

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE DIANA ASTRID PÉREZ MARÍN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Y LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 interpuesto por PORVENIR, PROTECCIÓN, COLFONDOS Y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 6 de diciembre de 2021 por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá en la cual 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, DIANA ASTRID PÉREZ MARÍN presentó demanda contra la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA 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 *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación realizada a COLFONDOS en el año 1995, con fundamento en que ese fondo de pensiones no informó sobre las condiciones para pensionarse en el régimen de ahorro individual, los plazos para retornar al régimen de prima media, los presupuestos para la devolución de saldos, ni elaboraron una proyección de su pensión, entre otras características propias del RAIS. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación, y a la AFP trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de su vinculación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado (ver demanda y su subsanación, folios 3 a 28 y CD folio 161).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, a través de apoderada judicial, dio respuesta al libelo introductor. Se opuso al éxito de las aspiraciones de la demanda que involucran a esa sociedad, porque, a su juicio, nos encontramos frente a un acto válido, existente, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo lo cual se constata con el formulario de afiliación –el cual se ajusta a las previsiones del Decreto 682 de 1994-, en el que se dejó expresa constancia que el acto se realizó de forma libre y voluntaria, negocio jurídico que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes que generó derechos y obligaciones recíprocas. Sostiene que la forma como se liquida la pensión de vejez en el RAIS no puede significar la unidad del acto, debido a que dicha fórmula está consagrada en la Ley, no siendo razón válida para que se deje sin efectos el traslado, el valor de la mesada que le correspondería. Señala que esa AFP ofrece a sus afiliados una asesoría completa y comprensible, en los términos de las disposiciones y exigencias vigentes para la época. Indica que solo hasta la promulgación de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 255 de 2010 se estableció expresamente el deber de las Administradoras de Fondos de Pensiones de asesorar e informar a sus consumidores financieros sobre los efectos, beneficios e inconvenientes de los regímenes pensionales y la Ley 1748 de 2014 ordenan poner a disposición de

los usuarios herramientas financieras que les permitan tener mayor comprensión sobre el régimen pensional. Alega que el desconocimiento de la ley no excusa de su cumplimiento y que era deber de la demandante estudiar sobre situaciones, contratos y productos que desea adquirir. Formuló como excepciones 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, 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, Reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa* y la innominada (ver contestación CD folio 169).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones que afectarían a la entidad, por cuanto, en su sentir, no existe prueba dentro del expediente que dé cuenta que a la demandante se le haya hecho incurrir en un error por falta al deber de información o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento –error, fuerza o dolo- y, por el contrario, dice, de la documental se observa que su afiliación al RAIS fue libre, voluntaria y sin presiones. Además, asegura, en el asunto no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 y tampoco procedería el traslado en los términos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Resalta que la actora no hizo uso del derecho de retracto, a la fecha de vinculación al régimen de ahorro individual no contaba con una expectativa pensional y no tiene el requisito de semanas para retornar el cualquier tiempo. Refiere no ser aplicable la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en este asunto, por cuanto no existe una situación que resulte gravosa para la afiliada, como en los casos estudiados por esa Corporación y que la inversión de la carga de la prueba ubica a las administradoras de los diferentes regímenes en circunstancias de imposible demostración. Propuso en su defensa las excepciones 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 (CD folio 171).

Enterada de la demanda, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS, dio respuesta por intermedio de apoderado judicial y se opuso a las pretensiones. Considera que la nulidad o ineficacia es una aspiración carente de fundamento fáctico y jurídico, por cuanto, en lo que respecta a esa AFP, brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de las implicaciones de su decisión de trasladarse, recordándole las características del RAIS, su funcionamiento y las diferencias con el RPM, ventajas y desventajas, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen, la opción legal de retracto, la forma como se construyen las pensiones etc., acorde con las disposiciones legales vigentes para la época, de allí que contara con información clara, cierta, completa y precisa previo a su traslado, lo cual conlleva a afirmar que no existió omisión de información, ni debida o equivocada asesoría. Asevera no ser posible pretender que se deje sin efecto un acto válido, que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la afiliada, no existiendo razones para declararlo nulo o ineficaz porque no se está vulnerando su derecho pensional. Tampoco existió vicio alguno del consentimiento ni se configuraron los supuestos de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito planteó las *de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrador por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago*, y la genérica (ver contestación, CD folio 181).

Por último, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se pronunció a través de apoderada judicial,

aduciendo su opinión a la prosperidad de las aspiraciones del escrito inicial que le eran contrarias. Afirma que cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros de las normas vigentes en ese momento para el cual no se exigía una ilustración en los términos reclamados en la demanda, la que solo vino a ser determinada con posterioridad a través de la jurisprudencia de la Corte y, más adelante, por las disposiciones legales. Adicionalmente, apunta, la demandante tenía capacidad para celebrar el negocio jurídico y que no toda omisión de la información afecta el consentimiento, aunado a que le correspondía a la afiliada informarse sobre las consecuencias del tránsito de régimen que estaba suscribiendo. Advierte que no existe norma legal que establezca la ineficacia de un traslado por ausencia de información completa al afiliado, no se configura debilidad negocial o posición dominante por parte de los fondos de pensiones y la improcedencia del traslado de gastos de administración como consecuencia del traslado. En su defensa presentó las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (ver contestación, CD folio 183).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de diciembre de 2021, mediante la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez 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 COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS hubiera brindado una debida asesoría 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, en el cual las demandadas fundan su defensa. Agregó que no se encontró confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte rendido por la actora, así como tampoco el posterior traslado realizado al interior del RAIS.

Señaló que la acción no se encuentra prescrita por la relación que guarda con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora DIANA ASTRID PÉREZ MARÍN al régimen de ahorro individual el 21 de septiembre de 1995 con fecha de efectividad 1 de octubre del mismo año, esto es de 1995, por intermedio de COLFONDOS S.A., quedando afectada de ineficacia también los traslados realizados con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR en el año de 1998, la de PENSIONES Y CESANTÍAS COLMENA, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. en el año de 1999. En consecuencia se DECLARA como afiliación válida la del régimen de prima media administrador por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos, los dineros destinados a la garantía de la pensión mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional debidamente indexado desde el nacimiento del acto ineficaz hasta cuando se traslade su pago, los cuales deberán ser asumidos con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado. Para ello se concede el término de un mes. Todos estos dineros de la cuenta de ahorro individual de la señora DIANA ASTRID PÉREZ MARÍN, para el momento de cumplirse esta orden se deberán discriminar los conceptos con sus respectivos valores, con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingresos base de cotización y demás información relevante que los justifique. TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES dentro del término de un mes siguiente a la ejecutora de esta decisión, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la señora*

DIANA ASTRID PÉREZ MARÍN por motivo de gastos de administración, comisión, aportes, de la garantía de la pensión mínima, seguros provisionales y descontado por concepto de traslado debidamente indexados con cargo a sus propios recursos y utilidades. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones efectuadas por las pasivas, por PROTECCIÓN, COLPENSIONES, COLFONDOS Y PORVENIR. SEXTO: COSTAS de esta instancia a cargo de Colfondos liquídense por secretaría inclúyase como agencias en derecho la suma de \$1.500.000. SIN COSTAS en contra de COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR. SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión con el superior por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – CD folio 206 hora 1 minuto 21:49).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., pidieron se revoque la condena en lo que toca a la devolución de los gastos de administración indexados.

La primera, argumenta que, a su juicio, i) no existió ningún perjuicio para la afiliada y, por el contrario, a partir de la buena gestión de esa AFP se obtuvieron rendimientos que son muy superiores a las deducciones hechas por este concepto; ii) estos recursos ya no se encuentran a su cargo por cuanto fueron empleados, de una parte, para adquirir la póliza de seguros previsionales, y de otra, trasladar un porcentaje al fondo de solidaridad, último que, ante dicha determinación de reembolso, dice, debe ser vinculado al proceso pues de lo contrario, se enriquecería sin causa y iii) se torna en una condena de perjuicios que no fue objeto de discusión¹ (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – CD folio 206 hora 1 minuto 24:14).

¹ “Gracias su señoría. Siendo la oportunidad procesal pertinente me permite interponer recurso de apelación frente a la condena impuesta a la devolución gastos de administración

PORVENIR, por su parte, considera que dicha orden no es justa y es contradictoria, ya que si el efecto de la ineficacia es retrotraer todo a su estado original, no habría lugar a devolver los rendimientos, aunado a que la deducción de estas sumas se efectuó al amparo de lo previsto en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y las destinó conforme a esa disposición, lo cual permitió la cobertura para los riesgos de invalidez y sobrevivencia. Arguye que estos dineros no están destinados al financiamiento de la pensión, por lo que tiene derecho a conservarlos² (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – CD folio 206 hora 1 minuto 26:31).

debidamente indexada. Solicito a los honorables magistrados se revoque la condena impuesta por conceptos devolución de los gastos de administración debidamente indexados teniendo en cuenta que conforme a la buena gestión realizada por mí representada se lograron unos rendimientos que duplicaron los aportes realizados la parte demandante, siendo así que nos evidencia perjuicio. Es de señalar que si se declara la unidad o ineficacia y se trasladan los aportes y los rendimientos, estos últimos se equipararan y son mayores a las sumas descontadas por gastos de administración y es de resaltar que estos no los tiene mi representada por cuanto estos utilizan para adquirir la póliza de seguros previsionales y también se traslada un porcentaje al fondo de solidaridad y de ser así este último se tendría que haber vinculado a la presente demanda con el fin de que devuelva lo recibido por conceptos de afiliación de la demandante ya que se tendría por un enriquecimiento sin justa causa por parte del fondo de solidaridad. De otra parte la condición puesta mi representada a devolver los gastos de administración de buena manera indexada, se tomaría como una condena en daños y perjuicios situación que no fue discutida dentro del presente asunto así como tampoco se allega prueba sumaria donde se demuestre qué se genera un daño menoscabo o perjuicio en los aportes pensionales de la parte demandante contrario a eso la buena gestión con los aportes pensionales por parte de con fondos se generó un rendimiento qué fueron consignados a la cuenta de ahorro individual de la parte demandante, por lo cual no se genera un perjuicio, más a devolver lo que corresponde a cotizaciones y a los rendimientos entiende que se devuelve el 100% de la base de cotización y los intereses por lo tanto se solicita realizar una ponderación entre lo qué se descuenta por gastos de administración y los intereses que se generaron en la cuenta ahorro individual y se tendría que estos últimos son mucho mayores por lo tanto no hay lugar a generar una condena en contra del patrimonio de mi representada, debe tenerse presente que mi representada siempre actúa de buena fe y conforme a la normativa vigente, máxime cuando esto debió haber sido discutido a la luz de una responsabilidad civil. De lo anteriormente expuesto solicito a los honorables magistrados de Tribunal Superior del Distrito Judicial la ciudad de Bogotá, revocar parcialmente la sentencia de primera instancia. Gracias su señoría”

² “Gracias su señoría estando en esta oportunidad procesal me permito interponer el recurso de apelación de manera parcial ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá respecto pues a la condena a mi representada a devolver los conceptos de gastos de administración, sumas de la aseguradora y sumas de garantía de la pensión mínima durante el tiempo de vinculación de la demandante con mi representada, es decir, de 1998 y 1999 y es que considera Porvenir que este tipo de condenas realmente no es justa y es contradictoria, puesto que se está declarando esta ineficacia en el traslado y por lo tanto se pierden los efectos y se retrotrae todo a su estado original por eso pues existe este tipo de condenas. Sin embargo mi representada considera que así como se retrotrae de todo a su estado original y hay que devolver gastos y demás, considera que entonces no habría lugar a que también se van devolver conceptos como gastos de administración, perdón, este tipo de rendimientos y demás, además que esto es un cumplimiento de un deber legal, entonces considera está

A su turno PROTECCIÓN, afirma que estos descuentos se realizan en ambos regímenes, de allí que se hubieren efectuado aún si estuviera afiliada al RPM, los que por ley tienen una destinación específica distinta al pago de mesadas pensionales. Además, asegura, estos se encuentran sustentados con los rendimientos financieros generados en la cuenta de ahorro individual, por lo que su devolución a COLPENSIONES constituiría un enriquecimiento sin causa a favor de esa entidad. Pide se declare la prescripción sobre este concepto³ (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – CD folio 206 hora 1 minuto 30:14).

apoderada qué es un trato diferenciado que se le da a los conceptos producto desafiliación al régimen de ahorro individual, es decir, pues estos gastos sumas de aseguradora y por ende los rendimientos y claramente con esta condena se está desconociendo los principios de igualdad y los efectos de esta declaratoria de ineficacia. Aunado a ello debe tenerse en cuenta que es representada hizo alguna deducción por estos conceptos durante el tiempo de afiliación de la demandante, pues es claro que lo hizo amparado en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 que establece cuáles son los aportes y a qué están destinados y pues es claro que esa deducción pues se hizo conforme a la ley, pues se cumplió con estos presupuestos legales Porvenir hizo está correcta administración de los recursos durante este tiempo, pues se vio reflejado en los rendimientos que se generaron en dicho momento y dineros que a su vez se trasladaron es su totalidad a la AFP COLMENA con motivo a ese nuevo traslado realizado por parte de la demandante, Además frente a todas estas sumas de seguros de invalidez, sobrevivencia, tiene que, la demandante tuvo esa cobertura durante su vinculación que tuvo con mi representada y tuvo esa cobertura frente a esas contingencias, por lo que, pues estás sumas en su momento pues fueron trasladadas a las respectivas aseguradoras, por lo que no deben pues entonces retornar al régimen de prima media, además de que no era esa cobertura retroactiva ya se realizó durante ese tiempo y hace muchos años y que pues estos conceptos es claro que no están destinados al financiamiento de la pensión a orden de la demandante en el régimen de prima media por lo que considero que al declararse está ineficacia, pues considero que Porvenir pues tiene el derecho de conservar estos pues dineros en el tiempo, en ese año, puesto que hizo una correcta administración de los recursos, género los correspondientes rendimientos que se le obligó por ley y pues que en su momento fueron trasladados para la entonces COLMENA. Por lo tanto les solicito señores magistrados revocar de manera parcial está condena impuesta a mi representada. Muchas gracias”

³ “Muchas gracias señora juez de manera respetuosa me permito interponer recurso de apelación de manera parcial respecto de la condena a mi representada de trasladar los dineros correspondientes a las cuotas de administración y seguros previsionales, toda vez que estos son descuentos legales, exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes, es decir que si la demandante hubiese permanecido afiliada al régimen de prima media estos descuentos igualmente efectuado exactamente en los mismos porcentajes. Adicionalmente debemos recordar que por ley estos dineros tienen una destinación específica y deben depositarse en cuentas diferentes a las que tienen como finalidad el pago de las mesadas pensionales, tanto en el régimen de ahorro individual como en el régimen de prima media con prestación definida. Asimismo estos dineros se encuentran plenamente sustentados en los rendimientos que ha generado la cuenta de ahorro individual de la demandante mismos que se pueden evidenciar en el certificado aportes y rendimientos que fue aportado con la contestación de la demanda como prueba, evidenciando esto que mi representada cumplió cabalmente con su obligación para con la demandante y por esto estos gastos se encuentran plenamente sustentados. Ahora bien si tenemos que la consecuencia de la ineficacia la afiliación es entender que la demandante siempre ha estado afiliada en el régimen de prima

COLPENSIONES en la alzada, sostiene que debe analizarse el caso de la demandante al tenor del estatuto de nulidades, tal como fue pedido en la demanda, y no bajo la figura de la ineficacia. Argumenta que el tránsito de régimen de la actora se dio de manera libre y voluntaria, además de tener comportamientos dentro del RAIS, con los que ratificó su voluntad, tales como los traslados horizontales, a partir de los cuales, sostiene, es posible inferir el conocimiento frente a su funcionamiento. Asegura que esa entidad es la más afectada frente a la sostenibilidad financiera del sistema y que se ubica en una imposibilidad probatoria a la AFP por el tiempo en que se dio el traslado y las normas vigentes para la época frente al deber de información, en las que no se exigía registro documental distinto al formulario de afiliación.

Finamente, solicita, de no revocarse la sentencia, se condicione el cumplimiento de las condenas a su cargo, al acatamiento previo de las órdenes por la AFP y se abstenga esta Corporación de imponer costas pues no participó en el acto que se declara ineficaz⁴ (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – CD folio 206 hora 1 minuto 32:55).

media, lo lógico sería ordenar solamente el traslado de los aportes más los rendimientos que estos hubiesen generado en el RPM en qué es de público conocimiento que la rentabilidad del RAIS por muchos supera la del régimen de prima media y con la presente condena Colpensiones está incurriendo en un enriquecimiento sin causa, porque está recibiendo los rendimientos que son el fruto de la gestión que llevó a cabo mi representada y adicionalmente está recibiendo las cuotas de administración que son la contraprestación que por ley recibe mi representada en retribución por esa gestión administrativa que logró que se generaran esos rendimientos, adicionalmente cómo se evidencia en el certificado antes mencionado, la cuenta ahorro de la demandante no sufrió detrimento alguno por el paso del tiempo, por el contrario generó muy buenos rendimientos. Finalmente solicitó de manera respetuosa al Honorable Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral que se aplique la prescripción a estos dineros correspondientes a las cuotas de administración toda vez que la vocación de los mismos como ya se dijo no es la de financiar la mesada pensional y es una obligación de tracto sucesivo de la cual surgieron obligaciones para las partes, por lo que el concepto les es plenamente aplicable y adicionalmente ha transcurrido el tiempo suficiente para que se configure la misma. Dejo así sentado me recurso muchas gracias”.

⁴ “Gracias su señoría respetuosamente me permito interponer recurso apelación ante el Honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá y esto en atención a que discrepo totalmente de la sentencia proferida por la señora juez de primera instancia, teniendo en cuenta que el presente caso se debe realizar el estudio a la luz de las nulidades tal y como lo pretende la parte demandante con su escrito de demanda y no a la luz de la ineficacia del traslado, aparte es de tener en cuenta que la demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria y de conformidad con lo que establece el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal B. También es de tener en cuenta que con los traslados horizontales que realizó dentro del régimen de ahorro individual, tuvo comportamientos propios de datos de relacionamiento por lo cual es

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).

claro que la demandante desea continuar en el régimen al que pertenece, conoce el funcionamiento de este y se encuentra en disposición de recibir su asesoría y servicios aun cuando tuvo la oportunidad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, esto acompasado con sentencia SL 4934 de 2020 radicación 82099 de la magistrada ponente, la doctora Ana María Muñoz segura. Por otra parte es de tener en cuenta que la más afectada es Colpensiones y eso en lo atinente a la sostenibilidad del sistema pensional máxime cuando la afiliación se dio para el año 1995, queriendo decir esto que ha transcurrido aproximadamente más de 26 años a la fecha configurándose un imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado inicial fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo, que si bien la Corte Suprema utiliza la norma para la aplicación el debate de información el Decreto 663 de 1993; sin embargo pues este deber sólo se materializó a través de la ley 1748 del 2014 y el Decreto 2071 de 2015, pues los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido al formulario de afiliación para poder probar el conocimiento libre, voluntarios, sin presiones e informado por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de querer pertenecer al régimen de ahorro individual, siendo pues aquí en caso de la señora de mandarte la cual se escribió el formulario respectivo traslado para el año 1995 con la AFP Colfondos. Por último honorables magistrados en caso de no acogerse a los argumentos expuestos por mí representada y se confirme la providencia objeto de alzada solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante cómo son las cotizaciones, rendimientos financieros bonos pensionales, gastos de administración y los demás que dieran a lugar por el período en que permaneció afiliada la demandante al régimen de ahorro individual como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento hasta tanto la AFP no reintegre en totalidad los recursos, en igual sentido solicito a los honorables magistrados no sé condene en costas a mi representada toda vez que no participó en el acto que se presume ineficaz y es un tercero al que se le causa un daño justificado por un contrato entre dos partes ajenas a Colpensiones en ese sentido dejo sustentado mi recurso de alzada y muy respetuosamente solicito se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las condenas interpuestas en su contra. Gracias”

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 30 años de edad y había cotizado 196.57 semanas⁵, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años

⁵ Ver historia laboral actualizada ante COLPENSIONES – CD folio 171.

de cotizaciones al Sistema (tenía 2 años, 7 meses y 22 días)⁶, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de diez años para adquirir la edad de pensión (tenía 55 años de edad – ver folios 29 y 158).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{7 8}, 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).

⁶ *Ibídem*.

⁷ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

En estas providencias, 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 que para el momento de la vinculación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener la afiliada 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 SL1689 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 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. Allí indicó que el asesor le explicó que el ISS se iba a acabar, por lo que el futuro de sus aportes sería incierto, le describió beneficios y ventajas sin límites o restricciones, como por ejemplo, que su mesada pensional sería más alta, podría adquirir la pensión antes de la edad y retirar sus aportes cuando quisiera porque eran propios, o heredar los dineros sin ninguna condición, pero nunca le hicieron referencia a las condiciones para pensionarse en el RAIS o le pusieron de presente las características del mismo. Tampoco era consciente que con su afiliación estaba cambiando de régimen y que podía retornar al RPM (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – CD folio 206 Min. 22:25).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen o los traslados efectuados con posterioridad dentro del mismo como lo alega COLPENSIONES en el

recurso, y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa, así como la orden a PORVENIR y COLFONDOS de trasladar lo deducido por concepto de gastos de administración y comisiones, garantía de pensión mínima y seguros previsionales indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), lo 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 1993⁹, valores que se deben devolver *“debidamente*

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

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

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y para resolver los reparos formulados en la apelación, 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 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.

Además, frente a la petición realizada por esa entidad de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de la AFP, considera el Tribunal que ello no resulta procedente porque la resolutive ya está dispuesta en ese sentido.

COSTAS en apelación a cargo de las recurrentes.

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

RESUELVE

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

EXP. 21 2020 00046 01

Diana Astrid Pérez Marín Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras.

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 ALBA LIGIA LÓPEZ RODRÍGUEZ CONTRALA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 14 de diciembre de 2021 por la Juez Veintiuno (21) 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, ALBA LIGIA LÓPEZ RODRÍGUEZ 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* o, en subsidio, la *nulidad y/o* ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en 14 de abril de 2000, con fundamento en la omisión del deber de información relativa la pérdida de beneficios del RPM. Al realizar una simulación pensional previo a la presentación de la presente acción, evidenció que no obtendría un

derecho pensional en el fondo privado, mientras que en COLPENSIONES obtendría una mesada de \$4.178.342. Como consecuencia de lo anterior pide se condene a las demandadas al pago de los *intereses* generados por la demora en la autorización del traslado y la devolución de los aportes a pensión efectuados a la AFP COLFONDOS, y la indexación de las sumas adeudadas (ver demanda en archivo 01 folios 114 a 127).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría acerca de las características, ventajas y desventajas del RAIS y el RPM, así como sobre las normas que regulan el traslado, la rentabilidad y el derecho de retracto, conforme a lo cual suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria. La afiliación se efectuó 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, sin que pueda excusarse en el desconocimiento de la Ley. No existe vulneración del derecho pensional, pues la actora puede obtenerlo en dicha entidad, siempre que cumpla los requisitos legales. Resaltó que la demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS 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 acción 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, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la*

nulidad del traslado y compensación y pago (ver contestación en archivo 12 folios 4 a 17).

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 pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto o 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 se encuentra prescrita según la fecha en que se efectuó el traslado. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación el 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 15 folios 3 a 42).

Terminó la primera instancia con sentencia de 14 de diciembre de 2021, mediante la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLFONDOS S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la 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. No evidenció

confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte a la demandante. Tampoco puede entenderse como ratificación de la voluntad el paso del tiempo, pues no puede ratificarse un acto que nunca *prestó* efectos jurídicos. Finalmente, no hay lugar a declarar la prescripción de la acción, por tratarse de un derecho íntimamente ligado con la prestación pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ALBA LIGIA LÓPEZ RODRÍGUEZ al régimen de ahorro individual el 14 de abril de 2000, con fecha de efectividad a partir del 1 de junio del mismo año por intermedio de COLFONDOS. En consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz 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 ALBA LIGIA LÓPEZ RODRÍGUEZ. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de que se cumpla esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. 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 COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES conforme a lo motivado. QUINTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por la parte demandante. SEXTO: COSTAS de*

esta instancia a cargo de la AFP COLFONDOS y a favor de la parte demandante. Líquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas frente a COLPENSIONES. SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión con el Superior, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 14 de diciembre de 2021 – archivo 23 Min. 59:43).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada pide que se revoque la decisión, por considerar que este tipo de decisiones quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues afecta la forma en que se pagan las prestaciones de los pensionados actuales y se precaven los pagos futuros. Se genera un detrimento en el interés general a favor del particular. En caso de confirmar, solicita se estudie el pago de un cálculo actuarial por parte de la AFP o el afiliado, que permita financiar la prestación pensional (Audiencia virtual del 14 de diciembre de 2021 – archivo 23 Hora 01:01:41).

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 Privado de Pensiones la demandante tenía 39 años de edad y había cotizado 550,71 semanas¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 01 folios 82 a 87 y archivo 15 folios 43 a 50.

de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 5 años y 8 meses)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 59 años de edad – ver archivo 01 folio 6 y archivo 02).

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 al afiliado, y el

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”.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la

sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP COLFONDOS 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. Indicó que su traslado se dio cuando estaba vinculada como docente una de sus estudiantes, asesora de COLFONDOS, informó que el ISS se iba a acabar y todas las personas debían trasladarse a un fondo privado como el que ella representaba, en el que obtendrían mayores ventajas, sin indicar concretamente cuáles eran ni manifestar cuáles tenía antes en el RPM (Audiencia virtual del 14 de diciembre de 2021 – archivo 23 Min. 13:20).

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 la AFP COLFONDOS S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración y montos destinados a la garantía de pensión mínima, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier 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, valores que 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 y en respuesta a los argumentos de la apelación, 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.

COSTAS de segunda instancia a cargo de COLPENSIONES.

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 por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia 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 RUSSY
Magistrado

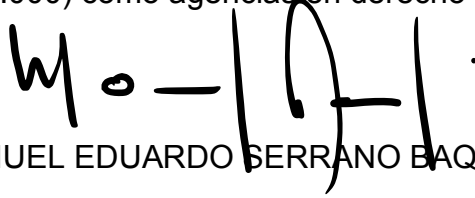


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 21 2020 00381 01

Alba Ligia López Rodríguez Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otra

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 - [illegible]'.

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 HÉCTOR RAMIRO SAGRE REINO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 16 de febrero de 2022 por la Juez Veintiuna (21) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, HÉCTOR RAMIRO SAGRE REINO presentó demanda contra 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 efectuado *a mitad del año 1997*, respecto del cual debe la AFP demostrar que cumplió el deber de información respecto del cambio de régimen pensional, beneficios y consecuencias del mismo. Efectuada la proyección por parte de PROTECCIÓN, se evidencia una mesada pensional muy 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, con la totalidad de los aportes, rendimientos actualizados y *bono pensional* si lo hubiere (ver demanda en archivo 01 folios 6 a 13).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, o el ejercicio de fuerza o dolo por parte de la AFP, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto o 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. Lo solicitado contraviene el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación el 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 06 folios 3 a 38).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, así como sobre las normas que regulan el traslado y efectuó una proyección pensional *estimativa* del valor de las mesadas. En consecuencia, se 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, como lo fue el no manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM. Así mismo, la entidad realizó reasesoría con proyección pensional al afiliado el 22 de febrero de 2011, esto es, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de administración ni de alguna suma a título de perjuicio o detrimento de los aportes, pues, por el contrario, éstos generaron rendimientos mientras estuvieron en su poder, con los cuales se efectuó su traslado a la actual administradora a la que se encuentra afiliado el actor. 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 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto e innominada o genérica (ver contestación en archivo 07 folios 3 a 22).

Terminó la primera instancia con sentencia de 16 de febrero de 2022, mediante la cual la Juez Veintiuna (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). 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 haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que el demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Resaltó que no fue oportuna la reasesoría al actor, pues se hizo sólo unos días del cumplimiento de la edad que le impedía el traslado voluntario, por lo que no tuvo la oportunidad de tomar una decisión. Finalmente, señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional de la afiliada.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor HÉCTOR RAMIRO SAGRE REINO al régimen de ahorro individual el 26 de junio de 1997, con fecha de efectividad a partir del 1*

de agosto de 1997, por intermedio de PROTECCIÓN y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. pensiones y cesantías a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante -aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantía de la pensión mínima; así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades, sin deducción alguna por gastos de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor HÉCTOR RAMIRO SAGRE REINO. Para ello se concede el término de un (1) mes. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN y COLPENSIONES. QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de PROTECCIÓN y a favor de la parte demandante. Liquidense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.700.000. Sin costas frente a COLPENSIONES. SEXTO: CONSÚLTESE con el Superior esta decisión, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 16 de febrero de 2022 – archivo 14 Hora 01:11:58).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que se ordenó el traslado de los descuentos por gastos de administración, los cuales se efectuaron conforme a las normas vigentes y fueron pagados y gastados en la gestión de los dineros que dieron como resultado los rendimientos generados, por lo que si se dispone que aquellos no debieron efectuarse, sólo habría lugar a devolver los aportes sin los rendimientos, máxime cuando éstos no se habrían generado al encontrarse afiliada al RPM, se trata de prestaciones ya acaecidas y su traslado no está contemplado en la Ley (Audiencia virtual del 16 de febrero de 2022 – archivo 14 Hora 01:13:40).

COLPENSIONES a través de su apoderada presentó recurso para que se revoque íntegramente la decisión, por considerar que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria según el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Considera que la exigencia de documentales a la AFP para demostrar la información a la fecha de afiliación, cuando la norma únicamente contemplaba para dicha época la suscripción del formulario correspondiente. En caso de condena, solicita se condicione el cumplimiento al traslado de los aportes por parte AFP. (Audiencia virtual del 16 de febrero de 2022 – archivo 14 Hora 01:16:39).

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 38 años de edad y había cotizado 478,29 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, 2 meses y 29 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 62 años de edad – ver archivo 01 folio 15 y archivo 06 folios 55 a 57 y 189).

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 01 folios 23 a 25 y archivo 06 folios 40 a 45 y 170 a 187.

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*

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”.*

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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o perder 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 del demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A., antes DAVIVIR 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 en 1997 se dio cuando un asesor de PROTECCIÓN lo visitó para hablarle sobre los proyectos de la entidad, en que le dijo que tendría muchos beneficios como pensionarse más joven y con una mesada muy superior respecto de la del ISS, sin indicar la forma en que podría cómo podría obtenerlos (Audiencia virtual del 16 de febrero de 2022 – archivo 14 Min. 16:46).

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 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 PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación del actor, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (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, valores que 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 que informó a dicha entidad que podría obtener,

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 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.

COSTAS en apelación a cargo de PROTECCIÓN 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 lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN 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. 21 2021 00233 01
Héctor Ramiro Sagre Reino 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 UN MILLON de pesos mcte (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUZ MARINA CHAPARRO GALLO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., TRÁMITE AL QUE SE VINCULÓ A SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 29 de noviembre de 2021 por la Juez Veinticuatro (24) 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, LUZ MARINA CHAPARRO GALLO presentó demanda contra la COLFONDOS 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 mediante afiliación realizada a COLFONDOS en el año 1998, con fundamento en que ese fondo de pensiones nunca le prestó la asesoría necesaria para conocer su estado pensional y los beneficios

de cotizar en el RPM, el capital que debía tener para pensionarse al menos con un salario mínimo, las consecuencias que traería consigo dicho tránsito entre regímenes, entre otros. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación sin solución de continuidad, y a la AFP trasladar todos los saldos, cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales junto con sus respectivos frutos e intereses y, en general, todos los valores que hubiere recibido con ocasión de su afiliación (ver demanda y su subsanación, folios 6 a 22 y 86 a 91).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones que afectarían a la entidad, por cuanto, en su sentir, la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad ante la falta de acreditación de algún vicio del consentimiento que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse, además de encontrarse inmersa en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003 para retornar al RPM, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no se cumplen los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Asegura que el afiliado dentro del Sistema General de Pensiones es catalogado como un consumidor financiero y, por lo tanto, ostenta no solo derechos sino también obligaciones que debe acreditar, las cuales se encuentran previstas en el Decreto 2555 de 2010, advirtiendo que la demandante no cumplió con los mismos pues solo hasta los últimos 3 años se acercó a la AFP y esa administradora a consultar sobre su situación pensional. Insiste en que no tuvo injerencia alguna en el negocio jurídico que dio lugar al traslado de régimen pensional, el que, en los términos del artículo 1602 del C.C. debe tener efectos únicamente entre las partes, no siendo posible resultar perjudicada con las consecuencias jurídicas de una ineficacia por no ser la llamada a resarcir cualquier perjuicio que con el mismo se haya causado. Propuso en su defensa las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, *improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el*

consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y genérica (ver contestación folios 105 a 122).

Por auto del 3 de noviembre de 2020 (folio 136), el Juzgado tuvo por no contestada la demanda por parte de COLFONDOS S.A., y en proveído del 23 de marzo de 2021 dispuso la vinculación de OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS (folio 157).

Enterada de la demanda, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS la contestó a través de apoderado judicial, oponiéndose a cada una de las pretensiones formuladas por la actora con fundamento en que la afiliación que realizó con esa sociedad no presenta vicio alguno en su consentimiento pues fue un acto voluntario que cumplió con todos los parámetros contemplados en la normatividad, precedido de la debida asesoría, según se advierte del formulario suscrito, anotando que antes de la vinculación con ese fondo, venía de estar afiliada a otra AFP, de lo cual se deduce el conocimiento que tenía sobre el funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de ese régimen. Sostiene que la Ley 100 de 1993, les impuso el deber de *simple información* de allí que no tenían la carga de dejar evidencia física o material de la ilustración dada al afiliado y que la posición adoptada por la Corte Suprema de Justicia rompe con los principios de confianza legítima y buena fe. Aduce estar imposibilitada para retornar los gastos de administración. Como excepciones propuso las de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, y la genérica (folios 159 a 171 y 186 a 200).

