanza de vida al nacer para la totalidad de la población en Colombia (sin distinguir entre hombres y mujeres), se encuentra estimada en los 76 años. Por lo tanto, una persona será considerada de la tercera edad solo cuando supere esa edad, o aquella que certifique el DANE para cada periodo específico”.

proporcionalidad -se repite- solo se podrá definir cuando se hayan evacuado las pruebas del proceso y se haya definido si existen o no las obligaciones reclamadas al pago de unas sumas de dinero, y su titularidad pasiva⁴.

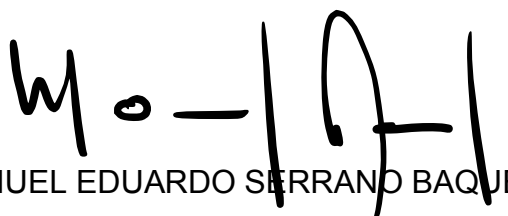
Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** el auto del 4 de octubre de 2021.
2. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-043 de 2021.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE NELLY JARAMILLO GÓMEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por todas las demandadas, así como para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 6 de octubre de 2021 por el Juez Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NELLY JARAMILLO GÓMEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario se declare la nulidad de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en el mes de

junio de 1996, y se declare la nulidad de los posteriores traslados horizontales entre fondos privados, con fundamento en que los asesores comerciales de las administradoras de pensiones no la asesoraron de forma adecuada, ni realizaron un estudio pensional que le permitiera conocer la mejor opción de régimen pensional conforme su historia laboral, perfil profesional, núcleo familiar y proyecto de vida. Como consecuencia de lo anterior pide que se le ordene a COLPENSIONES que reciba la afiliación de la demandante en el RPM sin solución de continuidad, y se le ordene a la AFP PORVENIR S.A. trasladar la totalidad de los dineros obrantes en la respectiva cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos con destino a COLPENSIONES (ver demanda en folios 3 a 20 del plenario).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones elevadas con fundamento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, y advirtió que dicho documento se presume auténtico en los términos establecidos en los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo 54A del CPT, y que las condiciones de afiliación, traslado, cotización y reconocimiento de prestaciones en ambos regímenes pensionales se encuentran definidos en la ley. Propuso como excepciones de mérito las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación* y la *excepción genérica* (ver contestación en el archivo No. 2 y subsanación en el archivo No. 9 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 no se aportaron pruebas en el expediente que demuestren que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por faltar la AFP con el deber de información, o de que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento por error, fuerza o

dolo, y por el contrario, se observa que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Además, advirtió que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, para trasladarse entre regímenes pensionales y que no se cumplen los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010, para que la demandante pueda retornar al RPM en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito las de *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del Sistema Pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación en el archivo No. 3, y subsanación en el archivo No. 8 del expediente digital).

Mediante auto proferido el 10 de junio de 2021 el Juez Treinta y tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá dispuso DAR POR NO CONTESTADA EN TIEMPO la demanda por parte de PROTECCIÓN S.A., con fundamento en que no se allegó el escrito de subsanación de la contestación de la demanda dentro del término legal concedido (ver auto en el archivo No. 11 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 6 de octubre de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y tres (33) 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 providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP PORVENIR S.A., y con esto a la afiliación realizada el 8 de mayo de 1996, a la Sra. NELLY JARAMILLO GÓMEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.049.588.*

SEGUNDO: DECLARAR que la Sra. NELLY JARAMILLO GÓMEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.049.588, se encuentra efectivamente afiliada a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la Sra. NELLY JARAMILLO GÓMEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 43.049.588, a COLPENSIONES, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y cuotas de administración. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la Sra. NELLY JARAMILLO GÓMEZ. QUINTO: ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. y AFP PORVENIR S.A, a realizar el traslado de las cuotas de administración de manera proporcional al tiempo en que la demandante estuvo afiliada a cada AFP y a cargo de su propio patrimonio. Para esto se CONMINA a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas. SEXTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia. SÉPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de las demandadas AFP PORVENIR S.A. y AFP PROTECCIÓN S.A. se fijan como agencias en derecho la cantidad de dos (2) SMLMV a cada una de las demandadas y en favor de la demandante” (CD 1, audiencia virtual No 1, parte 2, minuto 25:55).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó haber cumplido con el deber de información que tenía frente a la accionante en el momento en el que operó su traslado de RPM, y advirtió que la suscripción del formulario de afiliación no es prueba de del consentimiento informado. Además, manifestó que se apartaba de la tesis aplicada por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre los actos de relacionamiento para convalidar las falencias en las que se incurrió para el momento del traslado al RAIS.