Terminó la primera instancia con sentencia de 29 de noviembre de 2021, mediante la cual la Juez Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema

de Justicia y concluyó que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que la actora tomó una decisión voluntaria y libre de vicios. Tampoco encontró confesión alguna de su parte en interrogatorio en ese sentido. Señaló que la acción no se encuentra prescrita por tratarse de una providencia meramente declarativa y los derechos asociados a la misma guardan íntima relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación que hizo la señora LUZ MARINA CHAPARRO GALLO al régimen de ahorro con solidaridad a través de COLFONDOS, suscrita el 22 de octubre de 1998 de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora LUZ MARINA CHAPARRO GALLO nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad contrario, siempre estuvo en el régimen de prima media con prestación definida. TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los valores que debía de haber recibido con motivo de la afiliación de la señora LUZ MARINA CHAPARRO GALLO como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus intereses, como lo dispone el artículo 1746 del CC, es decir que debe trasladar lo que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual junto con lo que haya deducido por concepto de gastos de administración, de los aportes efectuados por la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. CUARTO: ORDENAR a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores que haya deducido de los aportes efectuados por la demandante por concepto de gastos de administración conforme a lo antes motivado. QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir a la señora LUZ MARINA CHAPARRO como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le debe trasladar COLFONDOS así como SKANDIA. SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.*

SÉPTIMO: Sin condena en COSTAS. OCTAVO: En caso de que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación contra la presente sentencia remítase al expediente para que se surta grado jurisdiccional de consulta su favor, conforme al artículo 69 conforme el código procesal del trabajo” (Audiencia virtual del 29 de noviembre de 2021 – CD folio 210 hora 1 minuto 39:27).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES solicita que se revoque la sentencia en razón a que dentro del trámite no se demostró que para el momento del traslado existió algún vicio del consentimiento, por el contrario, dice, quedó probado que fue una decisión libre, voluntaria y sin presiones. Asegura que la inversión de la carga de la prueba va en contra de lo establecido en la sentencia T-422 de 2011¹ (Audiencia virtual del 29 de noviembre de 2021 – CD folio 210, hora 1 minuto 42:05).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Para resolver la controversia, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 –modificado por el art. 2º de la Ley 797 de 2003-, dispuso para los afiliados al Sistema General de Pensiones, la posibilidad de escoger libremente uno de los dos

¹ “Gracias su señoría, me permito interponer recurso de apelación contra la decisión que se acabó de proferir bajo los siguientes argumento, solicitándole al honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral revocar la sentencia en razón a que dentro del trámite probatorio no sé demostró que se hubiese presentado algún vicio en el consentimiento al momento en que la demandante decidió su traslado de régimen sino que por el contrario quedó debidamente acreditada que su afiliación a la AFP fue de manera libre y voluntaria. Asimismo solicito que se tenga en cuenta que de acuerdo con la sentencia que fue proferida en esta, se tomó la determinación de invertir la carga de la prueba declarando que la AFP demandada no demostró que la asesoría brindada frente a las características del régimen de ahorro individual fue completa clara y transparente, sin embargo pues se pone de presente qué tal decisión desconoce la jurisprudencia que se ha proferido frente a la procedencia la inversión de la carga de la prueba en especial sentencia T-422 de 2011, asimismo que de acuerdo con el interrogatorio de parte que fue practicado en esta audiencia no sé demostró algo que ratificase qué en efecto existió una falta de información, sino que por el contrario está afiliación se hizo sin ningún tipo de presión y está fue como ya se dijo de manera libre y voluntaria; por lo anterior le solicito muy respetuosamente que se revoque la sentencia acabada de proferir. Muchas gracias su señoría.”

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 314.61 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1 año, 7 meses y 1 día)³, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de diez años para adquirir la edad de pensión (tenía 54 años de edad – ver folios 4 y 83).

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

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

² Ver historia laboral actualizada ante COLPENSIONES – folios 128 a 131.

³ *Ibidem*.

⁴ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

⁵ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los*

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 providencias, 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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener la afiliada 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*

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”.

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 SL1689 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 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. Allí indicó que su traslado se dio luego de una reunión que hicieran los asesores de COLFONDOS dentro de la empresa para la cual laboraba, en la que les indicaron que su pensión sería más alta respecto de la que correspondería en el ISS, porque esa sociedad tenía respaldo, trayectoria y hacía sus inversiones en dólares; además, que podría pensionarse antes que en el ISS y que el seguro social no estaba bien, pero en manera alguna, dijo, le pusieron de presente aspectos como, por ejemplo,

los requisitos para acceder al reconocimiento pensional (Audiencia virtual del 29 de noviembre de 2021 – CD folio 210 Min. 19:15). Tampoco se acreditó con el testimonio de ANA MARÍA SERRA TAMAYO⁶ compañera de trabajo de la demandante para la época del traslado, quien, al indagársele sobre la información dada por COLFONDOS, se refirió en idénticos términos a los referidos por la actora.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen o los traslados efectuados con posterioridad dentro del mismo, 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 la AFP COLFONDOS S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier 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

⁶ Audiencia virtual del 29 de noviembre de 2021 – CD folio 210 Min. 48:08.

conforme lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, valores que 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 dicha entidad 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 incurrió el fondo de pensiones.

COSTAS en apelación a cargo de COLPENSIONES.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

EXP. 24 2019 00484 01

Luz Marina Chaparro Gallo Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

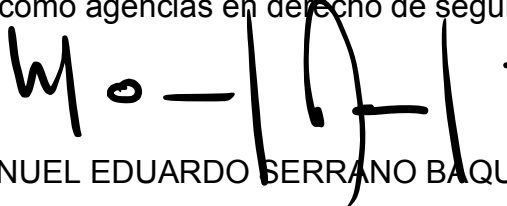
Magistrado



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 FERNANDO TORRES CLAVIJO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y OLD MUTUAL PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada 21 de octubre de 2021 por la Juez Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual se NEGÓ la anulación o declaración de 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 Alida del Pilar Mateus, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido por la Representante Legal Suplente de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (ver folio 18 vto.).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FERNANDO TORRES CLAVIJO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad o ineficacia de su afiliación efectuada del RPM al RAIS con la AFP OLD MUTUAL, por el incumplimiento del deber de información. En consecuencia se declare que las afiliaciones realizadas con posterioridad al RAIS carecen de validez jurídica y por ende, su afiliación al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES se efectuó sin solución de continuidad. Además, se declare que tiene derecho al reconocimiento de su pensión de vejez a partir del día siguiente a la última cotización, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1990 y al pago de las diferencias causadas entre la prestación que le fuera reconocida y la reliquidada, junto con los intereses moratorios.

En sustento de sus peticiones, afirmó que el traslado de régimen realizado en el mes de octubre de 1996 NO obedeció a una decisión informada, autónoma y consciente, si se tiene en cuenta que no se le brindó información completa, integral y veraz sobre las consecuencias del traslado de régimen y la forma en que se impactaría la mesada pensional. Indicó que el 28 de enero de 2004 se trasladó nuevamente al RPM, afiliación que fue aceptada por el Instituto de los Seguros Sociales. Informa que mediante Resolución GNR 91544 del 11 de mayo de 2013 le fue reconocida pensión de vejez con fundamento en el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 758 de 1990, la cual le fue modificada por COLPENSIONES para aplicar la Ley 797 de 2003 y reducir la tasa de reemplazo (ver escrito de demanda archivo No. 1 del expediente digital, trámite de primera instancia).

OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones y admitió los

hechos relativos a la afiliación del demandante a ese fondo de pensiones, los demás dijo no ser ciertos o no constarle. En su defensa propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, *ratificación de la afiliación del demandante* a ese fondo, prejudicialidad, prescripción, compensación y pago. Aseguró que cumplió con las formalidades para la afiliación del demandante, la cual fue realizada de manera libre y espontánea, en tanto le informó de manera adecuada y completa las condiciones bajo las cuales opera el régimen de ahorro individual con solidaridad, dada la particularidad del caso concreto, tal como quedó consignado en el formulario de afiliación. Además, sostuvo que el deber de asesoría solo es exigible a partir de la expedición de la Ley 1478 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015 y que el actor ratificó su decisión por no haber hecho uso del derecho de retracto (*ver contestación, folios 241 a 261, archivo No. 1 del expediente digital*).

También contestó la demanda la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que la afiliación del demandante es un acto válido que se suscribió de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de recibir asesoría integral y completa sobre las implicaciones de su decisión, sin hallarse en situación anómala o circunstancia que vicie su consentimiento. Indicó que el 30 de julio de 2011 asesoró al demandante y le puso de presente que era más beneficioso afiliarse al Régimen de Prima Media porque su mesada pensional sería superior a la que podría acceder en el RAIS, situación que le reiteró el 14 de agosto de 2003. Formuló las excepciones de *inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual* en esa administradora, *declaración de manera libre y espontánea al momento de la afiliación*, *re asesoría año 2003 y 2004*, buena fe, *inexistencia de la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación* (sic), *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 y genérica (ver contestación folios 317 a 329, archivo No. 1 del expediente digital).

Por su parte, La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra con fundamento en que el demandante se afilió de forma voluntaria al RAIS y no probó la existencia de vicios en el consentimiento por error, fuerza o dolo para el momento en el que operó el traslado de régimen, acto en el que esa entidad no tuvo injerencia alguna. Frente al reconocimiento pensional refirió que, aunque otorgó inicialmente al actor una pensión de vejez al amparo del régimen de transición, contra dicha determinación la entidad presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho -que se encuentra en curso-, en razón a que el convocante perdió el régimen de transición en virtud del traslado y por no contar con 15 años de servicio a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Informó que la pensión se modificó en cumplimiento de la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca Sección Segunda Subsección “A” el 15 de mayo de 2018. Propuso como excepciones: *prescripción y caducidad*, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica (ver contestación folios 357 a 369 archivo No. 1 del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 21 de octubre de 2021, mediante la cual la Juez Primero (1º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C. de Bogotá NEGÓ la anulación o declaración de ineficacia del traslado del demandante, del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

Para tomar su decisión, la *a quo* consideró que en el asunto no se daban los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado ante la imposibilidad de retrotraer las cosas al estado inicial, dada la inexistencia de una afiliación vigente en el régimen de ahorro individual y, por ende, de una cuenta o recursos a cargo del fondo de pensiones, debido a que el actor retornó al RPM,

siendo COLPENSIONES la entidad que actualmente administra sus aportes, situación que se dio como consecuencia de la reasesoría dada por la AFP y que, en sentir de la juzgadora, subsanó las irregularidades presentadas al momento del traslado al RAIS por falta de información. De otra parte, estimó improcedente la reliquidación pensional porque a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante no contaba con 15 años de servicios, razón por la cual, y atendiendo su traslado al RAIS, perdió el régimen de transición.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las pretensiones invocadas en el escrito de demanda, conforme a lo a lo expuesto precedentemente. SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. TERCERO: En caso de no ser objeto del recurso de apelación la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, esto es, del señor FERNANDO TORRES CLAVIJO”* (audiencia virtual, archivo No. 7 del expediente digital, trámite de primera instancia, minuto 1:23:10).

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la parte demandante pide que se revoque la decisión de primera instancia. Asegura que nunca se le informó que con su traslado perdería el régimen de transición, situación que en manera alguna se subsanó y que constituye un incumplimiento de los deberes que tenía la administradora de fondos de pensiones al momento de su afiliación. Además, indicó que sí es posible retrotraer la situación al estado anterior, pues debe determinarse que nunca existió la afiliación al RAIS, para con ello reliquidar la pensión bajo el amparo de la Ley 100 de 1993. Pide se tenga en cuenta que su retorno al régimen de prima media se efectuó dentro del periodo de gracia señalado en la Ley 797 de 2003, por lo que de conformidad con la Circular 8 de 2014, y por haberse trasladado en dicho interregno, tiene derecho a conservar el régimen de transición sin que para ello se le solicite el cálculo de

rentabilidad o los 15 años de servicio al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 (audiencia virtual, archivo No. 7, récord 1:24:14)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que el demandante recibe desde el mes de mayo de 2013 una pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES –en el RPM–,

¹ “Gracias su señoría, de manera atenta me permitió interponer el recurso ordinario de apelación, toda vez que el suscrito pues dista del análisis presentado en el presente proceso, teniendo en cuenta pues que si bien se refirió a las diferentes sentencias de la Corte Suprema de Justicia tratándose de la ineficacia del traslado, de este tópico en particular difiero puesto que en este caso el hecho que no le hayan informado al señor FERNANDO TORRES al momento de la afiliación que perdería el régimen de transición, de transición nunca se subsanó, motivo por el cual no se puede dejar al margen y a la deriva que por la irresponsabilidad en la información suministrada por el asesor de la AFP PENSIONAR hoy OLD MUTUAL, en el sentido de si se trasladaba al régimen de transición perdería este, perdón, si se trasladaba al, de régimen pensional perdería el régimen de transición no se puede llegar a la conclusión que se subsana y que en este caso no se presentó esa falencia. Si bien es cierto el señor FERNANDO TORRES atendiendo a la re-asesoría de PROTECCIÓN en el año 2003 retornó a COLPENSIONES, no se puede dejar a un lado el hecho que no se le haya informado el, la pérdida del régimen de transición y por tanto el efecto de la ineficacia del traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad encuentra que sí se debe retornar pues al estado anterior en el cual se encontraba, es decir que nunca existieron las afiliaciones al Régimen de Ahorro Individual y motivo por el cual se debe reconocer la pensión por parte de COLPENSIONES sin tener en cuenta la premisa del artículo 36 que en aquellos casos que se cambiaba de régimen pues perdería el régimen de transición. Sin embargo en este caso particular en el año 96 el demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual, retorno a, al Régimen de Prima Media el 28 de enero del 2004, ese decir dentro del periodo de gracia señalado en la ley 797 del 2003, que de conformidad con la circular 8 del 2014, proferida el 30 de abril del 2014 por la Administradora Colombiana de Pensiones, en un asunto que preciso sobre los, algunos criterios jurídicos básicos de reconocimiento pensional en el literal 1.3 señalo lo siguiente, abro comillas: “CONSERVACIÓN DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN EN CASO DE TRASLADO AL RAIS- EXIGENCIA DE CÁLCULO DE RENTABILIDAD”, y en el punto 3 señalo que “ Los afiliados que se trasladaron entre el 29 de enero del 2003 y el 28 de enero del 2004, periodo que corresponde al periodo de gracia que dio la Ley 797 del 2003 para que las personas pudieran recuperar el régimen de transición, no requieren que se les solicite a la Gerencia de Ingresos y Egresos de la Vicepresidencia de Financiamiento e Inversiones de COLPENSIONES el cálculo de rentabilidad, para recuperar el régimen de transición, ni los 15 años de servicios a la entrada en vigencia de la Ley 100 del 1993”. Motivo por el cual solicito al Honorable Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral revoque la sentencia que nos ocupa y en su lugar se conceda la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda en el sentido pues de declarar la ineficacia del traslado por ausencia en la información, concretamente en, en qué consistía el régimen de transición y sus consecuencia al momento del traslado de régimen y segundo pues que se ordene la reliquidación de la pensión del señor FERNANDO TORRES CLAVIJO con el régimen de transición atendiendo pues el artículo 36, el decreto 758 del 90 y pues la circular 8 del 30 de abril del 2014 emanada por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, que fue la que también dio la posibilidad de que aquellas personas que se vincularon en el periodo de gracia no perderían el régimen de transición. Así su señoría dejo sustentado el recurso solicitando pues que se conceda el mismo y sea analizado por el Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, gracias”

por encontrar satisfechos los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, en cuantía inicial de \$6.698.301 (ver Resolución GNR091544 del 11 de mayo de 2013, páginas 64 a 68 del archivo No. 1 del expediente digital), acto administrativo que fue suspendido de manera provisional por la entidad pensional, en cumplimiento de la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, sección Segunda Subsección A mediante proveído del 15 de mayo de 2018, modificando el régimen aplicable a la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 y disminuyendo su cuantía a \$5.246.990 (ver resolución SUB 232900 del 4 de septiembre de 2018, expediente administrativo incorporado por COLPENSIONES, expediente digital).

En virtud del principio de consonancia (artículo 66 A del C.P.T y la S.S.), le corresponde al Tribunal establecer: (i) si procede la ineficacia del traslado de régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el demandante mediante su afiliación a PENSIONAR (hoy OLD MUTUAL) en octubre de 1996, y (ii) si el actor conservó o no el RÉGIMEN DE TRANSICIÓN del que era beneficiario por edad (folio 40, archivo No.1 del expediente digital), con el traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

(i) INEFICACIA DEL TRASLADO: Para resolver esta parte de 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 (...)*”.

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 para toda la jurisdicción ^{2 3}, 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).

Más recientemente esa misma Corporación, en la sentencia SL 373-2021, recogió de forma explícita el criterio que había expresado con anterioridad, y señaló que NO procede la declaración de ineficacia cuando quien la reclama ya fue *pensionado*, pues *“la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer (...) No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto”* (ver SL 373-2021, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), regla jurisprudencial que resulta aplicable, no solo cuando la persona adquiere la prestación en el RAIS,

² 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”.

³ 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”.*

sino también cuando la pensión es reconocida en el régimen de prima media, como lo precisó la Corte en sentencia SL5169 de 2021⁴

En el caso bajo estudio, se trata de una persona que adquirió el status de pensionado en el RPM desde el mes de mayo de 2013, de allí que no proceda la ineficacia reclamada.

En consecuencia y acatando el cambio jurisprudencial referido, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó la declaración de ineficacia del traslado del RPM al RAIS, pero por las razones expuestas por la Sala, advirtiendo que la Corte Suprema de Justicia no condicionó la aplicación del precedente judicial referido al tiempo que haya transcurrido entre el reconocimiento pensional y el momento en el que se interpuso la demanda.

ii) RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. Para resolver esta parte de la controversia se advierte de las pruebas acopiadas al expediente y las afirmaciones de la demanda, que el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS (RPM), al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) en la AFP COLFONDOS el día 17 de octubre de 1996, y que estuvo afiliado en ese régimen hasta enero de 2008, cuando regresó al RPM administrado por el ISS, previo diligenciamiento del formulario respectivo.

En la situación referida se debe acudir a los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre cuyo contenido la Corte Constitucional se ha

⁴ “Al respecto, debe recordarse que la jurisprudencia de la Corte ha indicado que bajo el amparo de la citada figura no es posible que un pensionado vuelva al mismo estado en el que estaba antes de su traslado, pues si bien las consecuencias de dicha declaratoria supone dejar sin piso todos los actos derivados del mismo, para el caso de una persona que ostenta dicha calidad ya existe una situación consolidada, cuyas consecuencias no se pueden retrotraer (CSJ SL373- 2021 y CSJ SL, 4 ago. 2021, rad. 88234) (...) Ahora, advierte la Sala que el citado precedente se ha aplicado para aquellas personas que están pensionadas en el RAIS y pretenden retrotraer su situación al mismo estado en que se encontraban a la data previa en que se materializó su traslado desde el régimen de prima media; sin embargo, no existe razón alguna que imposibilite extender dicha regla a la situación del actor, que en el caso concreto percibe pensión de vejez por parte de Colpensiones en el régimen de prima media” (Negrilla y subrayas de la Sala).

pronunciado en copiosa jurisprudencia y decisiones disímiles, que finalmente unificó en la sentencia SU 062 de 2010, en la cual definió, claramente, que la pérdida del beneficio de la transición por traslado de régimen no se produce respecto de *quienes habían cumplido quince (15) años o más de servicios cotizados, al momento de entrar en vigencia el sistema de seguridad social en pensiones de la Ley 100 de 1993*, pero sí se pierde para quienes accedieron al régimen de transición por edad.

Por ello -en los términos de la sentencia referida- conservan el derecho a la transición normativa (aunque se hubieran trasladado de régimen) las personas que para el 1° de abril de 1994 tuvieran 15 años de cotizaciones al Sistema. Para los demás, el traslado de régimen acaba con los beneficios de la transición normativa.

Según se dijo el demandante tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema de pensiones para el 1° de abril de 1994, lo que se evidencia de la historia laboral aportada por COLPENSIONES (archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211_1660-20191120121139.pdf” del expediente digital), documento del cual se deduce que FERNANDO TORRES CLAVIJO había realizado para esa fecha aportes al Sistema de pensiones por 12 años 8 meses y 27 días. En esta situación perdió la transición con el traslado al RAIS que se hizo efectivo a partir de octubre de 1996, aunque hubiera regresado al RPM en enero de 2008.

En consecuencia se deben negar las pretensiones de la demanda orientadas a la reliquidación de la pensión de vejez por aplicación de normas que perdieron vigencia con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993.

Se debe señalar que el sistema de Seguridad Social en Pensiones es un servicio público obligatorio cuya dirección, coordinación y control está a cargo del Estado, y se presta por las entidades públicas o privadas en los términos y condiciones que establece la Ley (artículo 4° de la ley 100 de 1993). Es por ello ese el único instrumento que puede definir la forma como se garantizan

EXP. 26 2019 00397 01

Fernando Torres Clavijo contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y otros.

*los derechos irrenunciables de la persona y la comunidad para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que la afecten*⁵, lo impide dar aplicación a la Circular 08 de 2014 a la que refiere el actor en la alzada.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, pero por las razones expuestas por la Sala.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

⁵ Ley 100 de 1993 artículo 1º

EXP. 26 2019 00397 01

Fernando Torres Clavijo contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y otros.

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de CIENTO MIL PESOS MCTE (\$100.000) 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 ADRIANA VALENCIA VARGAS CONTRA
ULLOA Y DIEZ PROFESIONALES ASOCIADOS Y CIA LTDA.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós 2022.

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 sociedad demandada, contra la sentencia dictada por la Jueza Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ADRIANA VALENCIA VARGAS presentó demanda contra ULLOA y DIEZ PROFESIONALES ASOCIADOS Y CIA LTDA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que el contrato de trabajo ejecutado entre el 2 de febrero de 2007 y el 13 de junio de 2019 finalizó por renuncia motivada de la trabajadora y causas imputables a su empleador, y se condene al pago de la indemnización correspondiente en la suma de \$13.051.808, al trabajo suplementario ejecutado entre el 1 de febrero de 2007 y junio de 2012, indemnización moratoria desde el 2007 al 2019 equivalente a la suma de \$109.567.559., reliquidación de las cesantías, intereses a la cesantías, primas, vacaciones y seguridad social entre los años 2014 a 2018, perjuicios morales equivalente a \$16.562.320, los conceptos que se prueben extra y ultra petita, y las costas del proceso. Como fundamento de

lo pedido afirma que inició sus labores para la demandada como SECRETARIA con asignación salarial final de \$1.146.821. Aduce que fue contratada para cumplir otras actividades las cuales consistían en elaboración de contabilidad, facturación, cartera, conciliaciones bancarias, elaboración y pago de nómina para enviar al contador, manejo de afiliaciones y desafiliaciones a seguridad social de todos los funcionarios. Señala que nunca su salario fue incrementado, pese a desarrollar laborales en dos cargos, durante la relación laboral desempeño su trabajo con honradez, y esmero y dedicación y nunca fue llamada a diligencia de descargos. Refiere que durante gran parte de la relación laboral recibió maltrato, humillaciones e insultos de parte de la María Patricia Díez Vargas representante legal de la demandada por lo cual presentó renuncia motivada el 13 de junio de 2019 (folios 3 a 6).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por ULLOA Y DIEZ PROFESIONALES ASOCIADOS Y CIA LTDA mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, negó otros, y se opuso a las pretensiones afirmando que el contrato terminó por renuncia de la demandante, quien lo hizo en forma clara, expresa y voluntaria. Propuso como excepciones *cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones obrero-patronales demandadas, mala fe de la demandante, buena fe de la demandada, prescripción y genérica*. (folios 46 a 63).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por la Jueza Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá el 1° de septiembre de dos mil veintiuno (2021), mediante la cual se condenó a la demandada al pago de indemnización por despido injusto. Para tomar su decisión la jueza concluyó que los hechos aducidos en la carta de renuncia ocurrieron y son justa causa de terminación unilateral del contrato por la trabajadora. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR que entre ADRIANA VALENCIA VARGAS y la SOCIEDAD ULLOA Y DIEZ PROFESIONALES ASOCIADOS Y CIA LTDA existe un contrato de trabajo a término indefinido comprendido entre el 1° de febrero de 2007 hasta el 13 de junio de 2019. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ULLOA Y DIEZ PROFESIONALES*

ASOCIADOS Y CIA a pagar a la señora ADRIANA VALENCIA VARGAS la suma de NUEVE MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL SEISCIENTOS TREINTA PESOS (\$9.839.630) por concepto de indemnización por despido sin justa causa. TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE probadas las excepciones que fueron propuestas de cobro de lo no debido e inexistencia de las obligaciones y probada la denominada buena fe, no probadas las demás. CUARTO: ABSOLVER a la sociedad ULLOA y DIEZ PROFESIONALES ASOCIADOS Y CIA de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: CONDENAR en costas a la sociedad demandada ULLOS Y DIEZ PROFESIONALES ASOCIADOS Y CIA fijándose las agencias en derecho en la suma de UN MILLON DE PESOS (\$1.000.000) a favor del demandante.” (Expediente digital Hora 1 Minuto 04:06)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandada pique que se le absuelva de la condena impuesta. Aduce que el contrato finalizó por renuncia voluntaria presentada por la demandante en aras de “*tener derecho a su retroactivo pensional y lo hace de manera voluntaria, expresa y consciente*”. Afirmó que los testigos no estaban presentes, ni tenían vinculación alguna con la demandada para el día en que la demandante presentó renuncia, lo que ocurrió el 13 de junio de 2019, son testigos de oídas: “*con los testimonios de dos señoritas más exactamente con el testimonio de la señora Heidi no se logró demostrar que mi mandante la señora María Patricia Vargas tenía los tratos soeces o unos tratos humillantes para con la señora Adriana Valencia, que se revise esté testigo la señora Heidi y la otra testigo que afirmaron fehacientemente contundentemente y de forma precisa y concisa a contrario sensu de lo que dijeron los testigos de la contraparte que supuestamente la doctora Patricia daba unos malos tratos, tratos groseros o*

denigrantes humillantes los cuales generaron en ella la condición social de tener que renunciar” (Hora 1 Minuto 05:15)¹.

¹ *Si, interpongo recurso apelación en cuanto se va a sustentar de forma inmediata con todo respeto así que comparto toda su sentencia o sea estoy totalmente de acuerdo con los considerandos del despacho en cuanto a que el incremento del salario no es una obligación del sector privado a menos que sea el salario mínimo se demostró fehacientemente que la señora Adriana Valencia ganaba más del salario mínimo, por consiguiente dicho de nosotros que en el momento de pandemia pues no se podía dar el lujo de incrementar el salario, sin embargo nunca el salario de la señora Adriana Valencia fue por debajo del salario mínimo De igual forma su señoría estuvo de acuerdo en que no se probó una segunda relación laboral, tampoco de unas funciones adicionales, obviamente esto dio al traste con las reliquidaciones de prestaciones sociales de prestaciones económicas sanción moratoria la sanción del artículo 65 del código sustantivo del trabajo hasta ahí todo perfecto, pero su señoría hizo caso y atendió de oídas a las peticiones de la demandante en cuanto al despido indirecto, afirmando que efectivamente con los testimonios de dos señoritas, más exactamente con el testimonio de la señora Heidi, se logró demostrar que mi mandante la señora María Patricia Vargas tenía los tratos soeces o unos tratos humillantes para con la señora Adriana Valencia. Quiero hacer un recuento y le pido respetuosamente a los magistrados del honorable tribunal superior de Bogotá sala laboral que tengan en cuenta y revisen perfectamente que esté testigo la señora Heidi y la otra testigo que afirmaron fehacientemente contundentemente y de forma precisa y concisa, a contrario sensu de lo que dijeron los testigos de contraparte, testigos que yo allegue y que se practicaron en escenario, que supuestamente la doctora Patricia daba unos malos tratos, tratos groseros o denigrantes humillantes los cuales generaron en ella la condición social de tener que renunciar en cuenta, y no se tuvo en cuenta por parte del despacho que la señora renunció fue para tener derecho al retroactivo pensional conforme a lo establecido en el artículo 13 y 35 del decreto 758 del 90 que ya renuncia es para tener derecho a una retroactividad pensional, y lo hace de manera voluntaria y consciente según los testigos, y ahorita no recuerdo el nombre de la otra testigo, esos testigos como contratistas y empleados para el año de la renuncia de la señora Adriana Valencia o sea el día que renunció el 13 de junio 2019. El año inmediatamente anterior, o sea 2018-2017 ni la señora Heidi que vino a decir mentiras ni la otra que supuestamente estaba dijeron nada acerca de los supuestos malos tratos que tenía la doctora Patricia Diez con la señora Adriana Valencia o sea porque se supone que tiene que ser un hecho repetitivo. Los malos tratos tiene que ser un hecho que afecte la psiquis que afecten como se dice su parte espiritual y lleve inequívocamente al empleado a tomar la decisión, en este caso particular de tener que renunciar por presentarse una justa causa. Cuáles son los malos tratos y los tratos denigrantes humillantes por parte del empleador, esos testigos no podían ser tenidos en cuenta por parte de su señoría la juez 26 laboral decir como quiera que estos no son testigos directos sino son testigos de oídas, en el testimonio que dieron en la audiencia particular de práctica es lo único que a cada uno de estos testigos dígame usted cuando trabajó para Ulloa profesionales asociados ellos claramente determinaron fechas totalmente ajenas a los últimos periodos de trabajo y los periodos de relación laboral de Adriana Valencia sea las circunstancias de tiempo modo lugar y los últimos actuaciones laborales. Porque Adriana Valencia las últimas actuaciones porque si no estoy mal la última esas testigos ajustar acerca y supuestos malos tratos claro cumplimiento de su deber y sus tareas y funciones asignadas como empleado y que si tiene que hacerle los llamados de atención y que no sea no será mejor ponerse rojo una sola vez que colorado cómo se dice que toda la vida, entonces la doctora Patricia y efectivamente todos los testigos afirmaron que tiene un carácter fuerte que exige responsabilidad respeto cumplimiento de su deber y de sus tareas y funciones asignadas como empleado y que si tiene que hacerle los llamados de atención lo hace. Y efectivamente*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con la materia objeto de apelación (artículo 66A del CPL), el Tribunal debe definir si se demostró o no la existencia de una justa causa para la terminación de la relación laboral por parte de la demandante -despido indirecto-.

Para resolver lo que corresponde, los artículos 62 y 63 del CST contemplan taxativamente los hechos que constituyen justa causa de terminación unilateral del contrato de trabajo y asignan tanto al empleador como al trabajador la facultad de alegar su ocurrencia y resolver el contrato con indemnización de perjuicios a cargo de la parte incumplida. Cuando es el trabajador el que termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas ocurre lo que la doctrina denomina *despido indirecto* y procede el pago de la indemnización correspondiente.

En el caso bajo estudio la demandante alega como causa de terminación del contrato situaciones que pueden enmarcarse en algunos numerales del literal B, y aduce en la carta de renuncia incorporada en folios 15 a 17 del expediente, los siguientes hechos: *“A continuación listo las arbitrariedades recibidas desde el 05-06-2019 a hoy sin dejar a un lado las constantes y repetitivas ofensas recibidas casi a diario por usted como: (i) Cagada transcriptor, mediocre secretaria, tramitadora de papeles, lleva razones, ciega hasta comprar una lupa que para poder que medio viera, hace más o menos año y medio me dijo*

todos los testigos afirmaron viendo una violencia, así que hasta física, o sea qué tratos denigrantes qué tratos groseros yo no escuché ninguno de los testigos, de pronto le hablo duro a los otros participantes de esta audiencia un punto nuevo fuerte y eso no quiere decir que yo ya tengo miedo terror o una a tal punto de que no me siento intimidado por ese abogado. Hay que evaluarlos son testigos que escucharon de Adriana Valencia y en el año 2019 no estaban con la empresa. Al igual que la condena en costas y agencias en derecho impuesta por \$1.000.000 como quiera que la mayoría de las pretensiones planteadas por la parte demandante fueron derrotadas y me parece que es una condena demasiado alta, entonces en eso se revoque la sentencia en cuanto a las condenas por despido indirecto demostrando la justa causa y la condena de agencias en derecho de \$.1000.000. En los anteriores términos solicito al Tribunal que revoque las condenas en primera instancia y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones incoadas en esta demanda. Muchas gracias señora Juez.”

deberías ir a la EPS a ver si te incapacitan por invalidez y, mi respuesta fue no se preocupe ya casi cumpla mi edad, entre muchas más (...)(ii) este mismo día vino hasta el escritorio que tengo asignado y me tiro despectivamente la carpeta de un proyecto; (iii) Ayer (miércoles 12/06/2019 llegué a la hora habitual 7:00 AM (quiero recordarles que no suelo llegar tarde, y de que de ocurrir siempre lo informo a cada uno de ustedes), y ya tenía sus acostumbrados mensajes por correo electrónico con las tareas del día, hacer averiguación de esto, llamar a tal lado, llámeme, etc. Procedí a llamarla para recibir sus indicaciones y con la grosería típica de la Dra. Patricia, me dijo “no me hable tantas guevonadas, hábleme lo necesario...” y estábamos era tratando un tema de una certificación de Ayesa, asumo la responsabilidad que por falta mía se me fue una palabra sin la s y por falta del teclado no se marcó la x, y me escribió tres emails seguidos que debía pedir disculpas por el mismo medio dolo por hacerme sentir mal; (iv) Ayer en la tarde, la Dra María del Pilar Ulloa, me llamo a su oficina y me dijo que debía hacer tres cartas para Fundemos IPS: German Abaunza, Paola Vargas y Adriana Valencia para examen periódico, a lo que yo le respondí que era German Abaunza y yo no era examen periódico dado que nunca nos había realizado examen alguno. Sin embargo, mi trabajo en esta empresa es el de acatar órdenes y hoy jueves 13-06-2019, madrugue al examen, es importante que conozcan mi repuesta a la IPS, cuando me preguntaron el motivo del examen la representante legal lo solicita por haber recibido casta de la EPS -Sanitas- Medicina Laboral. La IPS indicó que se trataba de un examen periódico a lo cual respondí que no”.