RECURSOS DE APELACIÓN

Presentaron recurso de apelación las apoderadas de PORVENIR, PROTECCIÓN SA y COLPENSIONES.

La apoderada de PORVENIR S.A. pide que se revoque el fallo de primera instancia, o de forma subsidiaria, se revoque la condena a devolver los gastos de administración que se cobraron durante la afiliación de la demandante. Afirmar que el juez de primera instancia le restó valor probatorio al formulario de afiliación, pese a que es plena prueba de la existencia y validez del traslado conforme las normas vigentes para la época de dicha vinculación. Además, considera que la demandante en el interrogatorio de parte que rindió en la audiencia reconoce el conocimiento de aspectos básicos de los dos regímenes pensionales y las condiciones de pensión en el RAIS, y estima que se debe aplicar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia (SL 2753) que trata de los actos de relacionamiento, con los cuales la afiliada dejó ver su voluntad de permanecer vinculada en el RAIS. Finalmente, señaló que los gastos de administración no tienen como finalidad financiar la pensión de la actora, fueron descontados para gestionar su cuenta de ahorro individual y la normatividad no contempla la devolución de dichos conceptos cuando opera el traslado de régimen pensional, pero de todas formas, como consecuencia de la ineficacia, se debería entender la improcedencia de su devolución junto con los rendimientos financieros, los cuales no se hubieran causado en el RPM. No obstante lo anterior y en caso de confirmarse dicha condena, solicita que se estudie la prescripción de estos conceptos (CD 1, audiencia virtual No 1, parte 2, minuto 28:06).

La apoderada de PROTECCIÓN pide que se revoque parcialmente la sentencia de primera instancia en cuanto la condenó a la devolución de los gastos de administración que cobró durante la permanencia de la afiliada. Afirmar que dichos descuentos se encuentran autorizados en la normatividad, sirvieron para generar un beneficio económico a favor de la parte demandante, y también hubiesen sido descontados en el RPM de haber continuado la

afiliación de la demandante en dicho régimen (CD 1, audiencia virtual No 1, parte 2, minuto 38:52).

Finalmente la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque el fallo de primera instancia. Considera que no se puede aplicar de manera indiscriminada la jurisprudencia trazada por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la materia, en el caso de personas que buscan obtener un beneficio indebido en el valor de su mesada pensional, pues ello va en contravía de los principios de la autonomía de la voluntad del afiliado y la libre elección del régimen pensional y pone en riesgo el derecho pensional de los afiliados que siempre han cotizado en el RPM. De todas formas, manifiesta que la demandante ratificó su voluntad de permanecer afiliada en el RAIS con los múltiples traslados horizontales realizados y con su omisión en pedir la rescisión del acto de traslado de forma oportuna (CD 1, audiencia virtual No 1, parte 2, minuto 42:18).

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 privado de pensiones, la demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 142 semanas¹, 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, 6 meses y 4 días)², y para la fecha de presentación de la demanda ya tenía cumplida la edad de pensión

¹ Ver reporte de semanas cotizadas en el historial de cotizaciones aportado por COLPENSIONES – ver carpeta comprimida No. 5 del expediente digital.

² *Ibidem*.

(tenía 57 años – ver cédula de ciudadanía a folio 42 y constancia de la presentación de la demanda a folio 42).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{3 4}, 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 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*

³ 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 a 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*”.

⁴ 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*”.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de

régimen de la demandante, pues 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”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues únicamente indicó que en reunión grupal organizada en la empresa para la que laboraba le explicaron que el ISS se encontraba en quiebra y que los aportes pensionales se podían perder, por lo que debían trasladarse a un fondo privado (audiencia virtual, parte No 1, minuto 23:37), no reconoce haber recibido información completa y oportuna, respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

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”* o *ratificación* de la afiliación la permanencia de la actora en el RAIS o por posteriores traslados entre fondos pensionales; la afiliación inicial operó en mayo de 1996 en la AFP PORVENIR S.A., posteriormente se trasladó a la AFP PROTECCIÓN el 9 de mayo de 2001, y después se trasladó a la AFP PORVENIR el 7 de agosto de 2003, AFP en la que se encuentra actualmente afiliada.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de todos los valores correspondientes a las cotizaciones y rendimientos financiero, sin poder descontar valor alguno por concepto de cuotas de administración, y a cargo de PROTECCIÓN S.A. trasladar los valores correspondientes a las cuotas de administración y comisiones que cobró durante el tiempo en el que la demandante estuvo afiliada en dicho fondo privado, para lo cual se sigue 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), y por ello no opera el fenómeno prescriptivo sobre dichos valores.