La carta de terminación del contrato por parte de la demandante, enmarcó temporalmente las conductas alegadas entre los días 5 y 13 de junio de 2019.

Así las cosas, la Sala estudiará las pruebas aportadas al expediente para verificar las dos situaciones que son relevantes para definir si existió o no una justa causa, a saber: i) si las conductas descritas ocurrieron o no; y en dado caso, ii) si dichas conductas se pueden enmarcar en alguno de los numerales citados con anterioridad.

i) Sobre lo primero y una vez revisada la evidencia aportada al expediente, el Tribunal no encuentra prueba de que conductas endilgadas en la renuncia hubieran ocurrido.

Para probarlas, la demandante citó como testigos a HEIDI ALEJANDRA GIL PEÑUELA (Audio 2 hora 1 min. 6:43, trabajadora en la compañía Ulloa en el área de seguridad en el trabajo desde el año 2015), quien señaló conocerla desde hace 10 años en otras actividades, y sobre las razones por las que había renunciado la demandante dijo *“Adriana me comento que había renunciado varias veces y que esta última si la habían aceptado, que no daba más con las situaciones, básicamente maltrato a ella como insultos, gritos, palabras soeces, tal como se lo comento”*. Afirmó que, durante su permanencia en la compañía Ulloa y Diez, lo que ocurrió hasta el 3 de febrero de 2016, observaba en general gritos y maltratos como actuar rutinario en contra de cualquier persona que no cumpliera bien sus funciones, sin especificar el trato dispensado por señora Patricia Diez *-jefe directo-* a la demandante. Esta testigo además de ser testigo de oídas pues no laboraba para la demandada en las fechas indicadas en la carta de renuncia *-5 al 13 de junio de 2019-*, indicó en su declaración que en la empresa existía un comité de convivencia, comité al que no se demostró que hubiera acudido la demandante para exponer su situación.

La misma conclusión cabe frente a la testigo, INGRID KATERINE RODAS CÁRDENAS (Audio 2 hora 1 min. 29:42, ingeniera auxiliar y luego ingeniera de proyectos entre junio de 2010 y septiembre de 2013). Indicó conocer a la demandante alrededor de 8 años cuando trabajó para Ulloa y Díez, y saber que ejercía el cargo de secretaria, en el cual cumplía varias funciones, entre ellas, el manejo de nómina, viáticos y hasta *preparaba el tinto* para los ingenieros. Afirmó que el maltrato de parte de la señora Patricia era normal para todos los trabajadores, y que en ocasiones hizo llorar a la demandante. Dice que no escuchó palabras *soeces*, sino un tono de voz fuerte y expresiones que utilizaba para *-en sus palabras- pordebajear* a las personas.

Igualmente, el testigo JORGE ARMANDO BERMUDEZ GARCIA (Audio 2 hora 1 min. 59:39, geólogo que trabajó para la demandada desde noviembre 2017 a mayo de 2019) indicó que conoció a la demandante en la sociedad demandada cumpliendo el cargo de secretaria y labores administrativas. Señala que su trabajo era en campo y una vez al mes venía a las oficinas a preparar los informes. Afirmó desconocer los motivos del retiro de la demandante y respecto de los malos tratos señalados por la actora, indicó que la señora Patricia dispensaba regaños a Adriana, pero no observó palabras groseras, ni precisó en qué eventos esto ocurría.

Por su parte la demandada allegó los testimonios de CRISTIAN ALEJANDRO ULLOA DIEZ Audio 2 minuto 44:40, GUSTAVO ALBERTO LOPEZ GARCIA, JOHANNA PAOLA VARGAS MORANTES y GERTSON MAHECHA Audio 2 2 hora minuto 4:04, como compañeros de trabajo de la señora Adriana Valencia, quienes señalaron respecto de los hechos alegados en la carta de despido, que les consta que la demandante cumplía labores de secretaria para la Compañía Ulloa y Díez y su jefe directo era la señora Patricia Díez, quien tenía un temperamento fuerte y exigente, pero nunca fue una persona grosera, y no les consta que la demandante haya sufrido de maltratos de su parte.

De estas pruebas no se deduce en grado de certeza, la ocurrencia de los hechos alegados en la carta de renuncia motivada, menos aún que ellos constituyan *“actos de violencia, malos tratamientos o amenazas graves inferidas por el {empleador} contra el trabajador o los miembros de su familia”*, o que con ello se pudiera endilgar al empleador un *“perjuicio causado maliciosamente por el {empleador} al trabajador en la prestación del servicio”*, ni que constituyan incumplimiento de sus obligaciones legales. Esas son las causas que regula , que es lo reglado en el CST.

No sobra recordar que la carga de la prueba la tenía la parte demandante, según lo dispone el artículo 167 del CGP.

Por todo lo dicho, el Tribunal debe revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la demandada de las condenas impuestas.

Por el resultado del recurso, no se dictará condena en costas de segunda instancia. Las costas de primera instancia corren a cargo de la parte demandante.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de las condenas impuestas en su contra.
2. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandante.
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 ANTONIO NICOLÁS FERRARO MAURELLO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS
PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 la demandada PROTECCIÓN S.A. y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, la sentencia dictada el 1 de diciembre de 2021, por la Juez Veintiséis (26) 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 Alida del Pilar Mateus, identificada con T.P. 221.228, para actuar como apoderada sustituta de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos y para los fines del poder conferido por la Representante Legal Suplente de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S (ver folio 277 vto.).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ANTONIO NICOLÁS FERRARO MAURELLO presentó demanda contra la COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS mediante afiliación realizada a COLFONDOS en agosto de 1995, con fundamento en que existió un error de hecho que vició su consentimiento, toda vez que no se le brindó, al momento de la afiliación la información necesaria sobre las implicaciones del traslado, la naturaleza del régimen, las ventajas y desventajas, entre otros. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a COLPENSIONES registrar y activar su afiliación en el RPM, así como actualizar su historia laboral con la información remitida por el RAIS y a la AFP PROTECCIÓN, devolver todas las sumas de dinero que figuren en su cuenta de ahorro individual, como bonos, aportes, rendimientos, comisiones, etc. (ver demanda, folios 2 a 33).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones porque, a su juicio, existen elementos de prueba suficientes para determinar que el traslado efectuado por el demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria y se le informó sobre los efectos jurídicos que acarrearía el mismo; además, dice, no está probado el error, la fuerza o el dolo. Sostiene no ser posible recibir al demandante por encontrarse inmerso en la prohibición establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y *presunción de los actos administrativos* (ver contestación folios 135 a 142).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, también contestó oponiéndose al éxito de las aspiraciones del libelo que le eran contrarias.

Afirma que brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones del tránsito de régimen pensional, poniéndose de presente el funcionamiento del RAIS, las diferencias entre este y el RPM, ventajas y desventajas, el derecho a bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad de los aportes, entre otros, cumpliendo con las formalidades de la vinculación que resultó en una afiliación libre, voluntaria y espontánea, lo cual se acredita con el formulario suscrito en el que se deja expresa constancia de esa situación. Advierte que no existe razón para declarar nulo o ineficaz el acto de traslado que pretende el demandante porque en ningún momento se está vulnerando su derecho pensional. Indica que el error de derecho solo vicia el consentimiento cuando se yerra en la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, los cuales no aparecen configurados. Formuló las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, *ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado*, compensación y pago, y *la innominada o genérica* (ver contestación, folios 172 a 190).

Por su parte la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, una vez enterada de la demanda, la contestó. Se opuso a las pretensiones que involucraban a esa entidad y, en especial, que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado del actor al RAIS pues, en su criterio, nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, que generó derechos y obligaciones recíprocas, lo cual se verifica del formulario debidamente signado por el accionante. Aduce no ser posible el traslado de los recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual del actor, por estar destinados al pago de la prestación económica que se genere en ese régimen, y porque el afiliado se encuentra dentro de la limitante de los 10 años para retornar al RPM, conforme lo prevé la Ley 797 de 2003. Indica no ser posible trasladar sumas diferentes al dinero que se encuentra en la cuenta de ahorro individual del actor con sus rendimientos, toda vez que esa

AFP no es poseedora de buena o mala fe de los dineros, aunado a que los pagos de gastos de administración, deducidos de la CAI, se realizaron como consecuencia de una disposición legal válida, exequible, aplicable y vigente. Como excepciones presentó las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima 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* (ver contestación, folios 213 a 228).

Terminó la primera instancia con sentencia de 1 de diciembre de 2021, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que el actor tomó una decisión voluntaria y libre de vicios. Tampoco encontró confesión alguna de su parte en el interrogatorio en ese sentido. Señaló que la acción no se encuentra prescrita por cuanto los derechos asociados a la misma guardan íntima relación con el derecho pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante ANTONIO NICOLÁS FERRARO MAURELLO al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la*

totalidad de los aportes realizados por el demandante junto con sus rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descontar alguna suma por concepto de administración conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR al fondo de pensiones COLFONDOS a que remita a COLPENSIONES lo descontado por gastos de administración de la cuenta de ahorro individual del demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones COLFONDOS y PROTECCIÓN a razón del 50% a cargo de cada uno fijándose como agencias en derecho la suma de \$900.000” (Audiencia virtual del 1 de diciembre de 2021 – CD folio 259, minuto 49:09).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, PROTECCIÓN pidió se revoque la sentencia únicamente respecto a la orden de trasladar los gastos de administración a COLPENSIONES. Argumenta que la deducción de estos dineros está autorizada por la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y que con dicha determinación, se constituye un enriquecimiento sin causa a favor de COLPENSIONES, por recibir recursos que no están llamados a financiar la prestación del demandante. Además, dice, el seguro previsional fue girado a una aseguradora para cubrir los siniestros de sobrevivencia e invalidez, tercero de buena fe que no tuvo injerencia alguna en el acto jurídico declarado ineficaz¹ (Audiencia virtual del 1 de diciembre de 2021 – CD folio 259, minuto 50:22).

¹ “Estando dentro de la oportuna etapa procesal me permito interponer recurso de apelación, no sin antes advertir el profundo respeto que se le tiene a la señora juez y a su despacho, y le solicito a los honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá que se revoque parcialmente la sentencia que se acaba de proferir en lo relativo a condenar a mi representada a trasladar los gastos de administración, toda vez que es importante tener en cuenta que

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

dichos gastos administración son descuentos autorizados en la ley 100 de 1993 en su Artículo 20 modificado por el artículo 7º de la ley 797 del 2003, que faculta o autoriza a los fondos de pensiones para realizar deducción de gastos de administración; ahora con la condena de primera instancia que ordena mi representada a devolver dichos dineros de la cuenta de ahorro individual de la parte demandante más lo rendimientos financieros generados y adicionalmente lo descontado por los gastos de administración, pues en sí se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones por recibir unos dineros que ni siquiera son destinados a financiar la pensión de vejez de la parte demandante y adicionalmente pues ya se le están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual fruto de la buena gestión de administración realizada por Protección s.a. por lo que mi representada pues tiene derecho a conservar dichos dineros, adicional pues se debe tener en cuenta que frente a la prima del seguro previsional pues se debe manifestar que está ya fue girada una aseguradora para que en caso de existir un siniestro de sobrevivencia de invalidez dicha compañía pagara la suma adicional, pues la aseguradora es un tercero de buena fe que nada tuvo que ver con el contrato suscrito entre la parte demandante y protecciones s.a. por todo lo expuesto pues digo así sustentado mi recurso de apelación y solicito que se revoque parcialmente la sentencia que se acaba de proferir y se absuelva a mi representada de trasladar a Colpensiones dichos gastos de administración. Muchas gracias Su señoría”

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones el demandante tenía 34 años de edad y había cotizado 651 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 11 años, 2 meses y 27 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de diez años para adquirir la edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver folios 35 y 123).

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

² Ver historia laboral actualizada ante COLPENSIONES – CD folio 142.

³ *Ibídem* e Historia Laboral válida para bono pensional, expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, folios 230 vto. y 231.

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

⁴ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, 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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener la persona afiliada 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 SL1689 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 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 el demandante, pues nada se le indagó sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el traslado con esa AFP y la información específica que le fue entregada por COLFONDOS (Audiencia virtual del 1 de diciembre de 2021 – CD folio 259 Min. 08:56).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen o los traslados efectuados con posterioridad dentro del mismo (folio 232), 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 la AFP PROTECCIÓN S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), así como aquella que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución –igualmente- de

los gastos de administración recibidos en vigencia de la afiliación del demandante con esa administradora. 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 1993⁶, valores que 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 dicha entidad 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.

COSTAS en apelación a cargo de PROTECCIÓN.

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

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

EXP. 26 2019 00713 01

Antonio Nicolás Ferraro Maurello Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES y Otras.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

 LORENZO TORRES RUSSY Magistrado	 MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO 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 WILSON VARGAS OSORIO CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 9 de diciembre de 2021 por la Juez Veintiséis (26) 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) y que era beneficiario del régimen de transición.

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 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, WILSON VARGAS OSORIO 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 *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS suscrito el 24 de julio de 1996, con fundamento en que su afiliación a la AFP PORVENIR S.A. se efectuó sin la debida información sobre las consecuencias de su decisión, en tanto se limitaron a señalar, de manera verbal y sin ningún documento de soporte, que CAJANAL y el ISS serían liquidados, por lo que sus aportes estarían en riesgo, mientras que en el RAIS obtendría mayores beneficios como pensionarse a menor edad y obtener una mesada más alta. No se le indicaron las características de cada régimen, la forma de calcular la prestación, el monto o la proyección objetiva de la misma. No se le informó el término máximo que tenía para trasladarse de régimen. Al solicitar a la entidad una proyección, previo a la presente demanda, evidenció que la mesada que recibiría en la administradora del RPM sería muy superior a la que obtendría de la AFP. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a COLPENSIONES tenerlo como su afiliado nuevamente, y a la AFP el traslado de la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de su afiliación, cotizaciones, *bonos pensionales*, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses y rendimientos causados. Adicionalmente, solicita se declare que es beneficiario del *régimen de transición* (ver demanda en archivo 001 folios 4 a 29).

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 la parte actora suscribió válidamente el formulario de afiliación, sin manifestar inconformidad y sin que existiera prohibición alguna para el efecto. No obra medio probatorio alguno que acredite vicio alguno en su consentimiento, como es su deber procesal, y no es procedente exigir a la AFP documental adicional a la exigida para la época. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se

encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no se cumplen los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. 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 001 folios 107 a 115).

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 se efectuó de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, previo suministro información amplia y oportuna acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional del afiliado. Las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente ni se evidencie cumplimiento del deber de informarse por parte del afiliado como consumidor financiero. Se garantizó el derecho de retracto, se comunicó mediante anuncio en un diario de alta circulación la posibilidad de trasladarse con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, sin que se hubiera hecho uso de los mismos, y, en todo caso, el presunto vicio es saneable por ratificación, que se entiende al no haber presentado inconformidad alguna durante el tiempo de la afiliación. Ha transcurrido un término superior al señalado en el artículo 1740 del CC, por lo que la acción se encuentra prescrita. No se cumplen los requisitos para declarar la nulidad absoluta según el artículo 1741 *ibídem*. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación del actor al sistema. Advierte que el demandante se encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibídem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previamente. Resaltó que el demandante no acreditaba la edad ni el tiempo de cotización señalado en las sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010. En caso de declarar la *nulidad* o ineficacia, no procede el traslado de los gastos de administración ni

sumas de las aseguradoras, pues éstos cumplieron su finalidad legal. 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 147 a 181).

Terminó la primera instancia con sentencia de 9 de diciembre de 2021, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) 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) y que era beneficiario del régimen de transición. 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 que se hubiera brindado información suficiente para entender que el demandante tomó una decisión voluntaria y libre de vicios. Tampoco encontró confesión alguna del demandante en ese sentido. Consideró que no se configuró prescripción alguna, pues el derecho pensional se debe poder hacer exigible en cualquier tiempo.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante WILSON VARGAS OSORIO al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir de julio 1996, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia a*

los fondos de pensiones PORVENIR. Fijándose como agencias en derecho la suma de OCHOCIENTOS MIL PESOS (\$800.000)” (Audiencia virtual del 9 de diciembre de 2021 – archivo 004 Min. 40:14).

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, PORVENIR S.A., a través de su apoderada, pidió que se revoque la decisión, por considerar que se demostró que la afiliación se efectuó de manera libre y voluntaria, como se evidencia en el formulario adicional, sin que para la época fuera exigible un documento adicional para acreditar el cumplimiento del deber de información. Por el contrario, la parte actora no demostró la presunta falta de asesoría y en su interrogatorio de parte fue evasivo al contestar únicamente que no recordaba la información recibida. No hay lugar a ordenar la devolución de comisiones ni los gastos de administración, pues al ordenar el traslado de los rendimientos se está reconociendo la gestión de la entidad y, en todo caso, éstos también se descuentan en COLPENSIONES, la cual se enriquecería sin causa, quien no ha efectuado ningún acto de administración sobre las cotizaciones. En cuanto a las primas del seguro previsional, las mismas fueron pagadas a la aseguradora, quien brindó la cobertura correspondiente durante la afiliación del actor, sin que ninguna norma obligue a su devolución cuando se da un traslado entre regímenes pensionales. Finalmente, tales dineros no están destinados a financiar la prestación pensional y procede su prescripción (Audiencia virtual del 9 de diciembre de 2021 – archivo 004 Min. 41:33).

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 31 años de edad y contaba con 403,43 semanas de servicios prestados y tiempos cotizados¹; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 5 años, 6 meses y 17 días)², y para la fecha de presentación de la demanda había se encontraba a menos de 10 años de alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 53 años de edad – ver archivo 001 folios 30 a 32 y 93).

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 ante COLPENSIONES en archivo 001 folios 68 a 71 y en expediente administrativo – carpeta 002.

² *Ibidem*.

³ Sentencia STL3382-2020 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*”.

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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); y, (iv) 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 SL1689 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. Allí indicó que su traslado se dio en 1996 cuando un asesor visitó la empresa en que él trabajaba y tras una asesoría *personalizada* de 10 a 15 minutos, en que le indicó que le *recomendaba* trasladarse pues el ISS lo iban a liquidar y corrían riesgos sus aportes, podría obtener una pensión superior y los aportes podrían ser heredados por su familia, así como podían ser retirados en lugar de la pensión (Audiencia virtual del 9 de diciembre de 2021 – carpeta 11 archivo 001 Min. 08:25).

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

produjo efectos” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen.

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 SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 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”* (SL4360 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 la Juez de primera instancia (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.

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.
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 (\$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 LUIS MAURICIO RAMIRO ACHURY
MONTALVO CONTRA FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
COLOMBIA – FUAC.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

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 parte demandante contra la sentencia dictada por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de julio de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS MAURICIO RAMIRO ACHURY MONTALVO presentó demanda contra la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA - FUAC, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes se celebró y ejecutó un contrato de trabajo a término indefinido entre el 31 de julio de 2000 y el 22 de diciembre de 2016, para desempeñar el cargo de docente de la escuela de arquitectura, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte de la demandada, lapso durante el cual no fue afiliado al sistema general de seguridad social en pensiones. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar a su favor la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T y los aportes a pensión según el estudio actuarial que para el efecto elabore un experto en la materia (folios 10 a 12).

Como fundamento de lo pedido afirma que el 31 de julio de 2000 se vinculó a la Universidad Autónoma de Colombia como docente de tiempo parcial, mediante la celebración de un contrato de trabajo a término fijo de 5 meses y 11 días, con intensidad de 16 horas semanales, pagaderas a razón de \$10.600 hora por clase dictada, para una remuneración promedio mensual de \$746.240, vinculación que, asegura, no fue terminada por ninguna de las partes y, por ende, se prolongó hasta el 1 de enero de 2004 cuando las mismas suscriben un contrato a término indefinido que reemplazó y sustituyó el existente. Indica que mediante comunicación del 5 de diciembre de 2016 se dio por terminado unilateralmente su contrato de trabajo a partir del 22 siguiente, en razón a que tenía reconocida una pensión de jubilación por parte de la Universidad Nacional, la cual adquirió por haber laborado de manera paralela en dicha institución y para cuyo reconocimiento se tuvo en cuenta únicamente el tiempo de servicios laborado con esa entidad. Asegura que la demandada omitió pagar las cotizaciones a pensión ante COLPENSIONES, entidad que escogió para la realización de tales aportes (folios 12 a 16).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA, mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones, y en su defensa formuló las excepciones de cobro de lo no debido, buena fe y compensación. Negó que el contrato suscrito el 31 de julio de 2000 se hubiera ejecutado de manera continua e ininterrumpida pues, asegura, entre las partes se celebraron varios contratos a término indefinido (sic), y acorde con lo pactado en la convención, se firmó un contrato como *docente cátedra a término indefinido* a partir del 1 de enero de 2004. Además, refirió que terminó la relación laboral teniendo en cuenta la justa causa de terminación señalada en el parágrafo 3 del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, y que si no realizó aportes a pensión fue por solicitud del demandante, quien ostentaba la calidad de pensionado. Los demás hechos dijo ser ciertos. Informó que, de acuerdo con la Convención Colectiva, cuando se aplica la justa causa contemplada en el numeral 14 del literal a) del artículo 62 del C.S.T no se debe acudir al comité de estabilidad, pues no se trata de

una falta disciplinaria en la que incurra el trabajador en el desempeño de sus funciones, sino es un derecho que voluntariamente ejerce el empleado pensando en su retiro. Asegura que cuando el despido se funda en el reconocimiento de una pensión, no se exige el requisito de inmediatez por tratarse de una *causa natural* ajena al desenvolvimiento del trabajador y, por ende, no tiene término de prescripción (folios 63 a 83).

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de julio de 2021, en la cual la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de siete contratos de trabajo entre las partes, 6 en la modalidad del artículo 101, ejecutados en las siguientes fechas: i) del 31 de julio al 11 de diciembre de 2000; ii) del 23 de julio al 10 de diciembre de 2001; iii) del 4 de febrero al 2 de julio de 2002; iv) del 25 de julio al 6 de diciembre de 2002; v) del 25 de enero al 25 de junio de 2003; vi) del 24 de julio al 5 de diciembre de 2003; y el último de término indefinido entre el 1 de enero de 2004 y el 22 de diciembre de 2016, el cual terminó con justa causa. Condenó a la demanda a pagar a favor del demandante, el cálculo actuarial por los aportes a pensión causados en cada uno de los vínculos, hasta el 8 de junio de 2010, el cual debía asumir en un 100%, y la absolvió de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para tomar su decisión, la juez concluyó de acuerdo con el acervo probatorio, que entre las partes no existió un solo contrato de trabajo como se indicó en la demanda, sino siete. Los primeros 6 celebrados por periodo académico, conforme lo previsto en el artículo 101 del C.S.T., para cuya terminación no se requería de preaviso alguno, razón por la cual, no operó prórroga automática ni se entendían suscritos a término indefinido, solo el último tuvo esta modalidad y se ejecutó entre el 1 de enero de 2004 y el 22 de diciembre de 2016. Con relación a la terminación del último contrato, estableció que el reconocimiento de la pensión a favor del demandante por parte de la Universidad Nacional constituía una justa causa de despido, misma que podía ser invocada en el momento que el empleador estimara conveniente el retiro del trabajador del servicio, sin término de caducidad, siempre que, en los términos de la sentencia C-1037 de 2003, se garantizara que existió inclusión

en nómina, situación que halló acreditada. Frente a los aportes a seguridad social estimó procedente su pago por no haberse probado el mismo, pero limitó esta obligación al 8 de junio de 2010, porque desde el día siguiente cesó dicha obligación por decisión del demandante.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor LUIS MAURICIO RAMIRO ACHURY MONTALVO y la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA, existieron diferentes contratos de trabajo bajo la modalidad del artículo 101 del C.S.T. durante las siguientes fechas: i) del 31 de julio del 2000 hasta el 11 de diciembre del 2000; ii) del 23 de julio del 2001 hasta el 10 de diciembre del 2001; iii) del 4 de febrero del 2002 hasta 2 de julio del 2002; iv) del 25 de julio de 2002 hasta el 6 de diciembre del 2002; v) del 25 de enero del 2003 hasta el 5 de junio de 2003 y vi) del 24 de julio del 2003 hasta el 5 de diciembre del 2003. SEGUNDO: DECLARAR que entre el señor MAURICIO RAMIRO ACHURY MONTALVO y la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA existió como última vinculación un contrato a término indefinido desde el 1 de enero de 2004 hasta el 22 de diciembre de 2016. TERCERO: CONDENAR a la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA a pagar en favor del señor, LUIS MAURICIO RAMIRO ACHURY MONTALVO el correspondiente cálculo actuarial por los tiempos laborados durante los periodos i) del 31 de julio del 2000 hasta el 11 de diciembre del 2000; ii) del 23 de julio del 2001 hasta el 10 de diciembre de 2001; iii) del 4 de febrero de 2002 hasta el 2 de julio del 2002; iv) del 25 de julio del 2002 hasta el 6 de diciembre del 2002; v) del 25 de enero del 2003 hasta el 25 de julio del 2003; vi) del 24 de julio del 2003 hasta el 5 de diciembre del 2003 y vii) del 1 de enero del 2004 hasta el 8 de junio del 2010 el cual deberá asumir en un 100% y comparar con base en los salarios certificados por el empleador conforme a la parte motiva de este proveído. CUARTO: ABSOLVER a la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA de las demás pretensiones incoadas en su contra por el señor LUIS MAURICIO RAMIRO ACHURY MONTALVO. QUINTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la*

demanda. SEXTO: CONDENAR en COSTAS a la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA y la suma de \$450.000 como agencias en derecho” (Cd folio 110, minuto 47:04).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, los apoderados de ambas partes la apelaron.

El abogado del demandante afirma que no es posible aducir como causal de despido una pensión que fue reconocida 16 años atrás, porque ello desnaturaliza el carácter tuitivo y la garantía mínima del trabajador frente a la remuneración que de manera paralela a la prestación venía percibiendo. Por otra parte, asegura no ser cierto que los contratos se sujetaron al artículo 101 del C.S.T. porque estos no tuvieron solución de continuidad; en ese sentido, por haber laborado para la fundación universitaria demandada un total de 15 años, 3 meses y 26 días y ser despedido sin justa causa, tiene derecho a la pensión sanción¹ (Cd folio 110, minuto 49:51).

¹ *“Manifiesto con todo respeto interpongo el recurso de apelación contra la sentencia que su señoría acaba de pronunciar por la siguiente razón, por las siguientes razones en primer lugar porque como lo dije en el alegato de conclusión la actuación de la Universidad Nacional b) desvincular de sus servicios al señor Achury desde el 13 de diciembre de 2022, de diciembre perdón de 2016, con base en una pensión que le había sido reconocida 16 años antes por la Universidad Nacional desnaturaliza el carácter tuitivo y de garantía mínima del trabajador porque no se le está brindando ninguna protección que va a proteger si él no pretendía empatar la remuneración que venía recibiendo de la de la Universidad Nacional por concepto de su pensión con el salario que venía recibiendo en la Universidad Autónoma porque bien, si se desnaturaliza el elemento tuitivo de la garantía no hay de todos modos un despido sin justa causa porque la Universidad digámoslo así y perdón lo coloquial de la expresión se guardó entre el bolsillo las circunstancias de estar pensionado el demandante por la Universidad Nacional para despedirlo de entre otras cosas, antes, aunque resultaron mal las cosas de que cumplía con los requisitos para la pensión. En segundo lugar apelo la sentencia en tanto si bien, en tanto los periodos de los contratos son de los contratos de los contratos a término definido que se celebraron entre el año 2000 y el año dos mil y finales de año 2003 y principios del 2004 si fueron en los términos del artículo 101 es decir; fueron por los periodos académicos y la Universidad, que la Universidad haya puesto unas fechas entre agosto entre el 1 de agosto del 6 de diciembre, pues esa es la fecha en que estaba el periodo lectivo, esa es la fecha del periodo lectivo su señoría el periodo lectivo de la universidad, luego coincidía con la previsión del artículo 101 entonces en tanto la sentencia asume que el que el término de los contratos de trabajo celebrados entre el dos mil el 2000 y finales del 2003 fue convencional y no se atuvo a los términos del artículo 101, es inconsistente con la realidad de que coincidía con los periodos lectivos, porque si no entonces los estudiantes iban a quedarse, a quedarse sin maestro durante el termino diferente, no, si coincidía lo convenido con el periodo lectivo de la Universidad, pues es claro que, eh estos contratos tuvieron una continuidad durante todo el tiempo de vinculación que transcurrió entre el año 2000 y finales del año 2003, además, en la*

La demandada sostiene que la obligación de cotizar cesó en el momento en que el actor reunió los requisitos por *haberse pensionado*, situación que les fue informada con anterioridad al año 2010, advirtiéndole que no era querer del demandante continuar con la cotización, como el mismo lo manifestó² (Cd folio 110, minuto 54:53).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia, que los vínculos suscitados entre las partes en los periodos comprendidos entre el 31 de julio de 2000 y el 22 de diciembre de 2016, tenían carácter laboral, situación que en esos términos fue establecida por la juez de primer grado sin que frente a la naturaleza de tales vínculos se haya formulado objeción o reparo alguno en la alzada. La inconformidad expuestas en la apelación por el demandante en esta

respuesta de la demanda se admitió que había habido solución de continuidad entre la terminación del contrato en el año 2003 y el inicio del contrato a término indefinido de contrato a término indefinido a partir del año 2000 de manera que el tiempo, el tiempo total de servicios del demandante a la demandada Universidad Autónoma de Colombia fue exactamente de 15 años, 3 meses y 26 días, en esos términos si la terminación del contrato como acabo de demostrarlo con todo respeto señora juez, fue injusta porque se desvirtuó la naturaleza punitiva de la garantía legal para para el trabajador que ya no había nada que protegerle en el momento que lo despidieron, por consiguiente es un despido sin justa causa, es claro que se causó la pensión sanción así no se haya pedido en la demanda inicialmente que esa pensión, digamos que los aportes causados, se hicieran a Colpensiones para trasladarle ante Colpensiones el reconocimiento salarial y pensional pero es claro que esta es una opción de la de la empleadora, de todas formas si despidió sin justa causa al demandante se causaron los presupuestos de la sanción pensión que se alegó, en esos termino dejo sustentada el recurso de apelación contra la sentencia dictada que su señoría acaba de pronunciar, muchas gracias señor juez.”

² *“Si su señoría, con todo respeto me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia anteriormente proferida por su despacho en cuanto a las condenas a las a la Universidad Autónoma de Colombia, donde nos condenan pues a pagar un cálculo actuarial de unas cotizaciones presuntamente no realizadas, en ese sentido señora juez pues, presento mi recurso a conceptos de que el superior revise el asunto y lo sustento en los siguiente: teniendo en cuenta pues que en el momento en que efectivamente el señor demandante, accedió a su pensión de jubilación por parte de la Universidad Nacional y de conformidad con el artículo 17 de la ley 100 del 93 la obligación de cotizar cesó en el momento en que reunió nuestros requisitos por haberse ya pensionado el demandante pues, información que efectivamente se le traslado a mi representada y razón por la cual entonces no se no realizaría las cotizaciones en esos periodos de tiempo. Igualmente pues es, es claro como se desprende de lo actuado en el proceso que el demandante no informó no solo en el 2010 sino anteriormente la universidad autónoma de Colombia de que era pensionado por parte de la Universidad Nacional y que no era su querer, continuar la cotización al seguro social como él mismo lo manifiesta entonces pues señora juez e en ese sentido pues dejo plasmado mi recurso pues para que el superior revise lo pertinente, muchas gracias.”*

materia se concreta, en que no se hubiera declarado la existencia de un único contrato de trabajo.

Tampoco es materia de debate en esta instancia que i) la Fundación Universidad Autónoma de Colombia decidió de manera unilateral poner fin al contrato de trabajo del demandante a partir del 22 de diciembre de 2016, aduciendo su calidad de pensionado, y que ii) a LUIS MAURICIO RAMIRO ACHURY le fue reconocida pensión de jubilación por parte de la Universidad Nacional mediante Resolución No. 837 de 2000, con fundamento en lo previsto en la Ley 33 de 1985, circunstancias que además de no haber sido objeto de discusión entre las partes, se constatan con la documental que milita a folios 5, 93 y el CD de folio 108.

En virtud del principio de consonancia (artículo 66 A del C.P.T y la S.S.) y teniendo en cuenta los argumentos de apelación presentados tanto por el demandante como por la demandada, le corresponde al Tribunal establecer (i) si entre las partes existió un único contrato de trabajo a término indefinido; ii) si la relación laboral terminó sin justa causa, y iii) si procede el pago de aportes a pensión a favor del demandante por el interregno comprendido entre el 31 de julio de 2000 y el 8 de junio de 2010 -sobre lo cual versó la condena-.

i) UNIDAD CONTRACTUAL: En los términos del artículo 101 del CST³, el contrato celebrado con los docentes de establecimientos particulares de enseñanza “*se entiende celebrado por el año escolar*”, a falta de una estipulación diferente entre las partes.

Con base en ello, se advierte de las pruebas aportadas al plenario, que las partes acordaron o estipularon durante la relación laboral de servicios docentes, seis contratos de trabajo denominados “*docente cátedra de acuerdo*

³ “**ARTICULO 101. DURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO.** <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación **por tiempo menor.**”

con el artículo 101 del Código Sustantivo del Trabajo⁴, con lo cual ratificaron expresamente que su duración sería por el periodo académico (folios 94 a 100) y obró la presunción de duración referida, lo que trasladó la carga probatoria al demandante, quien para obtener una decisión favorable en el proceso debía acreditar que la prestación de servicios se hizo de forma continua y sin interrupción, carga que no fue satisfecha, como quiera que de ninguna de las pruebas acopiadas es posible deducir esa circunstancia.