Dicha orden incluye la devolución las primas de las aseguradoras y de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, los previsionales), pues conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el juez de primera instancia.

Conociendo en consulta y apelación a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión 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 de la demandante en

⁵ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

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

COSTAS en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A. y 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. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en el evento de asumir la obligación pensional a favor de la parte demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos privados de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** en la apelación a cargo de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE GILMA ESPERANZA GONZÁLEZ JAIMES
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**

Bogotá D.C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la misma entidad, la sentencia dictada el 5 de agosto de 2021 por la Juez Treinta y cuatro (34) 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, GILMA ESPERANZA GONZÁLEZ JAIMES presentó demanda contra la COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la anulación de su traslado del RPM al RAIS, ocurrido el 28 de agosto de 2008, con fundamento en que el promotor de la AFP COLFONDOS S.A. se limitó a llenar un formato preestablecido sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta, respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS, ni sobre las consecuencias negativas o

específicas de abandonar el RPM, y por el contrario, los fondos privados publicitaron información que faltaba a la verdad. Como consecuencia de lo anterior pide se declare que se ordene el traslado de la afiliación de la demandante a COLPENSIONES, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen, y se le ordene a COLFONDOS S.A. la devolución de todos los valores que recibió con motivo de la afiliación o traslado de la demandante. Además, solicitó que en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo privado, se siga pagando la misma hasta tanto opere su traslado (ver demanda en las páginas 1 a 35, y subsanación en las páginas 238 a 277, archivo No 1 del expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la escogencia del RAIS se dio en debida forma, pues no obra prueba con la que se demuestra que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por una falta en el deber de información a cargo de la AFP, o que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento por error, fuerza o dolo, y estima que no puede verse damnificada y hacerse acreedora de obligaciones que se encuentran a cargo del fondo privado de pensiones. Advirtió que en el caso bajo estudio la demandante no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010, para poder trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Propuso como excepciones de mérito las de *descapitalización del Sistema Pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica* (ver contestación en las páginas 285 a 317 del expediente digital).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderada, se ALLANÓ a las pretensiones de la demanda, y solicitó que no se le impusieran

costas judiciales y/o agencias en derecho (ver memorial en la página 347 del expediente digitalizado).

Terminó la primera instancia con sentencia de 5 de agosto de 2021, mediante la cual la Juez Treinta y cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia y/o nulidad del traslado realizado por la demandante GILMA ESPERANZA GONZALEZ JAIMES, del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado el 28 de agosto de 1995, a través de su afiliación a la administradora de fondos de pensiones y cesantías COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones y cesantías AFP COLFONDOS S.A., a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante GILMA ESPERANZA GONZÁLEZ JAIMES, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren generado. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la demandada sociedad AFP COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., con motivo de la afiliación de la demandante GILMA ESPERANZA GONZÁLEZ JAIMES, como son las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y a tenerlos como semanas efectivamente cotizadas. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas. QUINTO: abstenerse de imponer condena en costas a las partes. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión envíese ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en grado jurisdiccional*

de consulta a favor de COLPENSIONES” (audiencia virtual, hora 1, minuto 29:03).

Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS S.A. omitió suministrar información suficiente sobre las consecuencias del traslado régimen, ni se demostró que se le hubiese realizado una proyección sobre su futuro pensional, para que se pudiera entender que la demandante tomó una decisión consiente e informada.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia. Afirma que no se aportó prueba que demuestre la existencia de vicios en el consentimiento conforme lo dispuestos en el artículo 1740 del Código Civil, y por el contrario, se aportó el formulario de afiliación, documento que estima idóneo para acreditar la manifestación de voluntad libre y espontánea que expresó la actora para trasladarse de régimen pensional. Además, manifiesta que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal para retornar al RPM en cualquier tiempo, y advirtió no se alegó la nulidad edentro del término establecido en el artículo 1750 del Código Civil, esto es, dentro de los 4 años siguientes a la celebración del acto jurídico (audiencia virtual, hora 1 minuto 31:01).

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 a la afiliada 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 privado de pensiones el demandante

tenía 37 años de edad y había cotizado 456.86 semanas¹; 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, 7 meses y 23 días)²; y para la fecha de presentación de la demanda tenía cumplida la edad necesaria para acceder a la pensión (tenía 61 años de edad – ver cédula y constancia de presentación de la demanda, en las páginas 91 y 234 del expediente digitalizado).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, según

¹Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES aportada con el expediente administrativo.

² *Ibídem*.

³ 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”.

⁴ 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

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 han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema a los afiliados, 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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues COLFONDOS 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”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante, pues únicamente indicó que recibió asesoría individual de un promotor comercial del fondo privado, quien le indicó que el ISS se iba a acabar y que COLFONDOS S.A. era el mejor lugar para realizar sus aportes, pues se pensionaría con un valor similar al salario que devengue en el momento de su retiro, el dinero consignado generaría dividendos y rentabilidad, además tendría la posibilidad de ir abonando dinero adicional para acceder a la pensión en un mayor valor y podría tener derecho a una menor edad (audiencia virtual, minuto 13:42). En el traslado efectuado dijo no haber recibido información completa respecto a las condiciones, las

características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales.

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 de la actora en el RAIS.

Conociendo en apelación y consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para: (i) ordenar la devolución de los gastos de administración que cobró el fondo privado durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada en dicho régimen, 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), Corporación que ha estimado que esta declaración (la ineficacia), obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO); y (ii) 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.

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. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver los gastos de administración que cobró durante la permanencia de GILMA ESPERANZA GONZÁLEZ JIAMES en el RAIS, con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.
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 incurrió el fondo de pensiones.
3. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
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 ÉDGAR ALBERTO DÍAZ GUTIÉRREZ 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 veintiuno (2021)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 20 de octubre de 2021 por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Téngase por reasumido el mandato por el doctor ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ, quien se identifica con T.P. 115.849, para actuar como apoderado principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ÉDGAR ALBERTO DÍAZ GUTIÉRREZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se *deje sin efecto ni eficacia* su traslado del RPM al RAIS ocurrido en abril de 2002, con fundamento en que al afiliarse a la AFP HORIZONTE S.A., posteriormente absorbida por PORVENIR S.A., se le indujo a error al no estar precedido de información que le permitiera asumir de manera objetiva la decisión, en tanto no se le dieron mayores explicaciones sobre las implicaciones a futuro sobre el valor de su pensión. Ahora al encontrarse cerca de la edad pensional, evidencia que, contrario a lo indicado al momento del traslado, en su caso no fue mejor el cambio, pues la mesada que recibiría en el RPM es muy superior a la que obtendría en el RAIS, la cual no le alcanzaría para cubrir sus gastos. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene su *traslado* a COLPENSIONES y la transferencia a ésta del capital ahorrado y, en caso de existir diferencia en el capital necesario para el reconocimiento pensional, se le autorice a pagarlo (ver demanda en archivos 01 y 07).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, argumentando que la afiliación a dicha entidad se efectuó de manera libre, voluntaria e informada, previa asesoría amplia y suficiente sobre las características, requisitos y condiciones del RAIS, como lo manifestó el actor en el formulario correspondiente, según las normas vigentes, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones. Resaltó que el sistema de seguridad social es público y su regulación se encuentra estipulada en la Ley, sin que sea dable a las partes pactar condiciones diferentes. Adicionalmente, señaló que la primera afiliación del actor a seguridad social fue en el RAIS, a través de la AFP HORIZONTE en 1997 y posteriormente se trasladó a COLPATRIA S.A. en 1999, según registro de Asofondos, por lo que de declararse la ineficacia quedaría desafiliado del sistema. Así mismo, el demandante nunca presentó inconformidad ni hizo uso del derecho de retracto, el cual siempre le fue garantizado, lo que sumado a su permanencia

en dicho régimen da cuenta de su ratificación tácita de la afiliación. El actor se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003. No se advierte pues, causal alguna de ineficacia en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993. Si se condena, no es dable devolver gastos de administración ni primas de seguros previsionales, pues éstos ya cumplieron su cometido legalmente establecido y, en todo caso, dichos rubros son susceptibles de prescripción, pues no están destinados a financiar la pensión. Advirtió que la acción se encuentra prescrita, pues no todo lo relacionado a derechos pensionales es imprescriptible. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en archivo 24 folios 1 a 23).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones incoadas, con fundamento en que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS, según formulario de afiliación suscrito voluntariamente, sin que obre medio probatorio alguno que acredite lo contrario o la existencia de un vicio en el consentimiento, como era su deber legal, o siquiera se hubiera planteado una inconformidad por parte del actor ni que hubiera hecho uso del derecho de retracto. Agregó que no es procedente el traslado, puesto que el actor se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no cumple los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010, al no ser beneficiario del régimen de transición. Así mismo, la causal de nulidad aducida no se alegó dentro del término legal establecido para el efecto. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad*

social del orden público e innominada o genérica (ver contestación en archivo 27).