Al respecto, además de los contratos, se aportó como prueba documental copia de la carta de terminación adiada 5 de diciembre de 2016, desprendibles de nómina del mes de diciembre de 2016 (folios 6 a 8 y 88 a 91), constancia del pago de la liquidación (folio 9), copia de algunas providencias de “*expedientes similares*” de la convención colectiva de trabajo de 1993 y del reglamento de la comisión de estabilidad (CD folio 87), de los cuales no es posible establecer que la relación se ejecutó sin solución de continuidad, al menos hasta el 1 de enero de 2004 cuando se suscribió entre las partes un contrato de trabajo a término indefinido, que es el que finaliza por decisión unilateral del trabajador el 22 de diciembre de 2016, como lo estableció la juez de primer grado. Tampoco se obtuvo confesión de la demandada sobre este asunto en el interrogatorio de parte que absolvió⁵, pues nada se le indagó sobre el particular.

Toda la evidencia incorporada al expediente da cuenta de las relaciones de trabajo que se declararon en la sentencia apelada, por lo que se confirmará la decisión de primer grado en este aspecto.

ii) DESPIDO SIN JUSTA CAUSA: Para resolver esta cuestión, la legislación laboral colombiana establece en el artículo 62 del Código Sustantivo, y en forma taxativa, los hechos o conductas de alguna de las partes, que permiten a la otra la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, y por

⁴ i) del 31 de julio al 11 de diciembre de 2000; ii) del 23 de julio al 10 de diciembre de 2001; iii) del 4 de febrero al 2 de julio de 2002; iv) del 25 de julio al 6 de diciembre de 2002; v) del 29 de enero al 25 de junio de 2003; vi) del 24 de julio al 5 de diciembre de 2003.

⁵ Audiencia del 19 de julio de 2021, récord 06:00.

ello, sin el pago de indemnización. En el párrafo de esta disposición, además, se establece que *“la parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*.

Dentro de tales conductas, se autoriza al empleador a poner fin al contrato de trabajo cuando se ha reconocido al trabajador pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa -numeral 14 del literal a)-, causal que corresponde a lo alegado por la demandada como razón del despido (ver folios 5 y 93).

Sobre esta forma legal de terminación de la relación de trabajo, el inciso final de la norma dispone la necesidad de dar aviso al trabajador con quince días de anticipación a la fecha en que se hará efectiva la terminación del contrato, y la Corte Constitucional en las sentencias C-1443 de 2000 y C-1037 de 2003 dispuso –con efectos de cosa juzgada constitucional- dos condiciones adicionales para que se pueda considerar como una *justa causa* de finalización de vínculo, a saber: i) la consulta previa al trabajador sobre su deseo de continuar o no cotizando al régimen para aumentar el valor de la mesada pensional, en virtud del derecho que le otorga la ley para esta finalidad⁶; y ii)

⁶ La sentencia C-1443 de 2000 dispuso: “Declarar **EXEQUIBLE** la expresión demandada del numeral 14 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, bajo la condición señalada en esta sentencia. Es decir, que el empleador cuando el trabajador haya cumplido los requisitos para obtener su pensión, no puede dar por terminado el contrato de trabajo, en forma unilateral, por justa causa, si previamente al reconocimiento de la pensión de jubilación, omitió consultar al trabajador si deseaba hacer uso de la facultad prevista en el artículo 33, parágrafo 3, de la Ley 100 de 1993. Bajo cualquier otra interpretación, se declara **inexequible**”. Como la facultad dispuesta en el artículo 33 de la ley 100 para incrementar el valor de las mesadas está reproducida tácitamente en las normas del Sistema de pensiones expedidas con posterioridad, se debe entender que la condición impuesta por la Corte Constitucional continúa vigente aunque se haya modificado el contenido del parágrafo 3º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993. Recuerda el Tribunal –SOBRE LA MATERIA- que la sentencia C-820 de 2006 al declarar la exequibilidad parcial del artículo 25 de la ley 153 de 1883 (relativo a la interpretación auténtica de la Ley) dispuso perentoriamente que *“la interpretación constitucional que de la Ley oscura hace la Corte Constitucional, tiene carácter obligatorio y general”*.

que no haya solución de continuidad entre el último salario y la primera mesada pensional, por resultar ello indispensable para preservar su mínimo vital ^{7 8}.

Atendiendo a lo anterior y revisado el expediente la Sala confirmará la sentencia apelada, en tanto el retiro del demandante se soportó en una pensión de jubilación que le fue reconocida por parte de la Universidad Nacional desde el año 2000, fecha anterior al retiro; decisión le fue informada con la anticipación pertinente. Como el carácter de la pensión reconocida hacía que las cotizaciones posteriores no afectaran su valor, se cumplieron todos los criterios jurisprudenciales para la validez de la *causa justa* de terminación del contrato de trabajo.

Se debe señalar que, a juicio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el retiro del trabajador por reconocimiento de una pensión de vejez entraña una decisión discrecional del empleador al no ser de forzoso acatamiento, sino una facultad que la ley le brinda y de la cual puede hacer uso en el momento en que lo estime por haber arribado el trabajador a la edad en que el ciclo laboral en la empresa o entidad debe concluir⁹.

⁷ En la sentencia referida (C-1037 de 2003) la Corte dispuso “*Declarar EXEQUIBLE el parágrafo 3° del artículo 9° de la Ley 797 de 2003, siempre y cuando además de la notificación del reconocimiento de la pensión no se pueda dar por terminada la relación laboral sin que se le notifique debidamente su inclusión en la nómina de pensionados correspondiente*”. Esto implica, según la materia estudiada por la Corte en dicha sentencia, ausencia de solución de continuidad cuando la mesada pensional corre a cargo del empleador directamente, como ocurrió en el caso bajo estudio.

⁸ La Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 030 del 19 de enero del 2021, estableció las características que rigen esta causa. En ese sentido señaló: “*Sobre esta causal en providencia CSJ SL2509-2017 reiterada en CSJ SL3108-2019 y CSJ SL3146-2020 se precisaron las siguientes características a saber, que: i) la causal resulta aplicable en las vinculaciones laborales, tanto del sector privado como del público; ii) para su configuración no solo se requiere el acto de reconocimiento de la pensión sino la efectiva inclusión en nómina de pensionados; iii) puede ser utilizada por el empleador en el momento que considere necesario o conveniente, cuidando de no transgredir el artículo 128 de la Constitución Política en el caso de los servidores oficiales; iv) el empleador tiene la facultad de solicitar y tramitar en nombre de su trabajador, la pensión; y v) esta causal aplica tanto a quienes devenguen una pensión de vejez reconocida por una administradora del sistema general de pensiones de la Ley 100 de 1993, como a los beneficiarios de pensiones del régimen de transición pensional.*”

⁹ Al respecto, pueden consultarse la Sentencia SL2509 de 2017, reiterada en las SL3108 de 2019 y SL 3823 de 2020, en la cual se indicó que “*Lo anterior permite dar cuenta que el despido por reconocimiento de la pensión de vejez es una causal autónoma de terminación del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria; su procedencia se encuentra enmarcada en la garantía de que, entre la terminación del contrato y la percepción de la prestación pensional, el trabajador pensionado no deje de recibir los ingresos que garantizan su subsistencia; además, una vez se han cumplido sus condiciones, otorga al empleador la*

Se confirmará entonces, por las razones expuestas, la sentencia de primera instancia frente a este aspecto, recogiendo cualquier criterio que se hubiera podido expresar o avalar sobre la materia en el pasado.

iii) PAGO DE APORTES A SEGURIDAD SOCIAL: Al tenor de lo previsto en el artículo 17 de la Ley 100 de 1993, *“Durante la vigencia de la relación laboral (...), deberán efectuarse cotizaciones obligatorias a los regímenes del sistema general de pensiones”*, obligación que cesa *“al momento en que el afiliado reúna los requisitos para acceder a la pensión mínima de vejez, o cuando el afiliado se pensione por invalidez o anticipadamente”*. Además, el artículo 15 de ese mismo estatuto normativo, prevé como afiliados forzosos al Sistema General de Pensiones a todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo.

En criterio de la Corte Suprema de Justicia, el disfrute de una pensión de jubilación del trabajador, como consecuencia de los servicios y aportes efectuados en el sector público -como la otorgada al demandante por la Universidad Nacional-, no exonera al empleador del deber de afiliación a la seguridad social ni de efectuar las cotizaciones respectivas, toda vez que dicha prestación es compatible con una eventual prestación que sea otorgada por el sistema (Sentencia SL1956 de 2021). Según esa Corporación, no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación oficial que se reconoce a un docente, resulte incompatible con la pensión de vejez que puede obtener por servicios prestados a instituciones de naturaleza privada, porque, en virtud de su vinculación laboral, son obligados forzosos al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, de suerte que a sus empleadores se les impone el deber de vincularlos y sufragar las cotizaciones causadas, mientras permanezca vigente la relación laboral¹⁰.

posibilidad de usarla «cuando estime conveniente que el servidor ha cumplido su ciclo laboral en la empresa o entidad», es decir, en cualquier momento.”

¹⁰ Ver sentencia SL452-2013, reiterada en la SL3725 de 2021.

Atendiendo tales consideraciones, en el examine se encuentra acreditado que la institución de educación demandada omitió el deber de afiliación del accionante a la seguridad social, pese a tener la obligación legal de hacerlo, porque la circunstancia de disfrutar el actor de una pensión de jubilación a cargo de la Universidad Nacional no la exoneraba de dicha carga; menos aún de efectuar las cotizaciones respectivas, pues la pensión que recibía el demandante se obtuvo por servicios prestados en el sector público y, como se dijo, tal prestación no era incompatible con una eventual pensión que se pudiera causar en su favor por aportes al Sistema de pensiones.

En los términos del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, la obligación de cotizar para el cubrimiento de las contingencias de invalidez, vejez y sobrevivientes, del demandante no había cesado. La Ley 100 de 1993 no consagró disposición alguna que excluya de la afiliación al sistema pensional a las personas que estén disfrutando de una pensión de jubilación, como sucedió en el asunto bajo examen, razón por la cual se confirmará también en este punto la decisión de primer grado.

Finalmente debe indicar la Sala, que aunque el demandante en la alzada sostiene que por la falta de afiliación y pago de aportes al sistema de pensiones, así como por haber laborado más de 15 años para la demandada, tiene derecho al pago de la pensión sanción, no es posible resolver sobre tal pretensión en esta instancia, en virtud del principio de congruencia, según el cual la materia sobre la que se decida debe guardar correspondencia con los hechos y las pretensiones que soportaron la demanda, y tal derecho no fue pedido ni discutido durante el trámite del proceso.

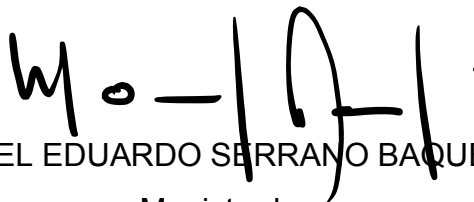
DECISION

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. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

SALVO VOTO PARCIALMENTE

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS ALEJANDRO AVELLA ZAMBRANO
CONTRA ELKIN ELADIO MÁRQUEZ SERNA**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 parte demandante, contra la sentencia dictada por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá el 26 de julio de 2021. En ella, ABSOLVIÓ al demandado de todas las pretensiones incoadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS ALEJANDRO AVELLA ZAMBRANO presentó demanda contra ELKIN ELADIO MÁRQUEZ SERNA para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal a término indefinido entre el 01 de junio de 2016 y el 22 de abril de 2018. En consecuencia, pide que se condene al pago del auxilio de cesantías y sus intereses, la prima de servicios, la compensación en dinero de las vacaciones, las indemnizaciones por despido sin justa causa y las moratorias por falta de pago al finalizar el vínculo y por no consignación de

cesantías a un fondo, y los aportes a seguridad social en pensiones correspondientes.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el 01 de junio de 2016 se vinculó con ELKIN ELADIO MÁRQUEZ SERNA, mediante un contrato de trabajo verbal a término indefinido, como *conductor externo* del camión del demandado de placas WCT067, para la entrega de mercancías en diferentes ciudades. Se pactó como contraprestación 1 SMLMV pagadero quincenalmente, con una última asignación salarial de \$781.282. En desarrollo de la relación recibía órdenes e instrucciones verbales sobre el modo y la cantidad de trabajo a realizar, con jornadas de viajes diurnos y nocturnos de hasta 15 horas. No podía dejar de asistir sin autorización del empleador. El actor debió afiliarse por cuenta propia a seguridad social en salud y pensiones, sin haber sido afiliado a riesgos laborales. Nunca recibió pago de prestaciones sociales ni vacaciones. El 22 de abril de 2018 el empleador decidió prescindir de sus servicios sin justa causa ni exponer motivo alguno (folios 3 a 13).

Notificada la admisión de la demanda en legal forma (folio 34), el demandado no la contestó dentro del término legal, y se limitó a allegar tardíamente un escrito sin el lleno de los requisitos legales (folio 35). Pese a haber sido inadmitido el pronunciamiento allegado (folio 39) no se presentó subsanación, por lo que se tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 14 de agosto de 2019 (folio 40).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de julio de 2021, en la cual la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ al demandado de todas las pretensiones incoadas por inexistencia de las obligaciones reclamadas. Para tomar la decisión encontró que si bien se evidenció la prestación de un servicio de cargue de camión, no se probaron los extremos del vínculo en los términos señalados en la demanda, para lo

cual resultaron insuficientes las manifestaciones del testimonio recibido y los *manifiestos de carga* allegados, pues no dan cuenta de su continuidad. Agregó que tampoco se evidenció el pago de un salario o la subordinación características del contrato de trabajo, sumado a la falta de acreditación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar de prestación del servicio.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER al demandado el señor ELKIN ELADIO MÁRQUEZ SERNA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte del señor LUIS ALEJANDRO AVELLA ZAMBRANO. SEGUNDO: Las COSTAS de instancia se encuentran a cargo del demandante, señalándose como agencias en derecho la suma de \$200.000 a cargo de este y a favor de la parte demandada. TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión se deberá CONSULTAR con el superior, en tanto le resulto totalmente adversa a el demandante”* (Audiencia virtual del 26 de julio de 2021 video 3 Min. 00:24).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante solicita se acceda a todo lo pretendido y se condene *extrapetita*, por cuando en el debate probatorio se probó, con las documentales allegadas que dan cuenta de los viajes realizados, y el testimonio recibido que manifestó la forma en que se suele pactar el pago de un porcentaje en este tipo de trabajos, sino por el confesión del demandado en interrogatorio de parte, que el servicio de conductor se prestó por *un largo tiempo*. Agregó que no se tuvo en cuenta la no contestación de la demanda y la mala fe del demandado en todo el trámite, así como tampoco el principio de *in dubio pro operario*, conforme al cual *toda duda* debe

resolverse a favor del trabajador (Audiencia virtual del 26 de julio de 2021 video 3 Min. 01:07)¹.

¹ “Si señoría. De manera respetuosa manifiesto que interpongo recurso de apelación en contra de su pronunciamiento de fondo que hizo su despacho hace un momento. Muchas gracias, eh bueno, primero que todo eh... este profesional de derecho se aparta de las apreciaciones hechas por el despacho de conocimiento en estas diligencias como quiera que considero que... si se llevó a cabo eh, en medio de la rutina probatoria que se desarrolló en el... en la audiencia anterior a esta, se cumplieron, si se llevó a cabo la el... el... el... si se probó de manera concreta la existencia de una relación laboral no solamente por el... por el eh... por las documentales que se llevaron al... al plenario que con el escrito introductorio eh... y por el... dicho de... el testigo que se trajo eh y que le puso sobre el conocimiento de la relación contractual entre las partes sino también eh, porque eh... eh... eh... de manera de manera muy clara y un poco errónea se probó... se probó eh el... el... el demandado lo acepto que... mi representado desempeño eh... se desempeñaba eh... como conductor de él durante un largo tiempo. Entonces con todo esto solamente se pues... se está pasando por encima no solamente eh... eh... eh hechos notorios en la demanda te en el transcurso del proceso tales como son la... la... la... el... el hecho de haberse dado por no contestada la demanda, el hecho inadmitido la contestación de la demanda derivado ah derivada de la falta de requisitos eh formales y de técnica jurídica presentada en... en el... el escrito mediante el cual se trató de correr el traslado de la misma, sino que también pues eh, la misma se... se... se observa que se está dando eh ehm... un cambio bastante omiso a... a... al principio indubio pro operario que es un principio rector dentro de las normas del derecho laboral y que manifiesta que cualquier duda debe resolverse en favor del trabajador como quiera que este se encuentra en una desventaja eh, bastante notable frente a el empleador esto es un tema bastante reconocido por la jurisprudencia y que en el... y que tienen sendos la cual tiene sendos pronunciamientos en el entendido de que eh... eh estas dudas tienen que ser siempre de manera favorable debido a que en este caso, en el caso que nos ocupa, estamos solamente premiando eh, eh, eh pues el hecho de que de manera pues un eh, poco antitécnica y... y... y de mala fe eh se... se... se logró tener un conocimiento ver... tener un convencimiento eh, eh a al despacho se le logro convencer de que no existía relación laboral después de que la mala fe de... el demandado fue lo único que prevaleció en las actuaciones procesales y en las actuaciones la borales que dieron origen eh a estas diligencias que nos ocupan, por lo anterior y pues, pues quiero hacer énfasis en el hecho pues que el... el testigo que se llamó por parte por la parte de... el actora... de los actores aquí del actor acá eh almo para que pusiera sobre los hechos de la demanda manifestó claramente que el pago que se hacía ehm.. era eh que se hacía a las personas eh que trabajaban manejando estos co... estos... estos... estos vehículos y que desempeñaban estas funciones, pues era equivalente a un porcentaje sobre eh sobre, uhm sobre lo que pagaba la empresa que los contrataba de la misma forma el... el mismo demandado acepto que le pagaba una suma de dinero a cambio de la prestación del servicio que le realizaba mi... mi prohijado a él en los momentos en que le movía el camión y existen documentales suficientes para que para demostrar que en varias ocasiones no solamente en una sino en muchas mi representado eh... eh recibió en embarques recibió mercancía la cual transporte y... y... y... y corrobora esta esta información el decir del testigo que vino eh a poner en... en... en la audiencia anterior entonces señoría eh.. eh, muy respetuosamente les veo que está aplicándose eh... eh una favorabilidad pero... pero... pero de manera adversa a los intereses de eh... eh del demandante el cual de una manera muy flagrante y de mala fe quiso ocultar la relación laboral que existía eh con... con mi representado y pues eh hay aún más dudas para resolver en cuanto a la defensa de la parte demandada que en cuanto a los postulados que se ye que se desarrollaron eh de... de parte de la pa... de los demandantes pade... en... en esta diligencia que nos ocupa entonces señoría en ese orden de ideas muy respetuosamente le solicito al juez de alzada que se sirva a revocar eh el

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 si se acreditó o no la existencia de un contrato de trabajo entre el demandante y ELKIN ELADIO MÁRQUEZ SERNA.

Para resolverla 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 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

fallo que profiere su despacho en este día y fecha y que por lo tanto eh, conceda las pretensiones de la demanda en favor del actor de mi representado y condene al demandado eh, eh en todo lo solicitado y que se encuentre probado ultra y ex... extrapetita, muchas gracias”.

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 confirmará la decisión de primera instancia, pues el demandante no cumplió con la carga de demostrar la prestación de un servicio personal en favor de ELKIN ELADIO MÁRQUEZ SERNA.

Sobre esta materia, únicamente se allegaron copias de manifiestos electrónicos de carga a nombre de la empresa Urban Express y Zona Logística S.A.S., para los días 2, 9, 10, 14, 17 y 25 de febrero, 14, 19 y 21 de marzo y 28 de julio de 2017 y del 17 de enero de 2018, en los que se registra al demandado en el campo de “*TITULAR MANIFIESTO*” y al actor en el de “*CONDUCTOR*” (folios 14 a 27), los cuales resultan insuficientes para deducir la existencia de un servicio personal de éste último (es decir, prestado por él mismo) a favor del convocado al proceso, menos aún se puede deducir de ellos la existencia de verdaderos extremos temporales de la eventual relación (los referidos documentos se limitan a señalar una “*FECHA DE EXPEDICIÓN*”).

No resulta útil en esta materia (probar la prestación de un servicio personal en favor de la persona natural traída a juicio) el testimonio de EDWIN

ALEJANDRO MACÍAS ROMERO², amigo del demandante, pues no tuvo un conocimiento directo de la presunta relación laboral y constantemente dirigió sus respuestas a generalidades o la forma en que él, como propietario de otro camión, sabía que se hacían las cosas, tales como el pacto de pagos, la forma en que debían entregarse las mercancías según los manifiestos y los días de trabajo. Y pese a recordar con cierta precisión el número de la placa del vehículo presuntamente conducido por el actor, al ser interrogado por detalles puntuales del vínculo entre las partes no pudo referir un momento puntual en que viera al demandado dar órdenes o efectuar pagos de salarios, sus respuestas fueron evasivas y se limitó a señalar que ELKIN ELADIO MÁRQUEZ SERNA *ponía a viajar* al actor. Al preguntársele sobre la fecha de inicio del vínculo, divagó al señalar que fue a principios de 2016 porque en esa época -de enero a marzo- entregaban libros a un tercero -Luis Melgarejo-, para acto seguido señalar que tal entrega también se hacía hasta abril y mayo, y finalmente agregar que incluso se hacía hasta junio de 2016, lo que evidencia la poca claridad que tiene su relato. Tampoco pudo referir un conocimiento directo de la terminación del vínculo, pues todo lo que supo al respecto fue por parte del propio demandante.

De otro lado, en interrogatorio de parte el demandado señaló que estuvo vinculado como contratista noviembre de 2013 y enero de 2018 con la empresa Colfrigos, sociedad para la cual realizaba transporte de mercancías en un camión de su propiedad. Y si bien manifestó que el accionante era su cuñado y se encontraba imposibilitado para trabajar -pues tenía condena penal en su contra-, por lo que le pedía el *favor* de cargar el vehículo y regresarlo a su casa previo a iniciar un viaje -que era llevado a cabo por el propio demandado- y a cambio le daba la suma de \$20.000 como gratificación, no se desprende de dicha afirmación que existiera una verdadera *prestación del servicio continuo*

² Audiencia del 28 de abril de 2021 video 3 Min. 02:59.

a su favor, máxime cuando no refirió fecha o interregno alguno en el cual llevara a cabo dicha actividad. Nada se obtiene pues sobre los presuntos extremos temporales, la jornada o siquiera la continuidad del servicio pretendido. Orfandad probatoria que impide dictar condena alguna.

Por último, para responder al argumento que reclama valoración probatoria al amparo del principio *in dubio pro operario*, se recuerda al recurrente que este principio en materia laboral impone la aplicación de normas más favorables al trabajador en caso de dudas en su interpretación o aplicación pero, a diferencia de otros estatutos, no se puede utilizar para absolver dudas probatorias, éstas 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 existencia³.

Por el resultado del recurso las COSTAS en la apelación corren a cargo del 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** en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1084-2020 Rad. 68086.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$50.000), 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 ARVEY OSWALDO RUÍZ RODRÍGUEZ
CONTRA BERCAL S.A.S.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinte dos (2022).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para estudiar en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor del demandante, a la sentencia dictada el 30 de noviembre de 2020 por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ARVEY OSWALDO RUÍZ RODRÍGUEZ presentó demanda contra BERCAL S.A.S. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término fijo sin solución de continuidad entre el 11 de abril de 2018 y el 26 de julio de 2019, y en consecuencia se condene al pago de salarios, cesantías, intereses sobre cesantías, prima de servicios, compensación en dinero de vacaciones, pagos a seguridad social, salud y pensión del periodo comprendido entre el 27 de mayo de 2019 al 26 de julio de 2019. En subsidio solicita que se declare como extremo final de la relación laboral el 26 de mayo de 2019, y se condene al pago de indemnización por despido sin justa causa y de indemnización moratoria. Como fundamento de lo anterior, afirma que el demandante se vinculó mediante contrato de trabajo a término fijo inicial de 3 meses para desempeñar el cargo de oficial de obra, y que el 21 de mayo de

2019 fue incapacitado por 4 días. Señala que el 24 de mayo de la misma anualidad la gerente de la empresa demandada BERCAL S.A.S. le comunicó vía telefónica la modificación unilateral de las condiciones de trabajo y que pasaría a ser por prestación de servicios. Indica que una vez vencida la incapacidad, el actor manifestó su inconformidad respecto de la terminación del contrato laboral, y el 12 de julio de 2019 le fue entregada la liquidación final de prestaciones sociales, dejando consignado que esta obedecía a terminación del contrato y no a renuncia voluntaria como consta en dicho documento. Además, que continuó trabajando de manera permanente e ininterrumpida hasta el 26 de julio de 2019, cuando se le negó el acceso a la obra (demanda en pág. 2 a 20, archivo 01 y subsanación en archivo 03, expediente digital).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por BERCAL S.A.S. mediante apoderada judicial, quien se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que el 26 de mayo de 2019 el actor solicitó la modificación del vínculo laboral por mutuo acuerdo, para ser contratista, con el fin de dedicarse a otras actividades. Propuso como excepciones de fondo: *excepción de pago total, excepción de ausencia de causa para demandar, excepción de renuncia por parte del demandante, excepción de obligación de alegar las causas y motivos al momento de la terminación del contrato, excepción de prescripción y la excepción genérica* (contestación en pág. 3 a 18, archivo 06 y subsanación en pág. 3 a 5, archivo 10, expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de noviembre de 2020, en la cual el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ probadas las excepciones de pago total y ausencia de causa para demandar formuladas por la demandada, y la ABSOLVIÓ de todas y cada una de las pretensiones. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de pago total y ausencia de causa para demandar formuladas por la demandada conforme a las consideraciones expuestas. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada BERCAL S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante*

ARVEY OSWALDO RUÍZ RODRÍGUEZ. TERCERO: CONDENAR en COSTAS al demandante y a favor de la demandada tásense por secretaría incluyéndose como agencias en derecho una suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente. CUARTO: en caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable al demandante remítase al superior en el grado jurisdiccional de CONSULTA” (hora 2 min. 02:09, audiencia virtual, archivo 30, expediente digital).

Por no haberse apelado dicha sentencia, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, a favor del demandante, que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Revisado el expediente en Consulta, otorgada en favor del trabajador, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia, pues ningún reparo encuentra a la decisión tomada en primera instancia que no fue objeto de apelación.

Frente a las pretensiones incoadas, el artículo 46 del CST dispone que el contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres (3) años pero es renovable indefinidamente, y si antes de la fecha de vencimiento del término estipulado ninguna de las partes avisa por escrito a la otra su determinación de no prorrogarlo, con una antelación no inferior a treinta (30) días, se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

Con esta regla el Tribunal encuentra acreditado como extremo final de la relación laboral el 26 de mayo de 2019, hecho del cual dan cuenta el documento suscrito por el demandante el 29 de julio de 2019 en el que manifiesta inconformidad sobre la terminación del contrato pero no frente al momento en que ocurrió (pág. 33, archivo 01, expediente digital); la liquidación del contrato sobre la cual el demandante anotó como objeción únicamente que

la causa de terminación no fue su renuncia voluntaria (pág. 32, archivo 01, expediente digital); y la declaración de CAROLINA MARCELA BERNARTE CALDERÓN, directora de proyecto de la empresa demandada, quien indicó que el actor la llamó el día 26 de mayo de 2019 para dar por terminado el contrato: *“el empezó el 11 de abril de 2018 y renunció el 26 de mayo del 2019... él tenía un contrato por obra, él era oficial de una obra que estábamos haciendo de un edificio que se estaba construyendo él trabajó con nosotros en ese tiempo... fue verbalmente por llamada telefónica... personalmente a mi... él en días anteriores había tenido un accidente en un carro que él manejaba, me llamó en horas de la mañana madrugada pidiendo pues que le ayudara, que él trabajaba como uber, que se había estrellado contra un taxi y había tenido un herido en el taxi y que necesitaba plata, en ese momento se le auxilió, posteriormente a eso en esa llamada me dijo que no le alcanzaba el dinero que le estábamos pagando como oficial y que necesitaba cambiar pues su contrato a prestación de servicios o como contratista debido a que él necesitaba más tiempo para desarrollar pues dos actividades, y ese fue el motivo por el cual yo le dije que lo iba a consultar con mi hermano que es el representante legal, tomamos la decisión y dijimos bueno hagámoslo y le dijimos que bueno que podía hacer el contrato y a partir de ahí empezamos a ser como contratista...”* (min. 33:25, archivo 30, audiencia virtual).

No se aportaron pruebas suficientes sobre la continuidad del trabajo de manera permanente, ininterrumpida y sin solución de continuidad hasta el 26 de julio de 2019 -como se afirma en la demanda-. De las planillas de ingreso de visitantes, contratistas y proveedores con notificación de riesgos aportadas para el efecto, sólo es posible evidenciar que el actor asistió a la obra unas pocas veces (3 en el mes de junio y ninguna en el mes julio de 2019) (ver pág. 19 a 43, archivo 06, expediente digital). Además, obró en contra del demandante la presunción legal de veracidad de que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, impuesta por su inasistencia injustificada a la audiencia del artículo 77 del CPT-SS, que presumió como cierto que la terminación del contrato de trabajo se debió a la renuncia voluntaria del

trabajador, quien luego se vinculó con la demandada a través de un contrato de prestación de servicios.

Habida cuenta de lo anterior, no hay lugar a pronunciarse acerca de las acreencias reclamadas para el periodo comprendido entre el 27 de mayo de 2019 al 29 de julio de 2019, ni sobre las indemnizaciones pretendidas en la demanda.

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. **SIN COSTAS** en la consulta.

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**

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE HÉCTOR JULIO POVEDA BARRETO CONTRA
BANCO POPULAR S.A.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de julio de 2021. En ella, ABSOLVIÓ de todas las pretensiones incoadas y condenó en costas a la parte actora.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, HÉCTOR JULIO POVEDA BARRETO presentó demanda contra BANCO POPULAR S.A. para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a reliquidar y reajustar *“la cesantía definitiva (...) consecuencia de la indebida liquidación de la cesantías final y prestaciones sociales”*, los intereses sobre las cesantías, las primas de servicios, las primas semestrales legales y extralegales de junio y diciembre, las vacaciones y las primas de vacaciones convencionales y legales, contenidas en el cálculo final de prestaciones sociales del 30 de septiembre de 2013, la indemnización moratoria por *“indebida liquidación”*, y la indexación de las acreencias. Subsidiariamente, solicita se condene a reliquidar y reajustar las primas legales y convencionales de servicios, las primas

extralegales *semestrales de junio y diciembre*, y las vacaciones legales y convencionales, de los últimos 3 años de servicios, con intereses moratorios sobre las sumas insolutas.

Como fundamento de lo pedido afirma que ingresó a laborar al servicio de la demandada el 2 de julio de 1973 como trabajador oficial, ya que el BANCO POPULAR S.A. se encontraba adscrito al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, relación que estuvo vigente hasta el 30 de septiembre de 2013, esto es, por más de 40 años o 14.688 días-, y no 12.281 como se indicó en la liquidación de cesantías. Adicionalmente, la liquidación de éstas reconoció un *salario básico* de \$2.877.704 y efectuó el cálculo con base en un *salario* de \$4.381.876, sin tener en cuenta la prima de vacaciones *convencional* como factor salarial, ni los factores señalados en el artículo 19 de la CCT de 1981 y el artículo 289 del CST, conforme a lo cual en realidad el salario fue “*por lo menos*” \$4.870.716. Así mismo, no efectuó la liquidación conforme a la normativa vigente para el sector privado -artículo 249 del CST-, sin que el Banco ni sus trabajadores estuvieran vinculados al Fondo Nacional del Ahorro -FNA-, pues las cesantías *son* liquidadas y pagadas directamente a los trabajadores. Consecuencia de ello, la demanda omitió liquidar los intereses *legales y convencionales* sobre las cesantías con base en el verdadero monto final. Agregó que durante el vínculo se hicieron liquidaciones parciales de cesantías y que el demandante no se acogió a la ley 50 de 1990 para la liquidación de las cesantías. La entidad ha suscrito Convenciones Colectivas de trabajo con las organizaciones sindicales Sindicato de trabajadores del Banco Popular “SINTRAPOPOPULAR” y Unión Nacional de Empleados Bancarios “UNEB”. Los beneficios convencionales se encuentran vigentes, “*la demandante (sic) fue afiliada (sic) a la ‘UNEB’*” y la demandada descontó la cuota de afiliación sindical “*con destino a la CUT y la UNEB*”, pero reconoció “*parcialmente*” los beneficios convencionales y “*nominalmente*” los auxilios de alimentación y transporte contenidos en los artículos 10 y 11 de la Convención suscrita el 1º de diciembre de 2011. Además del salario básico, el actor devengaba primas convencionales de servicios –equivalente a 90 días-, anual –equivalente a 15 días-, semestral –equivalente a 30 días-, de vacaciones –

equivalente a 49 días- y arbitral –equivalente a 15 días de salario anualmente, 7,5 en junio y 7,5 en diciembre-. La demandada no tuvo en cuenta como factores salariales las primas legal y convencional de vacaciones, la prima de servicios, los auxilios convencionales de alimentación y transporte ni el salario promedio de cada periodo para la liquidación de acreencias durante el vínculo ni al finalizar el mismo. No liquidó la prima de servicios convencional conforme al salario devengado semestralmente, con inclusión de auxilio de transporte y de alimentación, ni dio aplicación a la fórmula establecida para el efecto. Igualmente, para liquidar la prima de vacaciones -durante y al finalizar el vínculo en forma proporcional-, no tuvo en cuenta el salario *real*, con inclusión de la prima de servicios como factor salarial. Tampoco liquidó la prima convencional de vacaciones con inclusión de todos los factores salariales y primas percibidas por el actor y no la reconoció en el último periodo anual trabajado (archivo 01 folios 3 a 10 y 25 a 32).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por BANCO POPULAR S.A., mediante apoderado, quien se opuso a todas las pretensiones con fundamento en que no existe fundamento para la pretendida reliquidación. Aduce que la prima de vacaciones únicamente se devenga como prestación extralegal accesoria al disfrute de las vacaciones, por lo que no se tiene en cuenta como factor salarial para la liquidación de las primas de servicios, aunque sí para la liquidación de las cesantías, según lo dispuesto en la Convención Colectiva de 1981. En todo caso, las primas de servicios se tienen en cuenta como factor salarial únicamente en la proporción señalada en el referido acuerdo convencional. Agregó que conforme al artículo 15 de la Convención Colectiva del 1 de febrero de 1981, se finalizó el procedimiento de liquidación de cesantías vigente –anualizado según Decreto 3118 de 1968- y a partir del 1º de enero de 1980 se aplicó el artículo 249 del CST, por lo que la liquidación del referido auxilio debía hacerse en 2 etapas, antes y después de la referida calenda, la última de las cuales fue de 12.150 días, como debidamente se liquidó. Para el efecto tuvo en cuenta años de 360 días y descontó 83 días de *ausentismos*. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *falta de causa, pago, buena fe, inexistencia de la obligación*

reclamada, compensación, cosa juzgada, cobro de lo no debido, genérica, prescripción (archivo 01 folios 407 a 424).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de julio de 2021, en la cual el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ de todas las pretensiones incoadas y condenó en costas a la parte actora. Para tomar la decisión, encontró que la prima de vacaciones únicamente se paga al disfrute de éstas y, por lo tanto, no es contraprestación del servicio ni factor salarial. En consecuencia, no procede la reliquidación de prestaciones con inclusión de dicho factor salarial. Así mismo, efectuados los cálculos correspondientes encontró que las cesantías incluyeron todos los factores salariales a que había lugar, igual suerte corrieron los intereses sobre las cesantías. Bajo los mismos argumentos, despachó las pretensiones subsidiarias.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Se ABSUELVE al demandado BANCO POPULAR S.A. de todas las pretensiones reclamadas en su contra por el señor HÉCTOR JULIO POVEDA BARRETO, de conformidad con lo parte motiva de este proveído. SEGUNDO: Se CONDENA EN COSTAS en esta instancia al demandante. Por secretaria se liquidarán las cosas y se incluirá en las mismas \$500.000 como agencias en derecho, suma que se pagará por la parte demandante. TERCERA: En caso de no apelarse la decisión, se remitirá al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se presente el estudio en el grado jurisdiccional del CONSULTA”* (Audiencia virtual del 8 de julio de 2021 – archivo 14 Min. 57:12).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado del demandante pidió se revoque la decisión, pues considera que el juez de instancia centró la negativa a la reliquidación en la no procedencia de la inclusión de la prima de vacaciones como factora salarial, lo cual *“no es tema de... el debate procesal”*. Refiere que lo pretendido se centra

en la liquidación “*indebidamente efectuada*” por la demandada de las acreencias señaladas en las pretensiones. Agregó que no hubo pronunciamiento sobre el pago de la prima convencional semestral contenida en el parágrafo 1º del artículo 11 de la Convención Colectiva de 1999 (Audiencia virtual del 8 de julio de 2021 – archivo 14 Min. 59:36)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala, por no haberse presentado oposición entre las partes o encontrarse contenidos en la sentencia de primera instancia y no haber sido apelados: (i) que entre el BANCO POPULAR S.A. y el demandante existió un contrato de trabajo entre el 2 de julio de 1973 y el 30 de septiembre de 2013, (ii) que el actor fue beneficiario de las convenciones colectivas suscritas por el demandado con el Sindicato de trabajadores del Banco Popular “SINTRAPOPOPULAR” y posteriormente con la Unión Nacional de Empleados Bancarios “UNAB”; y (iii) que la *prima de vacaciones* se debe incluir como factor salarial en la liquidación de prestaciones del trabajador (archivo 01 folios 427 a 430, 434, 435 y 445).

¹ “Acoger los angustiosos 5 minutos debo señalar resumidamente lo siguiente: Primero eh... dice el code... el artículo 281 del código general del proceso que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda. Sucede que el señor juez eh... en su eh... disertación solamente hace referencia a que eh... se pretendió el acción con que la prima de vacaciones era factor salarial para ledicar... liquidar las demás primas, cosa que no es cierta, por cuanto, si se lee detenidamente el contenido del pétitum de la acción, en ningún momento de la demanda se pretende lo que afirma el juzgado, y lo que también pretende la parte demandada que se tenga en cuenta, cuando en verdad no es tema de... el debate procesal concitado por el señor HÉCTOR JULIO POVEDA. Segundo no es no comparte este esta parte la absolución total que el banco que el despacho le imparte por cuanto como quedó demostrado en el memorial presentado antes de esta audiencia la liquidación se encuentra eh... indebidamente efectuada tal como lo sustentaré, dentro de... el termino señalado por su señoría anterior del decreto 806 de 2020, de manera escritural y como eh... lo volveré a explicitar en el recurso escritural que presentare oportunamente ante su despacho. Igualmente, no hubo pronunciamiento sobre el contenido de cada una de las pretensiones de la demanda, como tampoco hubo el pronunciamiento alguno en relación a la ausencia de pago de la prima convencional semestral establecida en el parágrafo primero del artículo 11 de la convención colectiva de 1999 se señala que se al demandante debió pagársele semestralmente en los meses de junio y diciembre de cada año una prima equivalente a 15 días de salario, como lo dice claramente la norma mencionada. Así pues, con el acostumbrado respeto de interpongo el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se revoque en su integridad lo dispuesto por su despacho y en su lugar se atienda las suplicas de la demanda muchas gracias señor juez”.

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) los factores que componen el salario del actor; (ii) si procede la reliquidación o reajuste de las cesantías definitivas, los intereses sobre las cesantías, las primas de servicios, la compensación en dinero de las vacaciones, y primas de vacaciones y *semestrales* de junio y diciembre legales y extralegales, contenidas en la liquidación final de prestaciones sociales del 30 de septiembre de 2013; (iii) si hay lugar al pago de la indemnización moratoria por no pago de prestaciones, y si procede la indexación de las condenas o, en subsidio, los intereses moratorios.

La Sala debe recordar al apelante, que no hay lugar a pronunciarse sobre asuntos que no fueron incluidos específicamente en la demanda –como se pide en recurso respecto del no pago de la prima convencional semestral contenida en el *parágrafo 1º* del artículo 11 de la Convención Colectiva de 1999-, pues el juez laboral de segunda instancia carece de las facultades que el artículo 50 del CPTSS otorga al juez de primera instancia².

En gracia de discusión, se advierte que en las convenciones colectivas allegadas únicamente se evidencia la existencia de dos primas extralegales, la semestral y la anual, la primera de las cuales tuvo origen arbitral con tres modificaciones convencionales (archivo 01 folios 30 a 64, 109 a 125, 148, 150 a 229, 262 a 348, 351 y 354 a 389, y archivo 02 folios 5 a 89). Ahora bien, de la expresión “*Además de la prima que ordena la ley, y las estipuladas en Laudo y Convenciones*” contenida en el artículo 11 de la Convención de 1999, no es dable asumir o concluir que se estuviera creando una nueva prestación distinta a las ya referidas, pues, contrario a lo argumentado por la parte actora, la norma convencional refiere al reconocimiento de 15 días de salario en junio y

² 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”.

diciembre de cada anualidad, pagaderos dentro de los últimos días de mayo y noviembre, respectivamente, previsto en el Laudo Arbitral de 1974, y en consecuencia modifica expresamente todas las normas que la precedían y se referían a la misma prestación -prima semestral-.

(i) FACTORES SALARIALES. Para resolver sobre esta materia, se debe advertir que, el salario es el pago que recibe el trabajador para retribuir *directamente* sus servicios, según los dispone el artículo 127 del CST (carácter retributivo –primera característica del salario-) ³ ⁴. Igualmente se debe tener en cuenta que debido al cambio de naturaleza jurídica del BANCO POPULAR S.A., de empresa de economía mixta del orden nacional sometida al régimen de Empresas Industriales y Comerciales del Estado, a sociedad comercial anónima -debido a la venta de la mayoría accionaria del estado a particulares el 21 de noviembre de 1996- (archivo 02 folio 4), la naturaleza del vínculo del actor también se vio modificada, y solamente los derechos que se hubieran adquirido en la condición anterior se preservan -como los de tipo pensional⁵-, lo que no ocurrió con la reliquidación que reclama en este expediente. En consecuencia, no es posible aplicar preceptos o normativas propias del sector oficial, como el Decreto 1045 de 1978, para incluir la *prima legal de vacaciones* como factor salarial. Mucho menos es válido que se aplique tal norma y al mismo tiempo normas del sector privado, según lo que más convenga al trabajador en cada caso.

³ “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”.

⁴ 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 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)”.

⁵ Corte Suprema de Justicia – Sentencia SL3801-2018 Rad. 69533, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA.

Así mismo, se advierte que las convenciones colectivas de trabajo al regular el pago de las primas de servicios y extralegales anual y semestral, refieren únicamente al reconocimiento de tales prestaciones con base en el “salario” o “sueldo”, expresiones que utiliza indistintamente, sin que de las mismas pueda entenderse que incluyen factores adicionales a los que legalmente correspondan a la retribución *directa* del servicio, contenida en ya citado artículo 127 del CST.

Habida cuenta de lo anterior, obra Certificación de Acumulados allegada por la demandada (archivo 01 folios 448 a 457) la cual se reputa cierta por comprometer la responsabilidad del empleador y no haber sido desvirtuada *mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida* (Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL3009-2018 Rad. 56051, M.P. Jorge Prada Sánchez)⁶. De ella se extraen los valores devengados por el actor en cada mensualidad durante la vigencia del vínculo.

Conforme a ello, se advierte que el último salario mensual del actor correspondió a \$2.877.704, esto es, al *sueldo* básico contenido en la certificación, pues ninguno de las otras sumas devengadas puede considerarse salarial en la medida en que no retribuyen directamente el servicio, sumado a que nada obsta para que convencionalmente las partes estipulen el pago de prestaciones con base únicamente en el salario básico⁷.

⁶ “Para la Sala es claro que si bien, el actor afirmó en la demanda inicial que estuvo vinculado mediante contratos a término fijo inferiores a un año, no es menos cierto que dicha aseveración quedó desvirtuada con la certificación expedida por la empresa, que obra a folio 22 del expediente, en tanto como lo ha reiterado la Sala en varias oportunidades, los documentos emanados de los empleadores donde conste las características de la relación laboral y se comprometa su responsabilidad, se presumen ciertos. Por ejemplo, la sentencia CSJ SL2600-2018, dijo lo siguiente:

Ahora, si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017)”.

⁷ Artículo 141 del CST: “Solamente en pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales pueden estipularse salarios básicos fijos que sirvan para liquidar la remuneración correspondiente al descanso dominical, y las prestaciones proporcionales al salario, en los casos en que éste no sea fijo, como en el trabajo a destajo o por unidad de obra o por tarea”.

No se demostró por quien alagó su inclusión en la base de liquidación (artículo 167 del CGP), que los auxilios de transporte y alimentos, las primas de servicios o las extralegales semestral y anual, estuvieran destinadas a retribuir directamente el servicio. Las dos primeras no constituían un ingreso personal del trabajador, y las restantes eran *prestaciones* convencionales sobre las cuales no se probó que tuvieran origen *directo* en la cantidad o la calidad del servicio, para poder entender de ello la nota de ser retribución directa del mismo. En consecuencia, no es posible su inclusión para el cálculo de las demás prestaciones.

Sin perjuicio de lo dicho, de conformidad con el artículo 19 de la Convención Colectiva del 28 de diciembre de 1981 (archivo 01 folios 150 a 176 y archivo 02 folios 10 a 30), y como lo ratificaron los testimonios de MARISOL MORALES TIBAVIZCO⁸ y CÉSAR AUGUSTO CASTO OVALLE⁹, únicamente para la liquidación de cesantías se pactó la inclusión de factores adicionales al salario, como los gastos de representación, el auxilio legal y convencional de transporte, el convencional de vacaciones, las primas técnicas, de estadía, extralegales, de vacaciones y dos terceras partes de la de servicios, horas extras, dominicales, festivos, nocturnos, viáticos y honorarios.

Conforme a lo anterior, se obtiene como base para el cálculo de la cesantía definitiva del actor la suma de \$4.381.876,40:

Factores Cesantía	
Sueldo	\$ 2.877.704,00
Transporte	\$ 80.888,00
Auxilio alimentos	\$ 161.495,00
Prima de vacaciones	\$ 391.687,49
Prima de servicios (2/3)	\$ 513.839,38
Prima ext. Semestral	\$ 237.508,35
Prima ext. Anual	\$ 118.754,18
TOTAL BASE CESANTÍA	\$ 4.381.876,40

⁸ Audiencia virtual del 21 de mayo de 2021 – archivo 06 Min. 57:07.

⁹ Audiencia virtual del 8 de julio de 2021 – archivo 14 Min. 09:17.

En este punto, es preciso señalar que de los factores convencionales se debe tomar el que hubiera correspondiente mensualmente de manera proporcional por el periodo que se tiene para liquidar cesantías (último año de servicios). En ese sentido, si bien se evidencia que se pagó la prima de vacaciones al actor en octubre de 2012 y nuevamente en septiembre de 2013, únicamente es dable tomar esta última para el cálculo correspondiente, pues de lo contrario se estaría contabilizando doble dicho rubro para una misma anualidad. Nótese que en ambos casos la referida prestación se canceló teniendo en cuenta 49 días de salario, esto es, la totalidad de lo establecido convencionalmente. En el mismo sentido, los valores reconocidos a título de primas de servicios (en la proporción de dos tercios que corresponden al factor convencional) y las extralegales semestral y anual que fueron pagadas al accionante en los meses de noviembre y diciembre de 2012, se deben tomar en la proporción correspondiente a los últimos 3 meses de dicha anualidad, esto es, sólo se tendrá en cuenta la mitad del valor reconocido para las primas de causación semestral y una cuarta parte para la que se causa anualmente.

ii) PRESTACIONES SOCIALES LEGALES Y EXTRALEGALES Y VACACIONES. Con base en los referidos salarios y dado que se encuentran prescritas las primas de servicios y las extralegales que se hicieron exigibles antes del 7 de julio de 2013, así como las vacaciones exigibles antes del 7 de julio de 2012, efectuados los cálculos correspondientes, se obtuvieron los siguientes valores:

CONCEPTO	CALCULADO	RECONOCIDO
Excedente cesantías (desde 1980/01/01)	\$11.364.911,05	\$11.364.912,00
Intereses a las Cesantías	\$1.022.841,99	\$1.022.842,08
Prima de Servicios	\$2.340.065,25	\$2.340.065,25
Vacaciones	\$1.462.832,87	\$1.462.832,87
Prima de vacaciones	\$4.700.249,87	\$4.700.249,87

Prima extralegal semestral	\$719.426,00	\$719.426,00

En consecuencia, se advierte, tal como lo señaló el juzgador de primera instancia, que no existen mayores valores en la liquidación a favor del demandante. Por el contrario, en el cálculo de las cesantías e intereses sobre las cesantías se evidencia un valor reconocido en suma levemente superior (en unos centavos) respecto del calculado por esta Sala, por lo que se confirmará la decisión apelada en este aspecto, advirtiendo que la liquidación de las cesantías del actor correría por todo el tiempo laborado al resultar aplicable al actor el régimen retroactivo contenido en el artículo 249 del CST, por no evidenciarse que se hubiera acogido a lo dispuesto en la Ley 50 de 1990¹⁰. No obstante el artículo 15 de la Convención Colectiva suscrita el 1º de febrero de 1980 dispuso que el banco demandado *liquidaría y congelaría* las cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 1979, para todos los trabajadores de la entidad (archivo 01 folios 109 a 125 y 148, y archivo 02 folios 36 a 49). Conforme a ello, se generaron 2 períodos a liquidar: el primero del 2 de julio de 1973 al 31 de diciembre de 1979, de manera anualizada conforme lo señalado en los artículos 23 y 27 del Decreto 3118 de 1968, y el segundo del 1º de enero de 1980 al 30 de septiembre de 2013, de forma retroactiva, según lo dispuesto en el artículo 249 del CST.

Se debe destacar que la referida disposición convencional se encuentra plenamente vigente pues no ha sido objeto de declaratoria de ineficacia y tampoco fue modificada en los acuerdos suscritos con posterioridad; por el contrario, el artículo 19 de la convención del 28 de diciembre de 1981 (archivo 01 folios 150 a 176 y archivo 02 folios 10 a 30), refiere expresamente que el

¹⁰ “ARTÍCULO 98.- El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:
1. El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, el cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley.
2. El régimen especial que por esta Ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.
PARÁGRAFO.- Reglamentado parcialmente por el Decreto 1176 de 1991. Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge”.

cálculo de las cesantías con los factores salariales allí señalados se debe efectuar *“con sujeción a las condiciones previstas en el artículo 15 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita el 1º. De febrero de 1980”*. Así mismo, nótese que en el libelo no se hizo mención alguna la pretendida ineficacia o declaratoria de ilegalidad de dicha cláusula, como lo pretende ahora el abogado de la parte actora en los alegatos presentados ante esta corporación.

Ahora bien, aún si se entendiera procedente declarar ilegal o ineficaz dicha cláusula en este trámite, se debe precisar que, contrario a lo argumentado en las alegaciones, la misma no resulta contraria a los intereses de los trabajadores ni implica la renuncia a prestación alguna. Por el contrario, la modificación pactada en el cálculo de las cesantías resulta mucho más ventajosa para los trabajadores, en tanto se dispuso determinarlas en su totalidad con el último salario devengado al momento de desvincularse y no de manera anualizada como lo disponía el Decreto 3118 de 1968, entonces aplicable a todos los trabajadores de la accionada, aun cuando no se hubiera efectuado manifestación expresa al respecto por parte de su representante legal, por tratarse de una Empresa Industrial y Comercial del Estado, tal como lo ha señalado de vieja data la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral¹¹. Así mismo, las referidas cesantías causadas hasta el 31 de diciembre de 1979 fueron debidamente liquidadas y posteriormente pagadas al actor, como éste lo reconoció en interrogatorio de parte¹² y como se evidencia en las constancias de pagos parciales de cesantías al trabajador (archivos 09 a 11).

También es importante precisar que al darse alcance al contenido del artículo 134 del CST, debe tenerse, en materia laboral y de seguridad social, que los

¹¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencias Rad. 14795 del 23 de noviembre de 2000 M.P. FRANCISCO ESCOBAR HENRIQUEZ, y SL2614 Rad. 75492 del 26 de mayo de 2021 M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR.

¹² Audiencia virtual del 21 de mayo de 2021 – archivo 06 Min. 49:27.

meses se componen de 30 días, lo que lleva a que un año de 360 días¹³, por lo que el interregno laborado por el actor entre el 1º de enero de 1980 y el 30 de septiembre de 2013, corresponde a 12.150 días y no como lo señaló la parte actora.

Para definir sobre la 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 al de 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. Atendiendo tales argumentos se tuvo en cuenta que la reclamación al empleador fue presentada el 7 de julio de 2016 y demanda fue presentada el 26 de enero de 2018 (archivo 01 folios 19 y 22).

iii) SANCIÓN MORATORIA, INDEXACIÓN E INTERESES MORATORIOS. Dado que no se evidenció suma alguna adeudada por la convocada a juicio, no habrá lugar a pronunciarse acerca de las pretensiones encaminadas a condenar por la mora en el pago completo de salarios y prestaciones causados al finalizar el vínculo laboral, la corrección monetaria de acreencias y mucho menos sobre los pretendidos intereses moratorios subsidiarios.

Por la no prosperidad del recurso, las costas de segunda instancia corren a cargo del demandante.

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,

¹³ Cfr. Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, Sentencias Rad. 35402 del 22 de julio de 2009, y Consejo de Estado – Sección Segunda, Sentencia Rad. 12503 del 4 de marzo de 1999.

RESUELVE

- 1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
- 2. **COSTAS** en esta instancia a cargo del 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 CIENTO MIL PESOS MCTE (\$100.000) 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 DANILO HIGINIO MANRIQUE CONTRA
OPERADORES Y ADMINISTRADORES INTERNACIONALES DE VIAS
SAS.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veinte dos (2022)

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 Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de septiembre de 2021.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, DANILO HIGINIO MANRIQUE presentó demanda contra OPERADORES Y ADMINISTRADORES INTERNACIONALES DE VIAS SAS, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la existencia de una relación laboral a término indefinido, la cual finalizó por despido indirecto, y que como consecuencia de ello, se condene a la demandada al pago de la indemnización correspondiente en la suma de \$40.113.888; demás se le reconozca el pago de horas extras desarrolladas en los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2016, enero y febrero de 2017, y las costas del proceso. Como fundamento de lo pedido afirma que inició labores para la demandada OPERADORES Y ADMINISTRADORES INTERNACIONALES DE VIAS SAS a partir del 1° de diciembre de 2006 con un contrato de obra o labor, y el 21 de octubre de 2009

suscribió *otro sí* para modificarlo a término indefinido. Desarrolló inicialmente labores de vigilante y posteriormente de conductor con una asignación salarial variable entre \$1.820.000 y \$2.000.0000. Aduce que presentó molestias físicas y de salud e inicio controles médicos el 11 de abril de 2017 por las cuales se dieron recomendaciones médicas, pese a las cuales siguió trabajando en jornadas extensas, en ambientes ruidosos y no fue reubicado por su empleador, por ello decidió renunciar el 14 de agosto de 2018 (memorial 1. Expediente digital demanda del 9 de septiembre de 2020 sin folios).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por OPERADORES Y ADMINISTRADORES INTERNACIONALES DE VIAS SAS mediante apoderado, quien aceptó algunos hechos, negó otros, y se opuso a las pretensiones afirmando que el contrato terminó por renuncia presentada por el demandante, de la cual no se infiere incumplimiento por parte de la demandada, sino pronunciamientos en favor y de agradecimiento sin plantear ninguna situación. Propuso como excepciones *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe*. (carpeta 10. contestación del 1 al 21).

Terminó la primera instancia con sentencia dictada por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de septiembre de dos mil veintiuno (2021), mediante la cual se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y se absolvió a la demandada. La parte resolutive de la sentencia tiene el siguiente tenor literal: “*PRIMERO: DECLARAR que entre las partes existió una relación laboral regida inicialmente por un contrato por el término de obra o labor desde el 01 de diciembre de 2006 y modificado a contrato a término indefinido desde el 01 de diciembre de 2006 al 30 de agosto de 2018. SEGUNDO: ABSOLVER a los demandados OPERADORES Y ADMINISTRADORES INTERNACIONALES DE VÍAS S.A.S OPEINVIAS S.A.S de todas las pretensiones. TERCERO: SIN COSTAS.*”

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión el apoderado del demandante presentó recurso de apelación, únicamente respecto del despido indirecto. Aduce que el contrato finalizó por causa de la demandada al no acatar las recomendaciones médicas que venía presentando en su salud el señor Danilo Higino Manrique, y *“que también se evidenció que Opeinvias no tomo ninguna medida o adoptó ninguna recomendación para atender las necesidades del señor Manrique.”* Afirmo que el demandante realizó actividades por fuera del horario habitual, pese a las recomendaciones ordenadas por su médico tratante (Minuto 33:20)¹.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con la materia objeto de apelación, que limita la competencia del Tribunal en segunda instancia (artículo 66A del CPL), el Tribunal debe definir si se demostró o no la existencia de una justa causa en la renuncia presentada por el demandante.

¹ *Procedo a presentar recurso de apelación únicamente respecto del despido indirecto e inducción a la renuncia, el cual sustento de la siguiente manera en primer lugar no solo logro probar el señor Manrique sino que también se evidenció que Opeinvias no tomo ninguna medida o adopto ninguna recomendación para atender las necesidades del señor Manrique como hecho lo afirmó la testigo de la parte demandada la señora Jazmín Viviana Roa segundo lugar fundamento está apelación en la ausencia de valoración de los hechos de la demanda en particular en lo que tiene que ver con el hecho de que Opeinvias expresamente luego de solicitarse a través de derecho de petición que entregará las planillas de trabajo del señor Manrique ingreso Y de salida Opeinvias manifestó de manera expresa que había destruido esas planillas y esto repercutió en la imposibilidad de que el señor Manrique pudiera probar de manera objetiva las horas extras que efectivamente trabajo Durante los últimos años de la hora y no Opeinvias más aún es importante tener claro que la señora Jazmín día nos roba que después la testigo de la parte demandada tampoco se encontraba presente a la hora de entrada y salida de la labor del Señor Manrique por lo que Considero que tampoco era la persona adecuada para demostrar que el señor Manrique no trabajaba horas extras dentro de opinión y En tercer lugar y tercer y último lugar quiero manifestar Opeinvias serán la única responsable demostrar las manifestaciones realizadas por la parte demandante y especialmente en estas manifestaciones y Considero que pues en la audiencia y en general en un transcurso del proceso no se logró desmentir ninguno no perdón no se logró desmentir Ninguno de los hechos objetos de la demanda en tanto que no se aportaron pruebas sobre el cumplimiento de las obligaciones legales que le correspondía no Opeinvias en particular el reconocimiento y pago de las horas extras y la atención a las recomendaciones médicas que llevaron inevitablemente a la renuncia del señor Manrique y que pues llevaron principalmente a la pretensión de despido directo o la inducción a la renuncia del señor muchas gracias.*

Para el efecto, el artículo 62 del Código Sustantivo define los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa y, por ello, sin el pago de indemnización. 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 no puede alegar con posterioridad causas distintas.

Bajo estas reglas, se advierte del contenido de la carta de renuncia incorporada en el anexo 13, sin foliatura del expediente digital, que el demandante señaló como causas de su retiro las siguientes: *“Por medio de la presente hago formal mi renuncia a la empresa Opeinvias SAS a partir del 30 de agosto de 2018, empresa donde vengo laborando desde el 01 diciembre 2006. El motivo de mi retiro obedece a motivos de salud y razones personales. Aprovecho el espacio para manifestar mi agradecimiento por la oportunidad laboral que me brindaron en esta magnífica empresa, donde conocí personas maravillosas con una calidad humana inmensa ...”*

En tales afirmaciones no encuentra la Sala que el trabajador hubiera expresado hechos o conductas que se pudieran imputar al empleador que pudieran constituir una justa causa de retiro, como lo exige el parágrafo del artículo 62 del CST que a la letra dice: *“PARAGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”*.

Dicha omisión resulta suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, advirtiendo que de todas formas el demandante tampoco cumplió con la carga de probar que el empleador hubiese incumplido con obligaciones relacionadas con la salud, la prevención de riesgos o con la seguridad social del trabajador.

Sobre esta materia la testigo MARTHA JANETH HERNÁNDEZ PÉREZ (Audio 1 minuto 38:22), trabajadora en la empresa demandada entre 2002 y 2018) señaló conocer al demandante y los cargos desempeñados como vigilante y escolta, y dijo sobre las razones por las que se había retirado el demandante que *“él se retiró porque tenía problemas le dolía mucho la cabeza el cambio de clima le estaba afectando entonces él se retiró para no de pronto enfermarse más”*, dijo conocer de ello por información que le dio el demandante, y afirmó que *“en una ocasión hablamos de eso que él ya había llevado algunos documentos con algunas restricciones a la empresa y lo que hablaron nunca le cambiaron de lugar, ni de las horas extras que no le pagaban”*. Sobre esto último la testigo JAZMIN VIVIANA ROA FARIETA (Audio 1 minuto 25:46), quien señaló conocer al demandante aproximadamente desde 2008 porque trabajaron juntos en los peajes en la empresa, indicó que no se presentó ninguna restricción laboral en el demandante, y respecto de las recomendaciones médicas al actor señaló que *“la recomendación emitida por neurología lo remite a un médico ocupacional la empresa para hacer exámenes médicos ocupacionales y señaló que el trabajador no tenía recomendaciones laborales que podía ejecutar sus labores normalmente”*.

Además la demandada allegó evidencia de cumplimiento de las obligaciones relacionadas con la salud del demandante. Se anexó su historia clínica (anexo 7 y 8 de la demanda) de la cual se evidencian patologías y recomendaciones frente a las cuales la demandada impartió el seguimiento que correspondía, revisando la evolución de la situación de salud y ordenando exámenes periódicos al demandante (anexos 10 y 11 de la demanda).

Tampoco se demostró que el demandante tuviera una limitación cierta y suficiente de su capacidad laboral en la fecha de su renuncia, o que sea una persona en situación de debilidad manifiesta. Los documentos allegados al plenario dan cuenta clara de que no padecía limitaciones y si bien se habían impartido recomendaciones médicas, éstas no lo limitaban para desempeñar sus actividades.

Por el resultado del recurso las costas de segunda instancia corren a cargo del demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

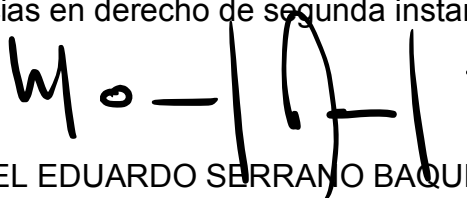
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de CIENTO MIL PESOS MCTE (\$100.000) como costas 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 ERNESTO GUERRERO ORTEGA CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 noviembre de 2021 por la Juez Treinta y Seis (36) 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) y que era beneficiario del régimen de transición.

Téngase por reasumido el poder por la doctora Ligia Jacqueline Sotelo Sánchez, quien se identifica con T.P. 73.353, apoderada principal de la parte actora. Así mismo, téngase a la doctora Angélica María Cure Muñoz, abogada inscrita a GODOY CÓRDOBA ABOGADOS S.A.S., quien se identifica con T.P. 369.821, para actuar como apoderada principal de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ERNESTO GUERRERO ORTEGA 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 suscrito el 8 de noviembre de 1994, con fundamento en que su afiliación a la AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., se efectuó sin la debida información sobre las consecuencias de su decisión de acuerdo a sus condiciones personales y por ser beneficiario del régimen de transición. No se le indicaron las características de cada régimen, la forma de calcular la prestación, el monto o la proyección objetiva de la misma. No se le informó el término máximo que tenía para trasladarse de régimen. Al solicitar a la entidad una proyección, previo a la presente demanda, evidenció que la mesada que recibiría en la administradora del RPM sería muy superior a la que obtendría de la AFP. Como consecuencia de lo anterior, pide se ordene a COLPENSIONES activar su afiliación y actualizar su historia laboral, y a la AFP el traslado de la totalidad del capital acumulado en su cuenta de ahorro individual, incluidos los gastos de administración debidamente indexados. Adicionalmente, solicita se declare que es beneficiario del *régimen de transición* (ver demanda en carpeta 01 archivo 01 folios 3 a 20).

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 AFP HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, previo suministro información amplia y oportuna acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional del afiliado. Las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente ni se evidencie cumplimiento del deber de informarse por parte del

afiliado como consumidor financiero. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, el presunto vicio es saneable por ratificación, que se entiende al no haber presentado inconformidad alguna durante el tiempo de la afiliación, sumado a que ha transcurrido un término superior al señalado en el artículo 1740 del CC, por lo que la acción se encuentra prescrita. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación del actor al sistema. Advierte que el demandante se encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibídem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previamente. Resaltó que el demandante no acreditaba la edad ni el tiempo de cotización señalado en las sentencias C-789 de 2002 y SU-062 de 2010. En caso de declarar la *nulidad* o ineficacia, no procede el traslado de los gastos de administración ni sumas de las aseguradoras, pues éstos cumplieron su finalidad legal. 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 carpeta 03 archivo 02).

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 entidad no tuvo injerencia alguna en la decisión de traslado de la actora, quien suscribió válidamente el formulario de afiliación, sin manifestar inconformidad y sin que existiera prohibición alguna para el efecto. No obra medio probatorio alguno que acredite vicio alguno en su consentimiento, como es su deber procesal, y no es procedente exigir a la AFP documental adicional a la exigida para la época. Agregó que no era procedente el traslado, puesto que se encuentra incurso en la prohibición señalada en la Ley 797 de 2003, encaminada a proteger la estabilidad financiera del sistema, y no se cumplen los requisitos de la Sentencia SU-062 de 2010. Si bien tenía 40 años al 1 de abril de 1994, no contaba con los 15 años de cotización para ampliar la Sentencia SU-130 de 2013. Propuso como excepciones de mérito: *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos*

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 desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005; 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 carpeta 05 archivo 02 folios 1 a 20).