Terminó la primera instancia con sentencia de 20 de octubre de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del señor EDGAR ALBERTO DÍAZ GUTIÉRREZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad con la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., y como consecuencia, se ordena al de pensiones privado PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos, según lo indicado en la parte motiva. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a pagar con su propio patrimonio, la disminución del capital de financiación de la pensión del demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que estuvo vinculado a este fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia. TERCERO: Se CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a afiliarse nuevamente a EDGAR ALBERTO DÍAZ GUTIÉRREZ al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que hubiese efectuado con la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. CUARTO: Se CONDENA EN COSTAS a PORVENIR, por lo tanto, señalamos como agencias en derecho \$2.000.000, que se incluye en la liquidación de costas. Sin costas a cargo de COLPENSIONES. QUINTO: De no apelarse la decisión se remite al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral, para que se estudie en consulta”* (Audiencia virtual del 20 de octubre de 2021 – archivo 36 Min. 47:46).

Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP PORVENIR S.A. no probó que se hubiera brindado asesoría suficiente sobre las particularidades del RAIS para entender que el demandante tomó una decisión libre, voluntaria e informada.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES, a través de su apoderado, pidió que se revoque la decisión en su totalidad, en cuanto correspondía a la parte actora probar el vicio en el consentimiento aducido, de conformidad con la carga de la prueba señalada en el artículo 167 del CGP. Resaltó que cualquier duda en la aplicación de las normas al momento del traslado constituye un error de derecho y no de hecho; dice que resulta desproporcional la declaratoria de nulidad, pues se afecta la sostenibilidad financiera del sistema, máxime cuando han transcurrido más de 20 años desde el traslado, y en caso de condenar en costas, se generaría un mayor detrimento patrimonial a la entidad (Audiencia virtual del 20 de octubre de 2021 – archivo 36 Min. 49:38).

En recurso, PORVENIR S.A., a través de su apoderado, también pidió que se revoque la decisión, por considerar que no hay lugar a declarar la ineficacia, en tanto no se demostró algún daño o perjuicio causado por la demandada, sin que sea dable establecer una responsabilidad objetiva. Resaltó que se debieron tener en cuenta los actos de relacionamiento, pues en cada traslado en 1997, 1999 y 2002, en los cuales cada AFP era una persona jurídica diferente. No se puede desconocer el formulario de afiliación, pues no fue tachado de falso ni desconocido, y la jurisprudencia no puede establecer tarifas probatorias. Resulta contradictorio declarar que el actor nunca estuvo en el RAIS, pero se ordena el traslado de los rendimientos, sin que se puedan hacer descuentos de los gastos de administración y éstos se deban pagar con el patrimonio de la AFP, sin que exista norma que así lo disponga ni se haya probado un detrimento patrimonial que así lo genere. Finalmente, considera que la condena en costas debió ser aplicada para todos los vencidos en juicio

o se hubiera relevado a todos ellos, conforme al artículo 365 del CGP (Audiencia virtual del 20 de octubre de 2021 – archivo 36 Min. 52:41).

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 43 años de edad y había cotizado 556,14 semanas¹, 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 8 años 4 meses y 23 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 66 años de edad – ver archivo 03 y expediente administrativo en archivo 29).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 02 folios 16 a 21 y en el expediente administrativo – archivo 28.

² *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{3 4}, 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 han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del sistema al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias»*”. Además –dice la Corte- (ii) “*Si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del*

³ 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”.

⁴ 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”.*

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, 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"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante pues indicó que su traslado se dio debido a una oferta de un asesor del fondo privado que en varias ocasiones fue a su consultorio, en que le indicó en una corta charla y de *afán* que el ISS estaba en desaparición, que sus aportes le generarían beneficios y aumentarían *en cantidad para la pensión* (Audiencia virtual del 20 de octubre de 2021 – archivo 36 Min. 15:23).

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 ni los traslados al interior de dicho régimen.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que sea posible descontar suma alguna por gastos de administración o cualquier otra causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, “*pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES*” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo que incluye la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes, conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵ pues este porcentaje hace parte de los gastos de administración cuya devolución ordenó el Juez de primera instancia.

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

Finalmente, 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, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación en el archivo 24 folios 1 a 23), sin que dicha entidad se encuentre legitimada para cuestionar la falta de condena en costas en contra de COLPENSIONES, decisión que, en todo caso, podía tomar el Juez de primera instancia de conformidad con la prosperidad de la demanda y el interés de las demandas en el proceso (artículo 365 numerales 5 y 6 del CGP).

COSTAS en apelación a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.

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

RESUELVE

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

EXP. 35 2020 00473 01

Édgar Alberto Díaz Gutiérrez Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra

3. COSTAS de segunda instancia a cargo de PORVENIR S.A. y
COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

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