Terminó la primera instancia con sentencia de 25 de noviembre de 2021, mediante la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y que era beneficiario del régimen de transición. 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., antes HORIZONTE S.A., no probó que se hubiera brindado información suficiente para entender que el demandante tomó una decisión libre, voluntaria y libre de vicios. Tampoco encontró confesión alguna del demandante en ese sentido. Consideró que no se configuró prescripción alguna, pues el derecho pensional se debe poder hacer exigible en cualquier tiempo.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARA LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor ERNESTO GUERRERO ORTEGA, del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 8 de noviembre del 1994, a través de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES, los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, sin que le sea posible descontar suma alguna por gastos de administración. TERCERO:*

CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores que hayan sido descontados de la cuenta de ahorro individual del accionante, durante la vigencia de la afiliación de este con dicha AFP, por concepto de gastos de administración, comisiones o cualquier otro concepto. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral del demandante ERNESTO GUERRERO ORTEGA. QUINTO: DECLARAR que el demandante ERNESTO GUERRERO ORTEGA es beneficiario del régimen de transición, de acuerdo con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia. SEXTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a la AFP PORVENIR S.A. Liquidense como agencias en derecho la suma de \$900.000. OCTAVO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, acorde a lo reglamentado en el artículo 69 del CPTSS” (Audiencia virtual del 25 de noviembre de 2021 – carpeta 11 archivo 01 Hora 01:01:26).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, PORVENIR S.A., a través de su apoderada, pidió que se revoque la decisión, por considerar que no existió traslado, sino una afiliación inicial, pues el demandante no se encontraba activo en el sistema general de pensiones el 1º de abril de 1994. Sin perjuicio de lo anterior, no se probó acción alguna por parte de la entidad que atentara contra el derecho de afiliación del actor como lo señala el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y, por el contrario, se permitió su afiliación voluntaria e informada, como lo demuestra el formulario de afiliación debidamente suscrito y allegado, sin que para la fecha se encontrara regulado el deber de información ni exigiera documental adicional. Únicamente se evidencia una inconformidad económica por parte del actor, lo cual constituye un abuso de la figura de la ineficacia. No hay lugar a ordenar la devolución de comisiones ni los gastos de administración, pues al ordenar el traslado de los rendimientos se está reconociendo la gestión de la

entidad y, en todo caso, éstos también se descuentan en COLPENSIONES, la cual se enriquecería sin causa, quien no ha efectuado ningún acto de administración sobre las cotizaciones. En cuanto a las primas del seguro previsional, las mismas fueron pagadas a la aseguradora, quien brindó la cobertura correspondiente durante la afiliación del actor. Finalmente, tales dineros no están destinados a financiar la prestación pensional y procede su prescripción (Audiencia virtual del 25 de noviembre de 2021 – carpeta 11 archivo 01 Hora 01:03:22).

La apoderada de COLPENSIONES pidió que se revoque la decisión en su totalidad, especialmente en cuanto se declaró al demandante beneficiario del régimen de transición, sin que dicha pretensión haya sido parte de la reclamación administrativa. Agregó que en el presente asunto no se evidencia un traslado de régimen, sino una afiliación inicial. Resaltó que el actor estuvo afiliado al RAIS durante varios años, sin que se hubiera acercado a la administradora del RPM, lo que da cuenta de que no tenía intención de trasladarse (Audiencia virtual del 25 de noviembre de 2021 – carpeta 11 archivo 01 Hora 01:18:14).

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 44 años de edad y contaba con 651,43 semanas entre servicios prestados y tiempos cotizados¹, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993

¹ Ver historia válida para bono pensional e historia laboral actualizada ante COLPENSIONES en expediente administrativo – carpeta 03 archivo 03 y carpeta 05 archivo 01 folios 21 a 26 subcarpeta 02.

(1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 12 años y 8 meses)², y para la fecha de presentación de la demanda había superado el requisito de edad de pensión (tenía 65 años de edad – ver archivo 01 folios 14 y 73)³.

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

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

² *Ibídem*.

³ En este punto, se advierte que si bien al momento de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994-, el actor no se encontraba cotizando a pensiones, sí se encontraba afiliado al RPM de conformidad con los tiempos laborados con anterioridad a dicha calenda y que se encontraban registrados en el historial de aportes al ISS, al punto que su vinculación a HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., conllevaría el *traslado* del equivalente en dinero de los tiempos cotizados a través de la expedición de un bono pensional (ver historia válida para bono pensional en carpeta 03 archivo 03).

⁴ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia*”.

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

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 se vislumbraran o no 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 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 SL1689 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. Allí indicó que su traslado se dio cuando fue abordado en el banco Bancolombia por una asesora de HORIZONTE S.A., quien le indicó que podía tener una pensión anticipada y mejores prestaciones, así como rendimientos, sin indicar la forma en que se efectuaría el cálculo de su prestación (Audiencia virtual del 25 de noviembre de 2021 – carpeta 11 archivo 01 Min. 13:36).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen.

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 SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 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”* (SL4360 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 la Juez de primera instancia (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Frente a la declaración de ser beneficiario del régimen de transición, se advierte que se trata de una consecuencia directa de la declaratoria de ineficacia que, en este caso, permitió evidenciar que el actor contaba con más de 750 semanas de cotización al momento de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y contaba con más de 40 años al 1º de abril de 1994, como se señaló en acápites previos. En consecuencia, se confirmará también la decisión en este aspecto.

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.

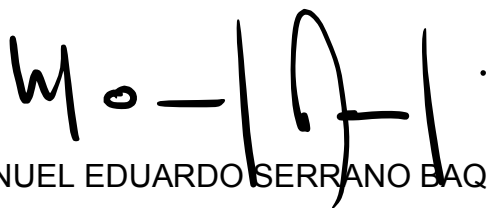
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

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.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
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

EXP. 36 2019 00898 01

Ernesto Guerrero Ortega Vs 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.



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 ZHENIA LIUDMILA GUTIÉRREZ SOTO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, SKANDIA S.A., COLFONDOS S.A. Y PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 la demandante contra la sentencia dictada el 19 de enero de 2022 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra, a través de las cuales se procuraba la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, ZHENIA LIUDMILA GUTIÉRREZ SOTO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, COLFONDOS, Y SKANDIA S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en el mes de julio de 1996, y los posteriores traslados horizontales entre fondos privados del RAIS, con fundamento en que los asesores comerciales del fondo privado no brindaron información sobre las características de ambos regímenes pensionales. Como consecuencia de lo anterior pide que se active la afiliación de la demandante

en el RPM administrado por COLPENSIONES, y se traslade a dicha entidad las cotizaciones efectuadas en el RAIS, junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás valores causados con motivo de la afiliación.

Como fundamento de sus pretensiones indicó que efectuó aportes al Instituto de los Seguros Sociales desde el 5 de febrero de 1985 hasta el 31 de julio de 1996 fecha esta última en la que se trasladó al fondo HORIZONTE, hoy PORVENIR, con el cual de hecho, efectuó afiliaciones el 14 de abril de 1999, el 12 de mayo de 1999, el 31 de mayo de 2004 y el 22 de octubre de 2009, previo a las cuales ninguna información recibió frente a las características del régimen al cual se estaba vinculando, así como tampoco, del Régimen de Prima Media con Prestación definida, entre ellas, las condiciones para acceder a la pensión de vejez, los riesgos de su afiliación, ventajas o desventajas de pertenecer a uno u otro régimen, etc. Indica que en el año 2003 se afilió a COLFONDOS, al cual retornó el 15 de mayo de 2017, entidad que en manera alguna le generó ilustración sobre el RAIS, además que en 2007 y 2013, suscribió formularios de afiliación con SKANDIA, quien tampoco le entregó información sobre el traslado (ver demanda en el archivo No 1 del expediente digital).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., mediante apoderada, contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones que la afectan. Aceptó los hechos relativos a la vinculación de la demandante con esa administradora y negó que no hubiera informado a la demandante sobre las características del régimen al cual se encontraba afiliada desde 1996 y, por el contrario, actuó con sujeción a la ley. Los demás, dijo no constarle. En su defensa propuso las excepciones de *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, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, Ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos*

fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el (sic) demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y genérica. Indica que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones que sustentan la nulidad de la afiliación, ni se establece cuál es la naturaleza de la misma. Además, refiere que el deber de información debe verificarse en relación con la fecha en que se produjo el traslado de régimen pensional, por cuanto a la expedición de la Ley 100 de 1993, tal requisito no se encontraba vigente y desde entonces ha sido objeto de evolución jurídica, advirtiendo, que para la fecha en que se hizo efectiva la segunda afiliación con ese fondo, la demandante contaba con 48 años de edad, por lo que se encontraba inmersa en la prohibición establecida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (ver contestación, carpeta No. 06 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Por su parte, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, también contestó. Se opuso a la prosperidad de las peticiones de la demanda. Indicó ser cierto el periodo de afiliación de la actora con el ISS y la fecha en que generó su traslado de régimen pensional, y negó que se hubiera presentado reclamación administrativa. Los demás supuestos fácticos dijo no constarle. Como excepciones formuló las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, *imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas*, buena fe, prescripción y la innominada. Asegura que el traslado de régimen de la demandante estuvo precedida de su voluntad, quien de manera autónoma y libre suscribió los formularios de afiliación con los fondos de pensiones que administran el RAIS, la cual ratificó con más de 24 años de aportes a ese régimen y la inexistencia de solicitudes de retorno al RPM durante dicho lapso (ver contestación, carpeta No. 7 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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 PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre e informada, previo asesoramiento amplio y oportuno acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional de la afiliada, voluntad que asegura reiterada con las múltiples traslados efectuados dentro del mismo régimen de ahorro individual, mediante la suscripción de formularios con distintos fondos. Advierte que resultaba forzoso acreditar que el acto jurídico de traslado tenía objeto o causa ilícita y que el aliado era un incapaz absoluto al momento de realizar el cambio, lo que no ocurrió, precisando que el acto viciado de nulidad relativa es susceptible de ratificación, lo cual ha operado por la construcción de la prestación mediante el pago de aportes mensuales durante 24 años, en los que la parte demandante contó con amplios términos para retornar al RPM, pero no lo hizo. Por otra parte menciona que no se configuran los supuestos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, para la procedencia de la ineficacia. Alude que las consecuencias aplicadas por la Corte Suprema de Justicia, dificulta el ejercicio efectivo de los derechos de defensa y contradicción de ese extremo procesal, ante la imposibilidad de permitir el saneamiento de o la prescripción de la acción de nulidad. Sostiene que el consentimiento informado para la libre escogencia se materializó con la suscripción de los diferentes formularios y que para el momento en que ocurrió el tránsito de régimen la demandante no tenía un derecho consolidado que le impidiera hacer su elección. Advierte que en caso de declarar la *nulidad* o ineficacia, no procede el traslado de los gastos de administración ni sumas de las aseguradoras, pues éstos cumplieron su finalidad legal. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica* (ver contestación en CD folio 90).

Mediante proveído del 6 de septiembre de 2021 (archivo No. 19 del expediente digital, trámite de primera instancia), el juez tuvo por no contestada la demanda por parte de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

Terminó la primera instancia con sentencia del 19 de enero de 2022, mediante la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la anulación o ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y a las AFP COLFONDOS S.A., OLD MUTUAL (SKANDIA) S.A. Y PORVENIR S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas por ZHENIA LIUDMILA GUTIÉRREZ SOTO, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDA: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio el Despacho, se considera relevado del estudio de las propuestas. TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por Secretaría practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de cada una de las accionadas. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR”* (archivo No.34 del expediente digital, hora 1, minuto 53:59).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia estimó que no existía razón alguna para que la administradora de fondos de pensiones HORIZONTE, con quien se produjo el traslado de régimen, rechazara la afiliación de la demandante. Además, a su juicio, para que procediera la ineficacia en asuntos como el de autos, debía configurarse uno de los vicios del consentimiento, únicos que contempla el ordenamiento legal, respecto de los cuales nada se aduce en el sustentó fáctico, advirtiendo que en el interrogatorio de parte se insinúa que hubo fuerza pero de un tercero no vinculado que sería el empleador, y que, a pesar de recibir información sobre las características detalladas del sistema de pensión, la decisión de la actora habría sido la de afiliarse porque en su psique estaba de por medio su estabilidad laboral. Sostuvo que aun en caso de omisión de la información en la afiliación, se mantuvo en el RAIS y se trasladó en múltiples oportunidades,

estableciéndose una verdadera afiliación tácita que ha generado todos los efectos.

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso el apoderado de la demandante pide se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia y, en su lugar, se acceda a las pretensiones incoadas. Afirma que en este asunto lo que se debe revisar es el cumplimiento de los requisitos de validez de la afiliación al tenor de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, específicamente al deber de información frente al cual se ha pronunciado ampliamente la Corte Suprema de Justicia, y no, como lo hizo el juzgador si existió algún vicio del consentimiento.

También refiere que la falta de retorno oportuno a COLPENSIONES, se fundamenta en la falta de ilustración frente a las características del régimen, que correspondía a una obligación de la administradora de pensiones conforme a las normas que regían la materia para esa época y que fueron desconocidas por la AFP. Igualmente, que no era aplicable lo relativo a los actos de relacionamiento porque esa postura fue modificada por el órgano de cierre (archivo No.34 del expediente digital, hora 1, minuto 54:47)¹.

¹ “Muchísimas gracias señor juez, y estando en oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que me acaba de ser notificada solicitando al honorable tribunal superior de distrito judicial de Bogotá que revoque la totalidad de la sentencia y en su lugar acceda a la totalidad de las pretensiones deprecadas en el escrito de demanda, el alcance de la impugnación se refiere a todas las pretensiones y todo el material probatorio allegado al presente proceso para que no haya ningún tipo de discusión sobre ese tema; pasó entonces argumentar y a sustentar mi recurso de apelación haciendo un repaso de cada uno de los argumentos señalados por el señor juez para no acceder a las pretensiones y en su lugar absolver a las demandadas. El primer argumento que señala el señor juez para tomar la decisión de no acceder a las pretensiones y en su lugar absolver a las demandadas tiene que ver que en el presente caso no sé configuró vicio denominado error, fuerza o dolo y tampoco hay lugar a extraerlo a partir del interrogatorio que absolvió la demandante frente a eso señala que la normativa aplicable el artículo 271 de la ley 100 de 1993 que señala que cuando te impida o atente la libertad afiliación lo que genera la consecuencia jurídica es que esa afiliación quede sin efectos, lo que se ha denominado por la Corte Suprema ineficacia de la afiliación. Frente a este punto hay que señalar muy claramente honorables magistrados que en estos casos no se discute la existencia de un vicio de consentimiento en este tipo de casos lo que se analiza es el cumplimiento de los requisitos de validez de la afiliación al tenor de lo establecido por el artículo 13 de la ley 100 y en caso tal de que no haya libertad de la afiliación porque no se suministró la información correspondiente incumpliendo El Deber de información que existió en ese momento hay lugar entonces a la ineficacia lo que se estudia en este tipo de casos no es hacer una definición acerca de que si hubo dolo, si hubo error, si hubo algún

tipo de vicio del consentimiento, sino que la información que se le suministró al momento de la del cambio de régimen fue Clara pertinente suficiente Y oportuna esto ha sido registrado desde las primeras sentencias que trata este tipo de caso que es la 31989 también de la sentencia 46292 de la Corte Suprema 1452 entre otras; por lo tanto el primer argumento que señala el señor juez es equivocado porque va en contravía de lo que ya ha sentado jurisprudencialmente la sala laboral de la Corte Suprema. Ahora bien pasemos al segundo argumento que señala el señor juez para absolver a las demandadas, el segundo argumento que señala el señor juez es que mantuvo la señora demandante su afiliación en el régimen de ahorro individual a pesar de conocer la existencia de colpensiones; frente a este tema es clara lo que lo que señala la demandante en su interrogatorio y debe ser valorado en conjunto por el honorable tribunal señalando que durante todo el periodo en el que ha estado afiliada al régimen de ahorro individual nunca ha recibido información clara y suficiente para establecer que le convenía y cuando logró enterarse de aquellos que le convenía más información que debió suministrarse en el momento de su traslado ya no podía retornar, luego entonces esa consideración del despacho para establecer que no hay lugar a la declaratoria de pretensiones no está fundamentada correctamente porque esa información que señala la demandante de no mantenerse en (inaudible) es debido a que en su momento en el momento en el que realiza el traslado e incluso posteriormente las diferentes aspiraciones que hace no se le suministra la información necesaria y es que señores magistrados es supremamente claro lo que ha dicho la demandante en su interrogatorio en el momento en el que hace su afiliación al horizonte que hoy en día es porvenir en el año 96 obedeció más que a una decisión libre a la decisión y a la promoción y sugerencias, insinuaciones incluso de que podía generar afectaciones a su trabajo de cambiarse de fondo para poder apoyar al grupo, de manera que en ese momento no sé le dio la información completa y no hubo ni siquiera una charla una asesoría en la que le implican las condiciones mínimas. Tercer punto relevante que señala señor juez dice que el año 1996 en el que se realiza el traslado de régimen de la actora no había claridad sobre la información que debía suministrarse por parte de los fondos y de los empleadores. Frente a este tema quiero citar muy puntualmente cuáles era la normas jurídicas que estaban vigentes en este momento, obviamente la ley 100 del año 93 y el decreto reglamentario 663 de 1993 que ojo con esto, establecía en cabeza de los fondos privados la obligación de suministrar información suficiente al momento de la afiliación del potencial afiliado. En este caso ni siquiera hubo poca información o escasa información, de plano no hubo información porque no se le suministró una charla, una asesoría, una información con respecto a lo que pretendía o a lo que significaba cambiarse de régimen de manera que atendiendo al tercer argumento las normas aplicables en ese momento establecen específicamente que lo pongo sí debían suministrar la información de pronto no está vigente el tema de la doble asesoría que surge en años posteriores pero sí estaba vigente en ese momento lo que decía el decreto 663 que debía haber una información mínima, básica en este caso ni siquiera hubo nada de ese tema sino que hubo una coacción prácticamente, una insinuación, una sugerencia para que se cambiará de régimen y posteriormente se le hizo llegar el formulario de afiliación que como ya se ha señalado de acuerdo con la sentencia 1652 del año 2019 no es prueba suficiente para demostrar que la afiliación fue libre y voluntaria. Cuarto argumento que señala el señor juez y que vamos a desestimar en esta sustentación: El argumento que señala el señor es que hay una serie de actuaciones, unas múltiples afiliaciones por parte de la demandante que nos demuestran su interés de mantenerse vinculada al raís el hecho de que tuvo afiliada en horizonte, en porvenir, en scania, en colfondos, citando la sentencia sl 413 de la sala permanente de la corte suprema y una sentencia de la sala de congestión señalando qué es aplicable el tema de los actos de relacionamiento. Frente a este tema quiero citar muy puntualmente lo que ha señalado la corte suprema en su sala permanente y también la sala de descongestión frente a los actos de relacionamiento porque ya son teorías que han sido modificadas, abro comillas y voy a citar la sentencia SL 1688 de 2019 dice la corte “nótese que un dato sólo será relevante si es oportuno es decir, si al momento en que se entrega brinda el destinatario su máximo de utilidad, por el contrario si la asesoría no se otorga en su día pierde su utilidad y ello equivale a la ausencia de información toda vez que el deber que les asiste a las sociedades administradoras de pensiones ojo con esto se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad a esta sentencia repito ese sl 688 2019 que incluso fue tomada como precedente por la descongestión de la corteza la sala de descongestión laboral de la corte suprema en sentencia sl 1004 de 2021 lo que señala muy

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*

claramente la corte es, lo que se estudia en los casos de los que se solicita la ineficacia del traslado es que al momento en que se realiza el traslado de régimen se le haya suministrado la información necesaria, pertinente y oportuna, es oportuna en tanto debió suministrarse en ese momento no después por lo tanto atendiendo al material probatorio tanto la documental como el interrogatorio absuelto por la actora es clarísimo establecer que en ese momento cuando la información era útil y cuando la información era oportuna y cuando debía cumplirse lo que se ha señalado como insisto en diferentes sentencias de la corte suprema no se le suministró a la actora la información necesaria por lo tanto la consecuencia jurídica es la establecida en el artículo 271 de la ley 100 del 93 ante la ausencia de la información que es la ineficacia del traslado de la actora, esos fueron los cuatro argumentos principales que señaló el señor juez para desestimar las pretensiones y absolver a las demandadas de las pretensiones presentadas y en esos términos dejo sustentado entonces mi recurso de apelación, muchísimas gracias.”

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 595.59 semanas², para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 9 años, 2 meses y 27 días)³, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaba un año para alcanzar el requisito de edad de pensión (tenía 56 años de edad – ver página 51 del archivo 1 y archivo 2 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

² Ver historia laboral aportada por COLPENSIONES, archivo “*HL ZHENIA LIUDMILA GUTIÉRREZ SOTO.pdf*”, carpeta expediente administrativo, expediente digital, trámite de primera instancia.

³ *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 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*

⁴ Sentencia STL3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.*

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

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

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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener la afiliada 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); (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para el efecto es imprescriptible “en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social” (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal debe revocar la sentencia de primera instancia pues el fondo no demostró haber dado información pertinente del Sistema a la demandante en el momento de la afiliación, de forma que le permitiera “comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión” como lo exige la Sala Laboral de la Corte. No se demuestra ello con el interrogatorio de parte que rindió el demandante, pues contrario a lo afirmado en alegatos, indicó que la afiliación a HORIZONTE (hoy PORVENIR) fue consecuencia de la recomendación que hiciera su empleador, por ser dicha administradora del grupo empresarial, más no porque hubiera

recibido, de parte de algún asesor de la AFP, la información respectiva para efectuar el tránsito, dice que solo se les indicó que el ISS se iba a acabar y que no tenía músculo financiero para responder por las pensiones. Dijo que nunca le indicaron, por ejemplo, las condiciones para pensionarse, la generación de rendimientos, entre otros aspectos (archivo No.34 del expediente digital, hora 1, minuto 09:05).

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

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen, ni los traslados horizontales efectuados dentro de la misma (a PORVENIR, SKANDIA y COLFONDOS, en las fechas anotadas en la demanda); 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).

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

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

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia y en su lugar,
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de ZHENIA LIUDMILA GUTIÉRREZ SOTO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad
3. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. –actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante- a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
4. **ORDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. que entregue toda la información contenida en la historia laboral de ZHENIA LIUDMILA GUTIÉRREZ SOTO a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

EXP. 38 2020 00347 02

Zhenia Liudmila Gutiérrez Soto contra la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones y otros.

5. CONDENAR a SKANDIA (antes OLD MUTUAL) y a PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores correspondientes a los gastos de administración causados en vigencia de las vinculaciones de la actora con esos fondos.

6. 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.

7. COSTAS en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., SKANDIA y COLFONDOS.

8. 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 DIANA CONSTANZA MARTÍNEZ PINTO
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA
ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 la parte demandante contra la sentencia dictada el 19 de noviembre de 2021 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones encaminadas a declarar 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 Mayra Alejandra Bohada Rojas, quien se identifica con T.P. 321.634, 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 apoderada, DIANA CONSTANZA MARTÍNEZ PINTO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad y consecuente* ineficacia de su traslado del RPM al RAIS, a través de la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., con fundamento en que no fue debidamente asesorada acerca de los beneficios y desventajas de su traslado, por lo que lo efectuó sin conocer sus verdaderas consecuencias. Realizados los cálculos correspondientes, previo a la presente acción, evidenció que la mesada en el RPM es mucho mayor a la del RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se tenga como válidamente afiliada a COLPENSIONES, se ordene el traslado de todos los aportes, rendimientos e intereses, y el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de la administradora del RPM con intereses de mora e indexación (ver demanda en carpeta 01 archivo 01).

Notificada la admisión de la demanda, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó la demanda por medio de apoderada. Se opuso a las pretensiones, con fundamento en que la afiliación a dicha entidad se efectuó previa asesoría integral y completa acerca de las implicaciones del traslado de régimen y entre administradoras, las características del régimen y las diferencias con el RPM, ventajas y desventajas de éstos, según las normas legales vigentes para la época, tal como se evidencia en el formulario de afiliación suscrito. Resaltó que un error de derecho no puede viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. Resaltó

que la demandante no hizo uso del derecho de retracto y la posibilidad de trasladarse al RPM durante su afiliación al RAIS, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003, sin sea beneficiaria del régimen de transición. 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, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y no configuración del derecho al pago de intereses moratorios* (ver contestación en carpeta 06 archivo “J-38 BOG - rad. 2020-00437-00 - Contestación de la demanda - DIANA CONSTANZA MARTINEZ PINTO VS COLFONDOS.pdf” folios 1 a 14).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría objetiva e integral acerca de las características y rasgos distintivos del RAIS y el RPM, sin que pueda hablarse de ventajas y desventajas, pues simplemente son regímenes diferentes y excluyentes. En consecuencia, se suscribió el formulario correspondiente de manera libre y voluntaria, según las normas legales vigentes para la época, sin que un error de derecho o variación en el monto pensional pueda viciar el consentimiento, máxime cuando como consumidor financiero tenía la obligación de informarse sobre las implicaciones de su determinación. Resaltó que la demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en

mantenerse en el RAIS, como lo fue el no manifestar inconformidad ni hacer uso del derecho de retracto ni de la posibilidad de trasladarse al RPM, previo a la prohibición establecida en la Ley 797 de 2003. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, los aportes ya fueron trasladados a otra AFP, sin que se adeude suma alguna. 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 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, traslado de aportes e innominada o genérica* (ver contestación en carpeta 07 archivo “CONTESTACIÓN DIANA CONSTANZA MARTINEZ PINTO.pdf” folios 1 a 23).

Igualmente 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 pruebas en el plenario de que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto ni trasladarse dentro de los más de 26 años de afiliación al RAIS, 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. Lo solicitado contraviene el principio de sostenibilidad financiera

del sistema. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas e innominada o genérica* (ver contestación en carpeta 08 archivo “*Contestación Nulidad de traslado DIANA CONSTANZA MARTINEZ PINTO.pdf*”).

Terminó la primera instancia con sentencia de 19 de noviembre de 2021, mediante la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones de declaratoria de la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez consideró que legalmente no era dable para la AFP rechazar el traslado de régimen de la actora al momento de su afiliación y, de alegarse la ineficacia por vicios en el consentimiento, debían estudiarse los mismos a la luz de la normativa vigente, sin que ninguno de ellos se hubiera evidenciado en el trámite. Por el contrario, encontró que la actora decidió, con base en la información con que contaba para la época, afiliarse voluntariamente al RAIS, sin que posteriormente hubiera manifestado interés en trasladarse y aportar solidariamente al RPM, y someterse *aleatoriamente* a las condiciones que pudieran resultar del mismo en el marco de las restricciones señaladas en la Ley 797 de 2003, por lo que su traslado ahora que ya cuenta con el número necesario de semanas para alcanzar una prestación pensional no sería espontáneo y atentaría contra el derecho de los demás afiliados de COLPENSIONES al afectar su estabilidad financiera. Sostuvo que aún en caso de falta de información en la afiliación, no puede deducirse una afiliación inválida, máxime cuando mantuvo su afiliación con el paso de los años, lo que permite inferir su intención de mantenerse en el mismo.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., así como a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por DIANA CONSTANZA MARTÍNEZ PINTO. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado el estudio de las propuestas. TERCERO: COSTAS. Lo serán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia, por secretaría, practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de cada una de las accionadas. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el Superior”* (Audiencia virtual del 19 de noviembre de 2021 – archivo 20 Hora 02:10:40).

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada del demandante, pidió que se revoque la decisión, por considerar que, pese a haberse proporcionado cierta información conforme a la cual tomó la decisión de trasladarse, la misma fue errónea y se limitó a ratificar rumores acerca de la terminación del ISS, por lo que las AFP serían las *salvadoras* de los afiliados. Dicha información fue recibida por la actora bajo el principio de *confianza legítima* y *seguridad jurídica* de las relaciones del Estado con sus asociados, sin que en la misma se explicaran las características, ventajas, desventajas, objetivos, condiciones, accesos y servicios de cada régimen, como lo han exigido la Corte. Así mismo, dicha corporación ha señalado que en casos como el presente se invierte la carga probatoria a favor del afiliado como parte débil de la relación y, en

consecuencia, corresponde a la AFP probar que brindó la debida asesoría, para lo cual tenía el deber de conservar la documental correspondiente y sin que sea dable hacer valer para el efecto el formulario de afiliación, pues el mismo contiene únicamente datos del solicitante (Audiencia virtual del 19 de noviembre de 2021 – archivo 20 Hora 02:11:27)¹.

¹ “Sí señor juez, con todo respeto me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir a fin que el Honorable Tribunal de Bogotá se sirva revocar en su integridad la sentencia proferida y se despache favorablemente en ese momento las pretensiones incoadas en la misma, toda vez que como lo vimos a lo largo del proceso y como también ha sido pronunciamiento de la Honorable Corte Suprema de Justicia pues aquí definitivamente si estamos en una clara violación a los derechos de mi representada, entonces vemos que sí es un error en el que la administradora al momento de la afiliación de mi representada, le hizo incurrir a mi representada, ya que no es que no tuviera desconocimiento o no es ignorancia ya que mi representada si recibió una información pero recibió una información errónea una información que no era ajustada a la realidad que no era ajustada a lo que iba a suceder en el momento en que ella fuera a recibir o a reclamar su derecho pensional, a esto a lo que nos referimos con ese vicio del consentimiento y con ese vicio denominado error, ya que como lo dije no es que existiera un desconocimiento ni una ignorancia, sino que la administradora la induce a cometer este error por una información errónea brindada por ella, es razonable que la demandante se afiliara o no, es razonable que ella se afiliara, como lo dijo el señor juez y había una información, pero que pasa, que la hizo tomar a ella una la determinación de afiliarse, pues que al momento de llegar la administradora simplemente confirmó ese rumor que había que si el seguro se acababa y no solamente eso, le dijo pues o sea se mostraron como los salvadores para ese momento ¿y entonces esto de que va acompañado? va acompañado del principio de confianza legítima que es un principio constitucional, y donde nos dice que la regla de confianza legítima se manifiesta en situaciones donde la expectativa de un sujeto por la conducta de otro genera un grado de confianza, sinceridad, seriedad y veracidad ocasionando una protección legal y constitucional y confiando de buena fe que no varíen las circunstancias que lo rodean, eso lo precisó el Consejo de Estado. de igual forma ellos indicaron que constituye la materialización del principio de seguridad jurídica en las relaciones del Estado con sus asociados es una consecuencia lógica del principio de la buena fe en toda relación jurídica; si además de ello la sección segunda explicó que ese primer significado busca otorgar al ciudadano el derecho de prevenir y ordenar su trayectoria de vida y de sus negocios con un mínimo de estabilidad institucional cierto ¿y qué pasa? ella tiene unas expectativas tiene una información, un fondo privado, una entidad qué es administrada en última o que va a venir a hacer las veces de una enviada del estado por qué es quién va a manejar en últimas su capital para su derecho pensional le ratifique una información errónea, le da una información errónea que la conduce a ella a tomar una mala decisión donde las consecuencias las podemos ver en este momento cierto, entonces ahí definitivamente sí existe un vicio en el consentimiento está falta de una información adecuada de una información correcta si, la expectativa cuando se afilia una persona a un fondo privado o a un fondo es precisamente pensionarse, el Señor Juez en su sentencia dice, -Bueno pero qué pasa cuando las personas no se pensionan sino reciben una indemnización o en el caso del fondo privado la devolución de los aportes, pero vemos que la expectativa de una persona cuando uno se va afiliar a un fondo no está pensando en que no me voy a afiliar y que me van a devolver, la expectativa es una pensión de vejez, es lo que uno básicamente está buscando o está esperando, y con esa expectativa pues esa es la información que se debe dar;

obviamente en el caso que ya no se de esta pensión de vejez que es mi expectativa, pues ya se van a mirar esas otras prestaciones como es la indemnización, y en cuanto a las otras prestaciones que ofrecen tales como sobreviviente o por invalidez es la misma normatividad para las dos administradoras, pero en este caso particular estamos hablando de una pensión de vejez la cual es claro que no se le brindó la información a la Sra. Diana que no se le brindó una información adecuada, correcta y que la hizo incurrir a ella en error de afiliarse y mantenerse allí, porque ella dice es que si, hubo un traslado horizontal, claro, un traslado horizontal donde tampoco obra prueba, donde se evidencie que a ella si se le informó, qué mire que usted se pasó y usted hoy día no sé cuando ya estaba en Colfondos ella estaba en su en su nuevo trabajo usted devenga 2 salarios mínimos Por decirlo así y usted se va a pensionar solamente con uno, tampoco se lo dijeron, porque una persona que le llegan con esa información lo que le dice mire usted devenga dos nada más le van a pensionar con uno y dice bueno, un momentico por lo menos se le crea la duda y ahí si acude a otros, al seguro social o a Colpensiones pues averiguar porque me están diciendo esto, pero es que ni siquiera se le dio esa información porque pues obviamente como Bien también lo dijo el señor juez así como a ella se le brindó una información para tomar la decisión de matricular a su hija en un colegio, pues si se le hubiese brindado una información pues ella también hubiera podido verificar si le convenía quedarse aquí o irse para el otro lado cierto, pero no se le creó esa duda no se le mostró una verdadera cara sino simplemente se le dijo esto de allí se va acabar aquí usted se puede pensionar, es más se puede pensionar anticipadamente sí. entonces no quiere decir que ella para unas cosas y si lo revise y para otras cosas no revise que le conviene o qué no le conviene, ella vio le dieron una información una información que la convenció a ella y por eso tomó esa decisión es decir la hicieron incurrir en un error, por una formación que no era la adecuada, por una información equivocada cuyas consecuencias obviamente se vienen a ver 26 años después, han pasado 26 años del momento en que la señora Diana tomó la decisión, bueno digamos 24 años porque ella se enteró en el 2019 de las consecuencias que tuvo haber aceptado ese traslado y todo esto digamos esta parte subjetiva la puedo respaldar en los pronunciamientos justamente que ha tenido qué se han tenido al respecto entre estos radicado 33083 del 22 de noviembre 2011, radicado 31989 del 9 de septiembre del 2008, SL1421 del 2019, SL1452 del 3 de abril del 2019, SL1689 del 8 mayo del 2019, y entre otras se dice: si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia la afiliación o traslado de régimen pensional le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría de información puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto, cómo se ha expuesto el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones y su ejercicio 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 esta decisión, paralelamente no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia en virtud de lo cual no es dable exigir a quién está en una posición probatoria complicada cuando no imposible o de desventaja el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar, en este caso pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito en la medida que, primero la afirmación de no haber recibido formación corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredita que cumplió con esta obligación, la documentación soporte el traslado debe conservarse en los archivos del fondo dado que en esta entidad es la que está obligada a observar la obligación de brindar información y más aún probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento terminando, dice mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba de la parte débil de la relación contractual toda vez que cómo se explicó las

entidades financieras por su proposición en el mercado, profesionalismo, experiencia y control de la operación tienen una carga de preeminencia frente al afiliado, luego a tal grado es lo anterior que incluso la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en favor de los consumidores financieros, a qué estamos hablando con esto pues a mí representada no tiene más que por el tiempo que ha pasado, no tiene más que acudir a sus recuerdos y poder informar lo que pasó en este momento, cuando vemos que es evidente, es más que evidente que si se hubiese en este momento con el salario que ella tenía haber dicho mire no, con ese salario que usted tiene va salir con un salario mínimo porque eso sí se sabía porque dice que se debe tener el 110% del salario para salir con un salario mínimo, entonces que eso sí se sabía y se le hubiese podido explicar al afiliado, ella le dice mire, usted devenga dos salarios mínimos, pero se va a pensionar con uno, por lo menos queda la duda para que el administrado se dirija o a Colpensiones a que me ratifiquen esa información o al fondo para que me diga no pero venga yo no entiendo y explíqueme que fue lo que pasó, pero lamentablemente aquí no obra prueba de que eso se haya hecho y como dijo mi representada, no se le dijo porque en ningún momento se le dio esa información, solo hasta el momento en que ella ya comenzó a hacer sus trámites pensionales; y por último, estos postulados los ha seguido reiterando la corte en radicación 84475 del 10 de febrero del 2021 donde dice que en efecto en sentencia SL1452 del 2019 reiterada entre otras por la SL1788 de 2019 y 1789 del mismo año la corte puntualizó que la obligación de dar información necesaria en los términos del numeral 1° del artículo 97 decreto 663 del 93, hace referencia a la descripción de las características, condiciones, accesos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones, por tanto implica un parangón entre las características ventajas, desventajas, objetivos de cada uno de los regímenes vigentes así como en las consecuencias jurídicas de los traslados, en cuanto a la transparencia la corte especificó que dicha obligación consiste en el deber de dar a conocer al usuario en un lenguaje claro y comprensible los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y de prima media con prestación definida de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de los servicios, según esta sala la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar los neutro, esto era sentencia SL1452 del 2019. por último en cuanto al formulario afiliación y su anexo no corresponde a un registro constancia que la AFP hubiese dado información, por el contrario contienen datos que el afiliado le suministró a la demanda en el momento afiliación, aparece información general del afiliado, su vinculación laboral, los beneficiarios, el anexo es un cuestionario a diligenciar por el afiliado en el que se le pregunta si fue informado o asesorado por el ejecutivo comercial, si desea estar vinculado al fondo, este formato solo permite cómo reiterar lo mismo que el formulario entonces por tanto digamos que aquí tampoco le están dando ninguna asesoría, ninguna información adicional de lo que ya la corte lo acabo de pronunciar, que ya la corte ha sostenido que se deba brindar al afiliado y cómo lo dije o cómo lo dice la sentencia, eso está en los términos del decreto 663 de 1993 numeral primero artículo 97. Bueno entonces con fundamento en la parte subjetiva en la parte en todas las pruebas que se aportaron en las pruebas testimoniales en las sentencias que acabo de traer a relación y la normatividad vigente solicito como ya lo dije primero que se me conceda recurso de apelación y a los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal pues que se revoque en su integridad la sentencia que se acaba de proferir y pues se revisen justamente pues los errores en que incurrió el fondo al momento de la afiliación a fin de que se despachen favorablemente todas y cada una de las pretensiones y se revoque la condena en costas muchísimas gracias señor juez y en eso queda mi recurso”.

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas 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 389,43 semanas²; para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 7 años)³; y para la fecha de presentación de la demanda había alcanzado el requisito de edad de pensión (tenía 58 años de edad – ver cuaderno 01 archivo 02 folios 16 y archivo 04).

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

² Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en expediente administrativo – cuaderno 01 archivo 02 folios 17 y 18.

³ *Ibidem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{4 5}, según el cual se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 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*

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

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

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

consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, 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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición, pues: “*Ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información*” (Sentencia SL1688-2019 de 8 mayo de 2019, rad. 68838); además (iv) la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*”, y la acción para el efecto es imprescriptible “*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*” (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal debe revocar la sentencia de primera instancia para declarar -en las mismas palabras usadas

por la Corte- la ineficacia del traslado de régimen del demandante y dictar las condenas que corresponden, con el criterio que en esta materia trazó la Corte, pues la AFP PROTECCIÓN S.A., antes COLMENA S.A., no probó haberle brindado *toda la información pertinente del Sistema* a la afiliada 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*”.

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. Indicó la demandante en tal diligencia que su traslado se dio cuando los asesores acudieron a su empresa, momento en que existía el rumor de que el ISS se iba a acabar, por lo que decidió afiliarse a una AFP para evitar perder sus aportes, sumado a que le indicaron que podría acceder a su pensión a una *edad anticipada* (Audiencia virtual del 19 de noviembre de 2021 – archivo 20 Min. 07:46). 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 de forma específica para cada afiliado.

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable “*en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos*” (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como “*saneamiento*” la permanencia en dicho régimen, ni los traslados que se efectúen al interior del mismo. Así mismo, se advierte 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).

En consecuencia, se condenará a COLFONDOS S.A. a la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos. Así mismo, se condenará a la referida entidad y a PROTECCIÓN S.A., a devolver las sumas descontadas a título de gastos de administración a COLPENSIONES, sin que sea posible descontar suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL1421 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 1993⁶ este porcentaje hace parte de los gastos de administración, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

Se negará la solicitud de reconocimiento y pago del derecho pensional, pues COLPENSIONES solo tendrá a su cargo el pago de las mesadas que se puedan causar en el RPM desde el momento en que se haga efectiva la ineficacia de la afiliación al RAIS mediante la devolución de los aportes que la financiarán. No se le puede endilgar COLPENSIONES responsabilidad alguna en las omisiones que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia encontró cometidas por los Fondos de Pensiones y por ello solo cuando reciba los saldos de la cuenta del demandante definirá las normas que regulan la prestación, el valor, y la fecha de pago de las mesadas, conforme a la actualización y consolidación de su historial laboral de cotizaciones.

Por el resultado del proceso (artículo 365 del CGP) las COSTAS en primera instancia corren a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Sin condena en COSTAS en segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de DIANA CONSTANZA MARTÍNEZ PINTO del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
3. **CONDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta del demandante, debidamente indexados, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, acorde a lo motivado.
4. **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar los valores descontados a título de gastos de administración durante la afiliación del demandante a dicha AFP, debidamente indexados, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
5. **ORDENAR** a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. que entreguen toda la información contenida en la historia laboral de DIANA CONSTANZA MARTÍNEZ PINTO a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
6. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen 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 los fondos de pensiones.
7. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A.
8. **SIN COSTAS** en la apelación.

EXP. 38 2020 00437 01
Diana Constanza Martínez Pinto Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra

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 CARLOS ERNESTO LÓPEZ DUARTE CONTRA
S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 demandada contra la sentencia dictada por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de agosto de 2021. En ella, DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y CONDENÓ a pagar diferencias en los pagos de primas de servicio, auxilio de cesantías con sus intereses, vacaciones, por la indemnización por pérdida de capacidad laboral parcial permanente y en los aportes a seguridad social en pensiones, así como las sanciones por no consignación de cesantías a un fondo y por falta de pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo, y las costas del proceso.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CARLOS ERNESTO LÓPEZ DUARTE presentó demanda contra S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de contrato de trabajo a término indefinido ejecutado de manera ininterrumpida entre el 1º de octubre de 2014 y el 26 de abril de 2019, el cual terminó por renuncia motivada del demandante, y se condene al pago de salarios a partir

del 1º de julio de 2016 hasta cuando finalizó el vínculo, así como a la reliquidación, con inclusión salarial de todos los pagos recibidos, de las cesantías y sus intereses, de las primas de servicio y de las vacaciones de todo el tiempo laborado, el pago de las indemnizaciones *por incapacidad laborar permanente*, por *despido indirecto*, y las moratorias por no consignación completa de cesantías a un fondo y no pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo, e indexación.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el 1º de octubre de 2014 celebró con la demandada contrato escrito por la duración de la *obra* denominada “SERVICIOS ESPECIALES (AS)”, con funciones de administración de bases de datos, manejo de resoluciones y decretos y reporte de indicadores de calidad, las cuales llevó a cabo como *trabajador en misión* en el Hospital de Suba ESE. El salario devengado fue un básico de \$1.250.000 más *bonificaciones* calificados por la empresa como *no salariales* –medios de transporte y auxilios o medios de comunicación y de alimentación- pese a retribuir directamente el servicio y ser pagados de manera periódica y habitual, para un total de \$2.422.300 mensuales, que se depositaban en su cuenta del Banco Davivienda. Los aportes a seguridad social, las prestaciones sociales y vacaciones, fueron reconocidos únicamente conforme al salario básico. El 27 de noviembre de 2014 tuvo un accidente de trabajo, que le generó una incapacidad laboral permanente del 11,47%, calificada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez. Dado que el empleador cotizó a la ARL Axa Colpatria con un IBC de \$821.667, la indemnización reconocida fue de sólo \$4.760.719. El 30 de junio de 2016 la empresa le comunicó la terminación del vínculo. A partir del 1º de julio de 2016 no recibió pago de salarios pese a no existir acuerdo de suspensión del contrato. En febrero de 2019 fue desafiliado del sistema de Seguridad Social. Por lo anterior, el 26 de abril de 2019 presentó carta de renuncia motivada ante el empleador (carpeta 01 archivo 02 folios 1 a 11).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S., a través de apoderada, quien se

opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, excepto a la declaratoria de no suspensión del contrato de trabajo, con fundamento en que entre las partes se presentaron dos vínculos independientes entre sí, en la modalidad de duración por obra o labor, del 1º de octubre de 2014 al 23 de noviembre de 2015 y del 9 de diciembre de 2015 al 26 de febrero de 2019, en los cuales el actor se desempeñó como *trabajador en misión* para el Hospital de Suba ESE, hoy Subred Integrada de servicios de Salud del Norte ESE. El último de los contratos fue terminado por el empleador con justa causa y con autorización del Ministerio del Trabajo – Territorial Bogotá. El salario mensual fue \$1.250.000, conforme al cual fueron pagadas las prestaciones, vacaciones y las cotizaciones a seguridad social de forma *adecuada*, y los valores adicionales se pagaron por mera liberalidad del empleador para facilitar el servicio y no como contraprestación del mismo. La relación comercial con la empresa usuaria culminó el 30 de junio de 2016, momento para el cual el actor se encontraba en proceso de calificación por pérdida de capacidad laboral por el accidente sufrido el 27 de noviembre de 2014, razón por la cual se le indicó que sería reubicado en las instalaciones de la demandada, la cual no fue aceptada y, en consecuencia, al no haber prestación del servicio, no se generaron salarios a su favor. Habida cuenta de ello, señala, cualquier reclamo sobre los valores no salariales devengados se encuentran prescritos, pues los mismos no se reclamaron antes del 29 de junio de 2019. En el mismo sentido, se encuentra prescrito todo cobro previo a agosto de 2017. Indicó que la *renuncia indirecta* no fue aceptada pues para la fecha de su presentación el vínculo ya había finalizado con justa causa. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de las obligaciones demandada, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral a cargo de mi representado y a favor del demandante, buena fe y genérica* (carpeta 09 archivo 02 y carpeta 13 archivos 01 y 03).

Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de agosto de 2021, en la cual la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y CONDENÓ a pagar diferencias en los pagos de primas de servicio, auxilio de cesantías con sus

intereses, vacaciones, indemnización por pérdida de capacidad laboral parcial permanente, y en los aportes a seguridad social en pensiones, y condenó al pago de sanciones por no consignación de cesantías a un fondo y por falta de pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo.

Para tomar su decisión, la Juez encontró probada la suscripción de dos contratos de trabajo con S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S., en los cuales no quedó debidamente determinada la obra o labor a realizar, máxime cuando el primero de ellos fue suscrito con anterioridad al inicio del vínculo con la empresa usuaria de los servicios temporales de la accionada. Así mismo, encontró que entre uno y otro contrato no transcurrió un interregno superior a un mes, y la labor desempeñada fue la misma, razón por la cual entendió la existencia de una sola relación de trabajo a término indefinido. En cuanto a la terminación, señaló que la misma se dio por la carta de despido con justa causa remitida por la pasiva al correo electrónico del actor, sin que sea válido que éste señale que cambió de dirección, pues no informó de ello a la accionada. No encontró justificada la *desalarización* de una porción de lo percibido, por lo que lo entendió incluido en el *salario real*, conforme a lo cual reliquidó las prestaciones y vacaciones hasta la fecha final del vínculo laboral. No encontró acreditada buena fe por parte de la accionada y condenó a las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías y no pago al finalizar el vínculo. Consideró que debieron pagarse salarios hasta el 30 de junio de 2017, pues antes de dicha fecha la demandada no buscó reubicar al actor, empero los mismos se encuentran prescritos, al igual que los intereses a las cesantías, primas de servicios e indemnización por no consignación de cesantías *causadas* antes del 10 de agosto de 2017, y las vacaciones previas al 10 de agosto de 2016. Encontró procedente la reliquidación de aportes a seguridad social en pensiones para todo el vínculo laboral, por ser imprescriptibles. Dispuso el pago del excedente de la indemnización por pérdida de capacidad laboral parcial permanente, debido a que la cotización se efectuó sobre un salario inferior al real.

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

“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante y la empresa demandada existió una relación laboral regida bajo la modalidad de trabajo a término indefinido, desde el 1º de octubre de 2015 (sic) hasta el 26 de febrero del 2019. SEGUNDO: DECLARAR que en virtud del principio de la realidad sobre las formas los conceptos de medios de transporte, medios de alimentación y medios de comunicación, devengados por CARLOS ERNESTO LÓPEZ DUARTE durante la vigencia del contrato de trabajo con S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. constituyen factor salarial. TERCERO: CONDENAR a la empresa S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. a pagar los siguientes conceptos: 1) \$6.533.930 por diferencia de cesantías. 2) \$422.028 por diferencia en intereses de las cesantías. 3) \$1.985.252 por diferencia de prima de servicios. 4) \$2.607.828 por diferencia de vacaciones compensadas. 5) \$7.369.281 por diferencia de la indemnización por pérdida de capacidad laboral parcial permanente. 6) \$30.036.520 por la indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 del 90. 7) \$58.132.200 por la indemnización moratoria del artículo 65 más los intereses moratorios causados a partir del mes 25 sobre la diferencia de las prestaciones sociales reconocidas en el presente asunto. CUARTO: CONDENAR a la demandada a pagar al Fondo de Pensiones al que se encuentre afiliado el demandante las diferencias de las cotizaciones obligatorias causadas entre el 1º de octubre de 2014 y el 26 de noviembre de 2017 (sic), con el índice de base de cotización indicado en la parte motiva de esta sentencia y el acápite respectivo. QUINTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas por el señor CARLOS ERNESTO LÓPEZ DUARTE. SEXTO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de PRESCRIPCIÓN e INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, conforme a lo expuesto en la parte motiva y NO probadas las demás. SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a la demandada y a favor del demandante CARLOS, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$ 4.283.681” (Audiencia virtual del 11 de agosto de 2021 – carpeta 17 archivo 02 Min. 54:53).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S. manifestó que entre las partes existieron dos contratos de trabajo por obra o labor, según la necesidad de apoyo temporal de la empresa usuaria, independientes entre sí pues entre uno y otro transcurrieron varios días sin prestación del servicio. Consideró que no se adeuda salario alguno, pues a partir del 1º de julio de 2016 no se prestó el servicio debido a que el demandante no quiso reubicarse, pese a las citaciones telefónicas efectuadas en 2016 y posteriormente por escrito en 2017, para poder cumplir los requisitos del Ministerio del Trabajo, que autorizó el despido. Resaltó que en los contratos se pactó la desalarización de los montos adicionales al salario básico, conforme a lo cual la empresa pagó de buena fe y en debida forma las prestaciones sociales y efectuó los aportes a seguridad social y ARL, incluso cuando no hubo prestación del servicio, por lo que no se adeuda suma alguna por dichos conceptos ni por la indemnización por pérdida de capacidad laboral (Audiencia virtual del 11 de agosto de 2021 – carpeta 17 archivo 02 Min. 57:08)¹.

¹ “Eh... en nombre de servicios y asesorías me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia en los siguientes términos: con relación al punto de si se trataron de una o dos relaciones laborales y el tipo de contrato, entre las partes de forma voluntaria se suscribieron dos contratos de trabajo por obra o labor determinada para que prestara servicios en calidad de trabajador en misión para la empresa usuaria Hospital de Suba en el área de salud pública, los contratos se firmaron bajo la mitad... bajo la modalidad de obra o labor determinada, la cual estuvo estipulada por la necesidad de apoyo temporal en la usuaria y por vigencia de la relación laboral existente entre S.A.S servicios y asesorías hacia el hospital de suba. No existe razón haber modificado el tipo de contrato ni la cantidad de contratos acordados de forma voluntaria entre las partes, máxime si sumamos y tenemos en cuenta que entre una y otra relación laboral existió un periodo de tiempo que va desde el 24 de noviembre de 2015 al 8 de diciembre de 2015 en el que el demandante no presto el servicio, razón por la que no se puede hablar, a mi parecer, de una única relación laboral. Con relación a los auxilios no salariales y reliquidación de prestaciones sociales y reajustes a pensión, en los contratos de trabajo se pactó la cláusula de desalarización de cualquier valor adicional que el demandante percibiera y el demandante acepto con la firma del contrato de trabajo que su salario sería de la suma de \$1.250.000 para ambas relaciones laborales y que adicional podía recibir concepto por medio de transporte, alimentación y comunicaciones que estarían, en todo caso, por fuera de la de la fórmula salarial del contrato de trabajo. Ahora bien, dichos valores pues, fueron pagados hasta el 30 de junio de 2021 (sic) y en ese sentido cualquier reclamación de pago frente a los mismos debió haber sido demandado dentro los años siguientes, dentro de los tres años siguientes. Con relación al pago de salarios desde el primero de julio de 2016 el demandante no presto servicios y por lo tanto no recibió salarios, pese a que la demandada lo citó en múltiples ocasiones para llevar a cabo su reubicación laboral, sin que el demandante aceptara reubicarse laboralmente en las oficinas de planta de la hoy demandada, citaciones que la empresa realizo inicialmente de forma telefónica, en el segundo semestre de 2016 y el primer semestre de 2017 y posteriormente de forma escrita para poder cumplir con los requisitos que le exigía el Ministerio de Trabajo para poder autorizar la finalización de dicho vínculo, finalización que además se otorgó porque se evidencio que desde el 30 de junio de 2016 existía una justa causa o una causa objetiva y legal como era la finalización de la obra o labor contratada para haber finalizado su

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 y no haber sido objeto de apelación: (i) que entre el demandante y S&A SERVICIOS Y ASESORÍAS S.A.S., se suscribieron dos contratos de trabajo, el 1º de octubre de 2014 y el 9 de diciembre de 2015, respectivamente; (ii) que el 26 de febrero de 2019 la demandada dio por terminado el vínculo laboral con justa causa por autorización del Ministerio del Trabajo; (iii) que entre el 1º de octubre de 2014 y el 30 de junio de 2016 el actor recibió mensualmente un salario de \$1.250.000 más *medios de transporte, de alimentación y de comunicación*, y adicionalmente auxilio de transporte a partir de 2015; (iv) que a partir del 1º de julio de 2017 no hubo prestación del servicio por causa atribuible exclusivamente al trabajador quien se negó a la reubicación propuesta por la pasiva; (v) que la demandada únicamente tuvo en cuenta el salario básico y el auxilio de transporte, cuando era el caso, para el reconocimiento y pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social; (vi) que el demandante tuvo un accidente de trabajo el 27 de noviembre de 2014, lo que le generó una pérdida de capacidad permanente parcial del 11,47% y por la cual recibió una indemnización de \$4.760.719 por parte de la ARL Axa

contrato de trabajo. Con relación al pago de la sanción moratoria y sanción por consignación parcial de cesantías, sea lo primero aclarar que al demandante no se le quedó adeudando suma alguna de dinero, dado que desde el 1º de julio de 2016 en adelante, si bien no se le pagaron salarios porque el demandante no presto servicios, pese a las citaciones de la empresa, si se pagaron las prestaciones sociales que se iban causando de forma oportuna. Así mismo se le pago la liquidación de prestaciones sociales y se hicieron los aportes a seguridad social correspondientes. Todo en el marco del contrato de trabajo pactado entre las partes, la cláusula de salario y la cláusula de desalarización con la que se demuestra además la buena fe con la que actuó mi poderdante, quien nunca tuvo intención alguna de causarle perjuicio alguno al demandante y que realizo los pagos que considero estaban acordes al salario acordado o al salario pactado entre... entre partes. Y por último, con relación a la reliquidación de la indemnización por perdida permanente de capacidad laboral pues lo mismo lo aportes se realizaron, los aportes a seguridad social se realizaron eh... con base en el salario pactado entre las partes. Mi poderdante siempre pensó que realizó los aportes correspondientes al demandante de forma adecuada de acuerdo a lo que habían pactado inicialmente en el en el contrato eh... y por lo tanto pues la misma no estaba llamada a prosperar. Finalmente, pues me reservo el derecho de ampliar el presente recurso en la etapa de alegatos ante el Tribunal de Bogotá, muchas gracias".

Colpatria (carpeta 01 archivo 02 folios 14, 15, 17, 18 y 20 a 49, y carpeta 13 archivo 04 folios 1 a 51, 60 a 75 y 79 a 106).

Así las cosas, la discusión que puede estudiar el Tribunal, por consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir: (i) si entre las partes existió un único vínculo laboral a término indefinido o si se trató de dos relaciones diferentes por *labor determinada*; (ii) cuál es la naturaleza –salarial o no- de los pagos por *medios de transporte, de alimentación y de comunicación*; (iii) si se adeuda algún valor a título de reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones; (iv) si hay lugar a la reliquidación de los aportes a seguridad social en pensiones; (v) si se adeuda algún valor por indemnización de pérdida de capacidad laboral permanente parcial; y (vi) si procede o no el pago de las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo.

No se pronunciará el Tribunal sobre eventuales salarios adeudados, pues la juzgadora de primera instancia no emitió condena en dicho aspecto al encontrar configurada la excepción de prescripción sobre tales rubros, y sobre este asunto que no se propuso apelación.

i) MODALIDAD Y CONTINUIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO. Frente a la primera materia propuesta como objeto de la apelación, los artículos 37 y 38 del CST disponen que el contrato de trabajo no requiere formalidad alguna para su validez, salvo norma en contrario, y que se puede celebrar de forma escrita o verbal, caso este último en que se requiere como mínimo acuerdo entre las partes respecto de la índole del trabajo y lugar de realización, cuantía y forma de remuneración y la duración del vínculo.

El artículo 45 *ibídem*, refiere además que el contrato podrá “celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor **determinada**, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional accidental o transitorio”. En consecuencia, para que un contrato de trabajo en

la modalidad de duración definida por obra o labor determinada pueda existir es necesario que exista una obra o una labor de realización temporal **definida** a la cual se vinculará el trabajador, pues esa será la materia o causa del contrato de trabajo, obra que debe estar claramente señalada por las partes en el contrato de trabajo. Si no existe dicha obra, o si no se define claramente, perderá vigencia la modalidad contractual de duración *definida* por obra o labor contratada, y entrará a operar la norma general que dispone la modalidad de duración *indefinida* ante la falta de estipulación válida, conforme a la cláusula general contenida en el artículo 47 del CST. A dicha modalidad presunta se debe acudir también, cuando en el proceso judicial no se acreditan otras formalidades o requisitos que las normas exijan para la validez formal del contrato.

Con el anterior fundamento normativo y una vez revisado el expediente, la Sala confirmará la sentencia apelada en cuanto declaró que entre las partes se ejecutó una sola relación de trabajo de *término indefinido* entre el 1º de octubre de 2014 y el 26 de febrero de 2019, pues si bien las partes denominaron formalmente al contrato como de obra, no definieron una labor de realización temporal como materia o causa concreta de la relación; se limitaron a señalar que la labor contratada consistía en “SERVICIOS ESPECIALES (AS)” el primero, y “SERVICIOS ESPECIALES”, el segundo, (carpeta 13 archivo 04 folios 1 a 2 y 21 a 22). Si bien en tales documentos se hace referencia a la prestación de un servicio *en misión* a favor de la *empresa usuaria* Hospital de Suba, tampoco se adujo o probó un contrato o proyecto determinado o si la labor del actor se limitaba a este, y por el contrario en los contratos de trabajo se estableció la posibilidad de que los servicios fueran prestados “*en lugar distinto al inicialmente contratado*” y que el trabajador aceptaría “*los cambios de oficio que decida EL EMPLEADOR*”, lo que evidencia que los mismos no circunscribieron a una determinada obra o labor. Sumado a ello, y aún si se pudiera entender válido el vínculo para la presunta labor en misión, únicamente se acreditó la existencia de un contrato de suministro de personal con la usuaria Hospital de Suba suscrito el 27 de febrero de 2015 (carpeta 13 archivo 04 folios 99 a 106), suscrito varios meses

después del inicio de la relación laboral entre el actor y la aquí demandada, y en interrogatorio de parte, la representante legal de dicha sociedad no pudo recordar qué vínculo que la unía a la *usuaria* Hospital de Suba para esa época².

Aunado a lo anterior, y frente a la inconformidad planteada en la apelación sobre la unicidad y continuidad del contrato, se advierte que, tal como lo señaló la juzgadora de primera instancia, en el presente asunto no se evidencia una interrupción *real* de la prestación del servicio, pues el primer contrato que se habría terminado el 23 de noviembre de 2015 (carpeta 13 archivo 04 folio 20) se re inició el 9 de diciembre de 2015 (*ibídem* folios 21 y 22), 2 semanas después, lapso del cual no se deduce solución de continuidad en la relación de servicios, como lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, pues *“cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como podrían ser aquellas inferiores a un mes, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece”*³.

ii) NATURALEZA SALARIAL DE LOS PAGOS RECIBIDOS. Para resolver sobre esta materia de la apelación, 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 prestaciones sociales, dicha posibilidad solo cabe frente a una *duda razonable* que pudiera existir 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

² Audiencia virtual del 11 de agosto de 2021 – carpeta 17 archivo 01 Min. 14:30.

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL981-2019 Rad. 74084 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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, la 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, la 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 consecuencia, 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 el 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 clara la naturaleza salarial de los pagos denominados en los desprendibles de nómina como *medios de transporte, de alimentación y de comunicación* (carpeta 13 archivo 04 folios 3 a 18 y 23 a 29), que no se pueden entender válidamente excluidos de la base salarial por la afirmación genérica contenida en la cláusula quinta de los contratos suscritos, en cuanto a que “*lo que reciba el trabajador o llegue a recibir en el futuro, adicional a su salario ordinario, ya sean beneficios o auxilios habituales u ocasionales, tales como alimentación, habitación o vestuario, bonificaciones ocasionales o cualquier otro que reciba, durante la vigencia del contrato de trabajo, (...), no constituyen ni forman parte de la base salarial para liquidar prestaciones sociales, aportes a seguridad social, parafiscales ni cualquier otro concepto laboral*” (ibídem folios 1 a 2 y 21 a 22).

De las pruebas aportadas no se deduce duda razonable alguna que permita entender que los pagos referidos no se encontrasen dirigidos a retribuir directamente el trabajo del actor, ni que se hubieran otorgado no “*para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones*”⁴. No se demostró cual era su destinación, ni otras razones que permitieran entender que no tenía naturaleza retributiva en los términos antes señalados, al punto que, pese a que el actor prestaba sus servicios en una sola ubicación -no debía desplazarse a distintos lugares para el servicio-, existía un rubro presuntamente destinado a *medios de transporte* pagado de manera concomitante al *auxilio legal de transporte*, lo cual, cuando menos, resta credibilidad a su destinación. En cuanto a los *medios de alimentación* que en sí mismos serían salario en especie (artículo 129 del CST) se trataba del 20% de lo percibido por el actor valor que, sumado a los otros rubros, constituían alrededor del 50% de la remuneración.

Sobre esta materia el testigo EDWIN GIOVANNY VÁSQUEZ PULECIO afirmó que si bien al momento de suscribir los contratos se les indicaba que recibirían

⁴ Artículo 128 del CST.

tales pagos *no constitutivos de salario*, en modo alguno se señalaba que los mismos tuvieran una destinación específica –pago de transporte o de comunicaciones- o que existiera una reglamentación al respecto, y que se pactaba su pago por fuera del salario básico para disminuir la incidencia prestacional a cargo de la empresa⁵.

La claridad del carácter salarial de los pagos excluidos impedía la validez del acuerdo mediante el cual se pretendió excluirlos de la base de liquidación de las prestaciones sociales del demandante. Der las pruebas aportadas se deduce sin duda algún a que retribuían directamente los servicios del trabajador (carácter retributivo –primera característica del salario-) ^{6 7}, su pago se hacía de forma periódica –mensualmente- (segunda característica del salario), y que el demandante podía destinar libremente las sumas que recibía, por lo cual constituían un ingreso personal, por oposición a los pagos que –en palabras del artículo 128- reciba el trabajador no para su beneficio personal sino para atender debidamente las funciones encomendadas por su empleador como los gastos de representación (tercera característica del salario).

Habida cuenta de ello, sería del caso tener como salario real del trabajador durante toda la relación laboral la suma de \$2.500.000, correspondiente a la inicialmente otorgada (carpeta 13 archivo 04 folios 3 y 4), sin que fuera dable al empleador desmejorar unilateralmente el mismo ni efectuar deducciones ni

⁵ Audiencia virtual del 11 de agosto de 2021 – carpeta 17 archivo 01 Hora 01:18:35.

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 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)”.

retenciones⁸, como lo hizo al disminuir lo pagado por los referidos factores salariales a fin de incluir dentro del mismo pago -\$2.500.000 en total- el valor del auxilio de transporte a partir del año 2015 (*ibídem* folios 8 a 11, 13 a 18 y 23 a 29). No obstante, se mantendrán los valores señalados en la sentencia de primera instancia -\$2.500.000 para 2014, \$2.426.000 para 2015 y \$2.422.300 para 2016-, para no transgredir el principio de “*no reformatio in pejus*”⁹.

iii) RELIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES Y VACACIONES. Con base en los montos salariales definidos en primera instancia y dado que se declararon prescritas las primas de servicios y los intereses sobre las cesantías que se hicieron exigibles antes del 10 de agosto de 2017, así como las vacaciones exigibles antes del 10 de agosto de 2016, una vez efectuados los cálculos correspondientes y descontado lo pagado por la demandada durante los mismos periodos (carpeta 13 archivo 04 folios 19, 34 a 39 y 97), se obtiene un total adeudado de \$1.260.328, según las siguientes operaciones aritméticas:

	Valor Liquidado	Valor Pagado	Adeudado
Cesantías	\$6.797.300,00	\$5.536.972,00	\$1.260.328,00
Intereses a las Cesantías	\$72.669,00	\$303.630,00	\$0,00
Primas de Servicios	\$0,00	\$2.069.444,00	\$0,00
Vacaciones	\$1.892.884,38	\$2.010.417,00	\$0,00
TOTAL			\$1.260.328,00

Para definir la 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 10 de agosto de

⁸ Ver Constitución Política artículo 53 y Artículo 59 numeral 1 del CST.

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4866-2021 Rad. 82444 MM.PP. GERARDO BOTERO ZULUAGA y FERNANDO CASTILLO CADENA.

2020 (carpeta 01 archivo 04), la reliquidación de las cesantías procede por todo el tiempo laborado, es decir, a partir del 1º de octubre de 2014 pues respecto de estas no operó la prescripción. Frente a las vacaciones es procedente su reliquidación a partir del 10 de agosto de 2016, y las demás prestaciones a partir del 10 de agosto de 2017 pues las causadas con anterioridad están prescritas.

Adicionalmente, se tuvo en cuenta que no fue objeto de controversia que a partir del 1º de julio de 2017 no hubo prestación del servicio por causa atribuible exclusivamente al trabajador, quien se negó a ser reubicado para laborar en la empresa demandada, razón por la cual a partir de dicha calenda no existía la obligación de reconocer o pagar salarios y, en consecuencia, tampoco se generaron prestaciones sociales ni vacaciones.

En este orden de ideas se modificará la sentencia apelada y se condenará a la demandada al pago de las acreencias laborales adeudadas únicamente por el valor señalado.

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

Cuando se incumple la obligación de pagar los aportes de un trabajador que estaba afiliado al Sistema, las normas disponen a cargo del empleador el pago del aporte junto con el interés moratorio *“igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios”* (artículo 23 de la Ley 100 de 1993). En esta eventualidad los tiempos correspondientes a dichos aportes deben ser

computados por la entidad pagadora de pensiones aun cuando no se haya efectuado el pago, o en el caso de pagos deficitarios de los referidos aportes.

En el asunto en estudio, si bien la relación laboral se extendió hasta el 26 de febrero de 2019, no hubo prestación del servicio por causa *atribuible exclusivamente* al trabajador a partir del 1º de julio de 2017, por lo que, como se dijo en el acápite anterior, no se causaron salarios y, por consiguiente, tampoco habrá un valor sobre el cual se debiera efectuar aportes el empleador.

Nótese que la carga salarial, prestacional y de seguridad social a partir de dicha calenda no se encuentra enmarcada en lo dispuesto en el artículo 140 del CST –pues no es atribuible al empleador la cesación en la prestación del servicio-¹⁰ así como tampoco corresponde a una de las causas de suspensión del contrato señaladas en el artículo 51 *ibídem* –caso en el cual el empleador conservaría la obligación de efectuar aportes a seguridad social en salud y pensiones-¹¹, al tratarse de una situación generada únicamente por el trabajador no es dable trasladar sus consecuencias a la demandada.

¹⁰ “Artículo 140. Salario sin prestación del servicio

Durante la vigencia del contrato el trabajador tiene derecho a percibir el salario aun cuando no haya prestación del servicio por disposición o culpa del {empleador}”.

¹¹ “Artículo 51. Suspensión

El contrato de trabajo se suspende:

1. *Por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución.*
2. *Por la muerte o la inhabilitación del empleador, cuando éste sea una persona natural y cuando ello traiga como consecuencia necesaria y directa la suspensión temporal del trabajo.*
3. *Por suspensión de actividades o clausura temporal de la empresa, establecimiento o negocio, en todo o en parte, hasta por ciento veinte (120) días por razones técnicas o económicas u otras independientes de la voluntad del empleador, mediante autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. De la solicitud que se eleve al respecto el empleador deberá informar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores.*
4. *Por licencia o permiso temporal concedido por el empleador al trabajador o por suspensión disciplinaria.*
5. *Por ser llamado el trabajador a prestar el servicio militar. En este caso el empleador está obligado a conservar el puesto del trabajador hasta por {treinta (30) días} después de terminado el servicio. Dentro de este término el trabajador puede reincorporarse a sus tareas, cuando lo considere conveniente, y el empleador está obligado a admitirlo tan pronto como éste gestione su reincorporación.*
6. *Por detención preventiva del trabajador o por arresto correccional que no exceda de ocho (8) días por cuya causa no justifique la extinción del contrato.*
7. *Por huelga declarada en la forma prevista en la Ley”.*

Así las cosas, la Sala modificará los extremos de la condena al pago de la reliquidación de aportes, para que los mismos sean reconocidos entre el 1º de octubre de 2014 y el 30 de junio de 2017, para lo cual se deben tener en cuenta los salarios señalados con anterioridad. Para este efecto, deberá el demandante informar a la empleadora en qué administradora de pensiones se encuentra afiliado, para que se adelante el trámite y pago correspondiente.

v) MAYOR VALOR INDEMNIZACIÓN POR INCAPACIDAD PERMANENTE PARCIAL. Según lo dispuesto en los artículos 5 y 7 de la Ley 776 de 2002, se entiende la existencia de una incapacidad permanente parcial, cuando *“como consecuencia de un accidente de trabajo o de una enfermedad profesional, presenta una disminución definitiva, igual o superior al cinco por ciento 5%, pero inferior al cincuenta por ciento 50% de su capacidad laboral, para lo cual ha sido contratado o capacitado”*, lo que genera el derecho a percibir una indemnización *proporcional al daño sufrido* a cargo de la Administradora de Riesgos Laborales –ARL-. A efecto de lo anterior, se debe dar aplicación a lo señalado en el Decreto 2644 de 1994 que contiene *tabla única* para las indemnizaciones correspondientes, según el porcentaje de *pérdida de capacidad laboral*, y se debe pagar con el *ingreso base de liquidación* del trabajador.

Como quiera que en el presente asunto se evidenció un pago de aportes deficitarios con destino a la ARL (carpeta 13 archivo 04 folios 79 a 96), sería del caso condenar al pago del mayor valor de la referida indemnización a cargo del empleador. No obstante, se advierte que Axa Colpatria reconoció el monto correspondiente el 24 de octubre de 2016 (*ibídem* folio 42), esto es, con anterioridad a la fecha de corte del término prescriptivo declarado en primera instancia -10 de agosto de 2017- según la fecha de presentación de la demanda -10 de agosto de 2020- (carpeta 01 archivo 04), razón por la cual dicho rubro se encuentra prescrito, razón por la cual se revocará la decisión objeto de apelación en este aspecto.

vi) SANCIONES MORATORIAS. Declarada la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos el derecho al pago de las indemnizaciones que regulan los artículos 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST. Estas normas imponen el pago de un día de salario por cada día de retardo en la consignación completa de las cesantías a un fondo y en la demora en el pago completo de los salarios y las prestaciones que se hubieran causado y estuvieren pendientes de pago al finalizar el vínculo laboral, respectivamente.

No obstante, dichas sanciones no operan de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas en el empleador de no estar obligado a la consignación o al pago, según corresponda, o de situaciones sobrevinientes que le hicieran imposible cumplir sus obligaciones, como el caso fortuito o su inclusión en procesos de liquidación empresarial.

Frente al entendimiento plausible de no estar la sociedad demandada obligada a efectuar la liquidación de los derechos laborales con la totalidad del salario recibido, no se puede pasar por alto que sobre la exclusión salarial ha existido una controversia razonable en la jurisprudencia nacional desde el año 1990, al punto que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema *ha estimado la validez de dichas exclusiones* para la liquidación de prestaciones sociales en el pasado (sentencia SL9827 de 2015).

Ello permite concluir que la demandada no obró con mala fe, sino amparada en una interpretación razonable y posible, aunque equivocada, del ordenamiento jurídico, lo que excluye la condena reclamada en la demanda a las sanciones moratorias.

Además, a lo largo de la relación laboral se demostraron cumplidas las demás obligaciones laborales surgidas, y pagadas todas las acreencias laborales que la entidad demandada estimó adeudar, incluso algunas que se no le

correspondían por corresponder a periodos en que no hubo prestación del servicio por causa exclusiva del trabajador –prestaciones sociales y vacaciones causadas del 1º de julio de 2017 al 26 de febrero de 2019.

Sobre la sanción moratoria ha dicho la Corte que, *“(…) no es de aplicación automática e inexorable, ya que el juez tiene el deber de estudiar las pruebas incorporadas al proceso a fin de establecer si la conducta del empleador estuvo o no justificada, al punto que el examen fáctico permitirá establecer si la omisión o pago tardío de acreencias laborales, estuvo o no asistido de la buena fe, pues de estar justificados en razones serias y atendibles, debidamente acreditadas en el proceso, que indiquen, sin lugar a dudas, que no hubo intención de defraudar al trabajador y que se obró con buena fe”*¹².

SIN COSTAS de segunda instancia por las resultas del recurso.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **CONDENAR** únicamente al pago de la diferencia por la reliquidación de las cesantías, en cuantía de \$1.260.328.
2. **MODIFICAR** el numeral cuarto de la referida providencia, en el sentido de **CONDENAR** al pago de la diferencia en el pago de las cotizaciones a seguridad social en pensiones causadas del 1º de octubre de 2014 al 30 de junio de 2017, para lo cual deberá el demandante informar previamente a la exempleadora a qué administradora de pensiones se encuentra afiliado.

¹² CSJ SL4076-2017 *“También se ha dicho que razones válidas, no necesariamente son las que jurídicamente acoja el juez en su sentencia, o que sean las que finalmente defina la jurisprudencia o la doctrina, sino que solo basta con que ellas tengan fundamento en unos argumentos sólidos y factibles, que den un grado de certeza tal que permita llevar a la creencia fundada que se está actuando correctamente o conforme a la ley”*.

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 NORMA LETICIA DEL CARMEN GUZMÁN REMOLLI CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.) Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 21 de octubre de 2021 por la Juez Treinta y Nueve (39) 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 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 al doctor Jheisson Santiago Garzón Piamonte, quien se identifica con T.P. 277.810, para actuar como apoderado sustituto de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, en los términos y para los fines del memorial de sustitución conferido.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NORMA LETICIA DEL CARMEN GUZMÁN REMOLLI presentó demanda contra 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, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS 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 julio de 1995, así como los ocurridos con posterioridad, con fundamento en que fue inducido a error al no haber recibido información adecuada y completa por parte la AFP COLMENA S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., pues le ofreció mayores beneficios a los del RPM sin indicar el capital que debía acumular ni los requisitos para pensionarse, no le hicieron estudio teniendo en cuenta que era beneficiario del régimen de transición, no informaron sobre inversiones y riesgos de capital, no efectuaron proyección de su mesada pensional ni ofrecieron comparación entre los regímenes. Situación que se repitió en los posteriores traslados al interior del RAIS. Como consecuencia de lo anterior

pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene el traslado de todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, *bonos pensionales*, sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, con rendimientos causados y gastos de administración (ver demanda en carpeta 01 archivo 02).

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 HORIZONTE S.A., hoy PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, previo suministro información amplia y oportuna acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional del afiliado. Las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, el presunto vicio es saneable por ratificación, que se entiende al no haber presentado inconformidad alguna durante el tiempo de la afiliación y los traslados al interior del RAIS, sumado a que ha transcurrido un término superior al señalado en el artículo 1740 del CC, por lo que la acción se encuentra prescrita. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra el derecho de afiliación del actor al sistema. Advierte que la demandante se encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibidem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previamente. Finalmente, considera que no procede la devolución de gastos de administración, pues no forman parte integral de la pensión y están sujetos a prescribir. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, inexistencia de la*

obligación, compensación y genérica (ver contestación en carpeta 05 archivo 02 y carpeta 09 archivo 02 folios 1 a 31).

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 cumplió todos los parámetros legales exigidos a la fecha, brindó información cierta, suficiente y oportuna 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, contaba con los mecanismos suficientes y necesarios para cotejar la información proporcionada, sumado a que para entonces dicha información había sido proporcionada por COLMENA S.A. Agregó que el traslado a dicha entidad no le generó perjuicio alguno a la actora, pues, como se dijo, lo efectuó desde otra AFP. Conforme a lo narrado en el escrito de demanda, la figura que aplicaría es la nulidad relativa, la cual es saneable, de lo que da cuenta la manifestación de voluntad de la actora en permanecer en el RAIS al trasladarse varias veces al interior del mismo, sumado al deber de información del afiliado para la celebración de actos jurídicos. En todo caso, se encuentra prescrita la acción de nulidad, según los artículos 488 del CST y 1742 y 1750 del CC. Manifestó la imposibilidad de devolver los gastos de administración, ni indexación pues aquellos fueron descontados conforme a la Ley y cumplieron su finalidad, para lo cual deberán tenerse en cuenta las restituciones mutuas, la buena fe, la confianza legítima y el debido proceso de la entidad. Así mismo, señaló que no procedía la indexación en caso de ordenar el traslado de los rendimientos, pues éstos incluyen la eventual pérdida de valor adquisitivo de la moneda. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la*

obligación y genérica (ver contestación en carpeta 06 archivo 02 folios 1 a 24 y carpeta 15 archivo 02 folios 1 y 2).

A su vez, la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., también contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría, realizada por personal debidamente capacitado, de manera 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 y efectuó una proyección pensional *estimativa* del valor de las mesadas, 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 la demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el no 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, y por el contrario se ha trasladado varias veces al interior de dicho régimen, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de administración ni de alguna suma a título de perjuicio o detrimento de los aportes, pues, por el contrario, éstos generaron rendimientos mientras estuvieron en su poder, con los cuales se efectuó su traslado a la actual administradora a la que se encuentra afiliado el actor. 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, 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 y 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 en carpeta 07 archivo 02 folios 1 a 26).

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 afiliación de la demandante se hizo de manera libre y voluntaria, y debe presumirse la buena fe de la AFP, por lo que corresponde a la afiliada demostrar que se efectuaron maniobras engañosas en su contra y, de ser el caso, se debe demostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para poder trasladarse de régimen en cualquier momento. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe e innominada o genérica* (ver contestación de folios 154 a 160).

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó la demanda por medio de apoderado. Únicamente se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de condenar extra y ultra petita y en costas y frente a las demás manifestó no oponerse, incluso en las que buscan se declare la *nulidad y/o ineficacia* del traslado. Argumenta que si bien considera que la afiliación con dicha entidad se dio de manera válida y con el lleno de los requisitos legales, la entidad está dispuesta a efectuar el traslado de aportes y rendimientos siempre que se acepte la afiliación del actor en COLPENSIONES.

Adicionalmente, previo a la suscripción del formulario de afiliación se brindó una asesoría integral sobre las implicaciones de su decisión, las características, diferencias, ventajas y desventajas de cada régimen pensional, así como sobre la opción de retracto y las condiciones necesarias para alcanzar la prestación en el RAIS. La afiliada no cumple los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Agregó que el traslado es un acto jurídico, por lo que es susceptible de prescribir cualquier acción en su contra. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *buena fe, innominada o genérica, y compensación y pago* (ver contestación en carpeta 08 archivo 02 folios 1 a 13).

Finalmente 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 pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como 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 ejercer el derecho de retracto o 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 se encuentra prescrita. Propuso como excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación el 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 carpeta 11 archivo 02).

Terminó la primera instancia con sentencia de 21 de octubre de 2021, mediante la cual la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, 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 haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Tampoco puede entenderse como ratificación de la voluntad el paso del tiempo o los traslados al interior del régimen, pues no puede ratificarse un acto que nunca *prestó* efectos jurídicos y no se demostró por ninguna de las otras demandadas que se dio la información en los términos requeridos antes de que la actora se encontrara incurso en la prohibición de traslado. En este sentido, se abstuvo de proferir condena en contra de COLFONDOS y SKANDIA, pues la afiliación a dichas entidades se dio después de que la demandante había cumplido los 47 años de edad. Finalmente, no hay lugar a declarar la prescripción de la acción, por tratarse de un derecho íntimamente ligado con la prestación pensional.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo la demandante del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual a través de ING, hoy PROTECCIÓN, y con efectividad a partir de 01 de agosto de 1995, fue ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico, por lo que deberá entenderse que la demandante jamás se separó del régimen de prima media,*

lo que también se entienden afectadas todas las afiliaciones que se hayan hecho al interior del RAIS, esto es la que se hizo de PROTECCIÓN S.A. a PORVENIR S.A., de PORVENIR a COLFONDOS y de COLFONDOS a SKANDIA. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A., que es la última entidad que se encuentra la demandante, que transfiera todas las sumas de dinero que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los valores correspondientes a rendimientos, y estos dineros deberán ser pagados al RPM administrado por COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN para que transfiera todas las sumas de dinero que recibió por administración, durante el tiempo que la demandante estuvo afiliada, esto es desde el 1º de agosto del 95 hasta el 30 de noviembre del 99, comisiones que deberán ser pagadas de manera indexadas y sin que sea dable hacer descuento alguno por dineros que haya pagado por seguros previsionales y los gastos para la garantía de la pensión mínima. CUARTO: CONDENAR a PORVENIR SA. a que transfiera los gastos que recibió por administrar la cuenta de la demandante desde el 1º de diciembre del 99 hasta el 31 de mayo del 2005 y desde el 1 de mayo de 2007 hasta el 30 de noviembre del 2008, sin que le sea dable descontar por gastos de seguros previsionales o para la garantía de la pensión mínima. QUINTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros que le remitan PROTECCIÓN, PORVENIR y COLFONDOS, y que active la afiliación de la demandante sin solución de continuidad al régimen de prima media. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, teniendo en cuenta las razones expuestas. SÉPTIMO: INFORMARLE a COLPENSIONES que tiene las acciones efectivas en contra de PROTECCIÓN y PORVENIR en aras de obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda llegar a causar el recibir a la señora NORMA LETICIA GUZMÁN, y esto en contra de las entidades ya mencionadas. OCTAVO: CONDENAR EN COSTAS a PROTECCIÓN y PORVENIR, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho

la suma de \$1.890.000, costas que deberán pagar por partes iguales. NOVENO: CONSULTAR la presente sentencia, por resultar adversa a COLPENSIONES” (Audiencia virtual del 21 de octubre de 2021 – carpeta 22 archivo 01 Hora 1:45:56).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que se debía absolver de trasladar dineros de gastos de administración y seguro previsional, pues la consecuencia de la ineficacia es la inexistencia del acto jurídico y, en consecuencia, se deben aplicar sus efectos de manera *uniforme* en el sentido de entender que tampoco se habrían causado unos rendimientos. Así, se puede entender que por la administración de la entidad se causaron los rendimientos cuyo traslado se ordenó y por tanto reconocer que efectuó una gestión de administración y puede conservar los gastos, o se puede entender que en manos de COLPENSIONES también se hubieran causado los mismos y ésta también habría efectuado los descuentos por gastos de administración, por lo que en virtud de las restituciones mutuas los mismos deberían quedar en manos de PROTECCIÓN quien llevó a cabo la gestión correspondiente (Audiencia virtual del 21 de octubre de 2021 – carpeta 22 archivo 01 Hora 1:49:28).

El apoderado de PORVENIR S.A. pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que en el RPM también se hubieran descontado los dineros de gastos de administración, destinados a retribuir a la entidad por su gestión, y al no estar destinados a financiar la prestación pensional son susceptibles de prescribir, sin que la consecuencia de la ineficacia incluya la devolución de tales montos distintos a las cotizaciones y rendimientos. De no

generarse los gastos de administración, tampoco se hubieran generado los rendimientos y en caso de ordenar la devolución de éstos se deben tener en cuenta las restituciones mutuas (Audiencia virtual del 21 de octubre de 2021 – carpeta 22 archivo 01 Hora 1:54:27).

COLPENSIONES a través de su apoderada presentó recurso para que se revoque íntegramente la decisión, por considerar que la demandante se trasladó de régimen pensional conforme al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y posteriormente efectuó múltiples afiliaciones dentro del RAIS, sin coerción o coacción alguna. Sólo al encontrarse dentro de la prohibición legal de retornar al RPM efectuó la solicitud correspondiente, pese a que la norma previó un año en el cual se podía trasladar libremente. La demandante tampoco cumplió su deber de información como consumidor financiero. Por todo lo anterior, se encuentra ratificada tácitamente su voluntad (Audiencia virtual del 21 de octubre de 2021 – carpeta 22 archivo 01 Hora 1:58:20).

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 39

años de edad y había cotizado 13,00 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 1 mes y 1 día)², y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido el requisito de edad de pensión (tenía 65 años de edad – ver carpeta 01 archivo 03 folio 1 y archivo 05).

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 en el expediente administrativo – carpeta 11 subcarpeta 05.

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*

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

canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A., antes ING 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. Indicó que su traslado se dio 3 o 4 meses después de haber ingresado a laborar en la Secretaría de Gobierno, cuando en una reunión grupal asesores de COLMENA le indicaron que iban a liquidar el ISS y no responderían por los *ahorros* que tuvieran allá, por lo que todo el grupo efectuó el traslado. No le dieron información sobre las características del RAIS. Los posteriores traslados se dieron porque los asesores con tablas -que no entendía- le mostraban que cada uno de los fondos administraba mejor los recursos (Audiencia virtual del 21 de octubre de 2021 – carpeta 22 archivo 01 Min. 36:44).

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 COLFONDOS S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y, conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, se adicionará en el sentido de ordenar que además de PROTECCIÓN y PORVENIR, COLFONDOS S.A. Y SKANDIA S.A. deben efectuar la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación de la actora a dichas entidades, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (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, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

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 **CONDENAR** también a COLFONDOS S.A. y SKANDIA 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.
2. **CONFIRMARLA** en lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., 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

EXP. 39 2020 00461 01

Norma Leticia del Carmen Guzmán Remolli 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 CLAUDIA MARCELA AGUACIA RODRÍGUEZ
CONTRA GAMING TECHNICAL SUPPORT S.A.S.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes, contra la sentencia dictada por el Juez Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de agosto de 2021. En ella, CONDENÓ a la demandada a pagar el *reajuste* de la liquidación de prestaciones sociales y la indemnización por despido sin justa causa, y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada judicial, CLAUDIA MARCELA AGUACIA RODRÍGUEZ presentó demanda contra GAMING TECHNICAL SUPPORT S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 21 de junio de 2007 y el 19 de mayo de 2015 y, en consecuencia, se condene al pago *total* de la liquidación final del contrato de trabajo con inclusión de todos los conceptos a que tenía derecho la trabajadora y los *descontados de manera ilegal*, los aportes a pensión durante el tiempo en que estuvo vigente la relación laboral, cesantías que no fueron pagadas oportunamente, las indemnizaciones moratorias por no consignación de las cesantías a un fondo y por no pago *de manera cabal y oportuna de la liquidación final del contrato*, e indexación.

Como fundamento de lo anterior afirma que el 21 de junio de 2007 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, el cual estuvo vigente hasta el 19 de mayo de 2015, fecha en la que entregó el cargo, según comunicación de terminación del 15 de mayo anterior. El último salario devengado y base para la *liquidación* fue de \$2.747.253. La demandada no pagó de manera oportuna los aportes a pensión, las cesantías *por consignación* ni la *liquidación final* del contrato, en la que efectuó *descuentos ilegales* por los conceptos: *préstamo, caja mejor, gastos sin legalizar y aumento injustificado de salario*, sin que hubiera tenido en cuenta para su cálculo el *supuesto* mayor salario devengado. Pese a no haberse negado a recibir su pago, la demandada la citó a conciliación ante el Ministerio del Trabajo y posteriormente constituyó un depósito judicial, cuya existencia le comunicó el 5 de agosto de 2015. El referido *aumento injustificado de salario* fue acordado con el gerente de la empresa, una vez culminó sus estudios de inglés y dado que no había recibido incremento alguno desde 2013, sumado a que lo devengado resultaba *acorde a su cargo*. No había gastos pendientes por legalizar a cargo de la demandante y tampoco tenía responsabilidad sobre *sumas o montos* puestos a su cuidado. No se entregó liquidación final, certificación laboral, carta para retiro de cesantías, autorización para examen médico de egreso ni constancias de aportes a seguridad social. Envío reclamación a la demandada *dentro del término legal*, a través de una compañía de correos, para el pago de los *montos adeudados* por los *descuentos ilegales*, con la que interrumpió *cualquier* término prescriptivo, sin haber obtenido respuesta alguna (ver demanda en archivo 001 folios 5 a 16).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por GAMING TECHNICAL SUPPORT S.A.S. mediante apoderada. Se opuso a la totalidad de las pretensiones, excepto la declaratoria de existencia del vínculo laboral en el interregno señalado en la demanda, pues el mismo estaba *comprobado* con la copia del contrato de trabajo allegado. Argumentó que el vínculo laboral finalizó el 15 de mayo de 2015, mientras que el 19 de mayo siguiente únicamente se hizo entrega del cargo, en que se pidió a la actora aclarar cualquier duda que surgiera al revisar *los libros* que no se pudieron

verificar en dicha fecha. Resaltó que se realizaron a cabalidad todos los pagos a seguridad social y la consignación de cesantías, máxime cuando los mismos estaban a cargo de la misma demandante en su calidad de *coordinadora de operaciones*, al igual que los pagos –incluidos salarios–, transacciones de las cuentas de la compañía y *caja menor*. La liquidación final de prestaciones sociales se efectuó de manera completa y con los descuentos, autorizados en el contrato de trabajo, correspondieran a los valores pendientes de legalizar por falta de soportes, préstamo otorgado a la actora, reintegro de pendiente de caja menor y el incremento que la trabajadora realizó a su propio salario de manera autónoma y sin consentimiento –en cuantía de \$1.000.000-. Pese a haber informado lo anterior a la actora, ésta no presentó justificación ni soporte alguno, razón por la cual se la citó ante el Ministerio del Trabajo y al no haberse llegado a una conciliación, se procedió a la constitución del depósito judicial. Propuso como excepciones de mérito: *inepta demanda por falta de los requisitos* –la cual fue resuelta como previa por el *a quo*–, *ausencia de causa petendi, temeridad y mala fe por parte de la activa, buena fe de la demandada, pago, cobro de lo no debido, prescripción y genérica* (ver contestación en archivo 001 folios 76 a 95).

Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de agosto del 2021, mediante la cual el Juez Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la demandada a pagar el reajuste de la liquidación de prestaciones sociales y la indemnización por despido sin justa causa, y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia consideró que no había discusión sobre la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, el cual se ejecutó hasta el 19 de mayo de 2015, día en que se entregó el cargo al punto que así lo reconoció la demandada al liquidar el contrato. Encontró probado el pago de los aportes a pensión y la consignación de cesantías. Calculó la liquidación final del contrato teniendo en cuenta que era procedente el descuento efectuado a título de *préstamo* pues había sido autorizado por la trabajadora, y el descuento por el *aumento injustificado de salario* pues no se demostró que hubiera sido otorgado por la empresa, y descontó lo pagado mediante depósito judicial. No consideró válidos los

descuentos por conceptos de *caja menor* y *gastos sin legalizar*, pues no se probó su causación ni la presunta responsabilidad de la actora al respecto. Finalmente, declaró prescritas las indemnizaciones moratorias por no consignación de cesantías a un fondo y por no pago de prestaciones al finalizar el vínculo, pues no se interrumpió el término prescriptivo sobre las mismas al no estar contenidas en reclamación del 15 de mayo de 2018. En su lugar ordenó la indexación de las sumas adeudadas.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a GAMING TECHNICAL SUPPORT S.A.S. al pago de seis millones setecientos treinta mil noventa y cuatro pesos (\$6.730.094) por concepto de reajuste en la liquidación definitiva de prestaciones sociales e indemnización por despido injusto, esta suma deberá ser indexada teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes de mayo de 2015 y como IPC final el del mes anterior al que se efectúe su pago. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones de la demanda declarando parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las indemnizaciones moratorias así como causa legal respecto de los descuentos de préstamo y aumento salarial. TERCERO: COSTAS a cargo de la demandada inclúyanse como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos (\$500.000)”* (Audiencia virtual del 25 de agosto del 2021 - archivo 004 Min. 47:37).

RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante solicita se revoque parcialmente la sentencia y, en su lugar, se declare que el salario que devengaba la demandante para el año 2015 era de \$3.747.253, por considerar que no era necesario un documento para demostrar la autorización del incremento salarial efectuado por la actora, pues bastaba con el acuerdo entre las partes y, en todo caso, sí se evidenció que se aumentaban los salarios de todos los trabajadores de la empresa, por lo que se debe aplicar la *favorabilidad* y entender válido el aumento salarial, máxime cuando la jurisprudencia ha señalado que el salario

es *móvil*, por lo que debe tener un incremento. Agregó, que se debió tener dicha suma como el total devengado, y que no era dable al empleador descontar a la trabajadora sumas no autorizadas en el artículo 59 del CST, ni hacerla partícipe de sus pérdidas –correspondientes a ese mayor valor pagado a la accionante-, en los términos del artículo 28 *ibídem*. De otro lado, señaló que *la moratoria* es un derecho accesorio, por lo que se debe entender que el término prescriptivo de aquella también se interrumpió con la reclamación al empleador de pago de salarios y prestaciones sociales (Audiencia virtual del 25 de agosto del 2021 - archivo 004 Min. 48:46)¹.

¹ “Me permito interponer recurso de apelación a fin de que el Honorable Tribunal Superior Sala Laboral revoque parcialmente la sentencia en el entendido que el salario que realmente, el último salario que realmente devengó la demandante fue la suma de \$3.747.253, pues no es de recibo, como lo indica el Juez en primera instancia, que debería mediar un otrosí del contrato escrito, ya que pues ese no es un requisito que señale el Código Sustantivo del Trabajo ni ninguna norma, que se admite que ese incremento tiene que ser por escrito, solamente acuerdo entre las partes, acuerdo entre las partes que el representante, si bien es cierto lo negó en el interrogatorio de parte, si quedó claro que se hacían incrementos y quedó demostrado que se hicieron incrementos a los demás trabajadores. Ahora bien, el Juzgado de primera instancia maneja un supuesto de que se pagaron unas horas extras y que en el caso que esta defensa colocó de ejemplo, del señor Torres que tuvo un incremento, lo asumió a unas horas extras las cuales nunca se probaron, no se discutieron en el proceso, no sabemos si efectivamente lo fue o no. Entonces como tal aquí la favorabilidad va a favor del trabajador y el incremento se tiene que hacer, más allá cuando la misma jurisprudencia habla y las altas cortes hablan de que el salario es *móvil*, por lo tanto tiene que tener un incremento. Así las cosas, pues no es de recibo que se indique en este momento que el salario era de dos millones setecientos. Ahora bien, tenemos que tener en cuenta que el incremento se da en marzo, incremento que tuvo conocimiento el representante legal, ya que el representante legal tenía reuniones mensuales con la contadora y conoció de ese incremento, y de ese retroactivo guardó silencio. En el momento no inició ningún tipo de acción contra la demandante y para justificar la falta de aquella. Ahora bien, teniendo en cuenta esto el incremento si se da, en el evento que no se hubiera hecho, no puede la parte demandada haber hecho ese descuento ya que recordemos que el artículo 59 del Código Sustantivo del Trabajo prohíbe descontar sumas al trabajador sin la autorización expresa de este y señala una serie de excepciones entre las que no están los descuentos por daños o perjuicios causados por el trabajador. Por su parte el artículo 113 de la misma norma establece de las sanciones y multas que se le pueden interponer al trabajador y expresamente prohíbe imponer multas o sanciones económicas excepto para retrasos o falta de trabajo, lo que descarta en este momento el descuento que hizo la sociedad demandada. Al final también el artículo 28 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que el trabajador nunca debe participar de pérdidas, que en este momento serían las pérdidas como tal para la empresa, ¿qué era lo que tenía que haber hecho la sociedad? Haber iniciado los procesos disciplinarios para demostrar que efectivamente hubo una falta por parte de la señora Claudia, y más allá, si tomó dineros, pues haber iniciado las acciones penales. Pero como bien lo manifestó el representante que dijo ‘nosotros no iniciamos las acciones porque un abogado me dijo que tenía que probarlas’, ahí también entonces tenemos que partir de este supuesto. Así las cosas, entonces solicito que se tenga en cuenta que el salario de la demandante fue de 3.747.253 para el año 2015. Ahora bien, con respecto a la moratoria, la cual fue negada por prescripción porque se manifestó que no se indicó en la reclamación, tenemos que tener en cuenta que la moratoria es un derecho accesorio y el principal, que es el pago de salarios y prestaciones sociales, sí se interrumpió. Al haberse interrumpido esto, se interrumpe automáticamente la moratoria y la parte demandante no demostró buena fe en el pago de su liquidación respecto a los descuentos que se hicieron. Así las cosas

En el recurso de la demandada, su apoderada manifiesta que no se tuvo en cuenta la autorización contenida en la cláusula cuarta parágrafo 2º del contrato de trabajo suscrito por las partes –que permite al empleador a la terminación del contrato *efectuar deducciones* por obligaciones económicas a cargo del trabajador originadas directa o indirectamente en virtud de la relación-, y que se debió tener en cuenta que la demandante actuaba como administradora y encargada del manejo de la cuenta bancaria de la sociedad, por lo que tenía la responsabilidad de presentar soportes para la legalización de gastos, sin que hubiera solicitado al área contable la correspondiente conciliación bancaria a su cargo (Audiencia virtual del 25 de agosto del 2021 - archivo 004 Min. 53:21)².

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 GAMING TECHNICAL SUPPORT S.A.S. y la demandante existió un contrato de trabajo a término indefinido del 21 de junio de 2007 al 19 de mayo de 2015, el cual terminó sin justa causa por decisión del empleador; (ii) que es válido el descuento a título de *préstamo* contenido en la liquidación final de acreencias

dejo sustentado el recurso de apelación y solicito, como lo dije al inicio, que el Tribunal revoque parcialmente la sentencia. Gracias”.

² *“Sí, señor Juez. Dentro de la oportunidad me permito presentar también recurso de apelación, teniendo en cuenta que dentro de las apreciaciones del Juzgado no se tuvo en cuenta que dentro del contrato de trabajo suscrito entre las partes del litigio se estableció la cláusula cuarta parágrafo dos, que es ley para las partes, y toda vez que hace la intención de los contratantes y no existe ningún vínculo que afecte su contenido, y la extrabajadora como una persona razonable y profesional así lo aceptó de manera libre y voluntaria. Dentro de las responsabilidades que tenía el cargo que desempeñaba la demandante en la sociedad, y en la cual actuaba como administradora, se encontraba el manejo de la cuenta bancaria de la empresa y, por dicha razón, se generan responsabilidades como es la legalización o presentación de los soportes de los manejos al dinero que se movilice por dicha cuenta. Y en el caso que hoy tenemos, la señora Claudia Marcela conocía de esta responsabilidad. Tan es así que en varias ocasiones presentó los soportes, manifestó que ella realizaba el manejo de la cuenta y que tampoco solicitaba al área contable las respectivas legalizaciones o demostración de la conciliación bancaria que estaba a su cargo, por lo cual presento este recurso de apelación frente a la decisión que tomó su despacho”.*

de la actora; y (iii) que no se suscribió documento alguno para el incremento salarial de la demandante (archivo 001 folios 56 a 60, 65, 101 a 104, 107, 109, 110, 133, 207 a 213 y 218).

En consonancia con el recurso de apelación, el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) cuál fue el último salario devengado por la actora; (ii) si son válidos los descuentos efectuados por el empleador en la liquidación final del contrato de trabajo a título de *caja mejor, gastos sin legalizar y aumento injustificado de salario*; y (iii) si hay lugar al reconocimiento de la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones al terminar el vínculo, o si la misma se encuentra prescrita.

i) SALARIO. Para resolver esta materia de apelación, el artículo 132 del CST otorga a las partes contratantes (trabajador y empleador) libertad de estipulación en lo que respecta al salario y sus diversas modalidades *pero siempre respetando el salario mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales*. Al estudiar este tema *in extenso*, la Corte Suprema de Justicia –Sala de Casación Laboral- recientemente afirmó que: *“no encuentra la Sala razones para modificar su línea de pensamiento que predica la incompetencia del juez laboral para zanjar diferencias en torno a ajustes e incrementos de salarios por encima del salario mínimo legal, pero deja sus reflexiones sobre el alcance del artículo 53 de la Constitución Nacional, respecto del punto específico de ajustes o actualizaciones salariales, para aquellos que superan el mínimo legal mensual vigente”*³.

Así pues, pese a las discusiones de contenido económico que se pudieran suscitar respecto a la falta de incremento del salario de la trabajadora desde el año 2013, lo cierto es que no existe norma alguna que faculte el juez a ordenar el incremento reclamado en este proceso. La parte actora no demostró como era su deber procesal (artículo 167 del CGP) la existencia de un acuerdo de voluntades para el efecto. Si bien el representante legal de la pasiva aceptó

³ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL4260-2020 Rad. 49339.

haber recibido la solicitud de aumento de salario por parte de la trabajadora, manifestó haber negado al mismo⁴, y si bien la testigo MAYRA ALEJANDRA RODRÍGUEZ indicó que a principios de 2015 se dispuso un aumento general de salarios para todos los empleados de la sociedad⁵, ello resulta insuficiente para entender aprobado el aumento salarial de la actora, especialmente en la cuantía señalada de \$1.000.000, pues únicamente se cuenta con la anotación correspondiente en el *libro auxiliar* de marzo de 2015 (archivo 001 folio 165), frente a un pago efectuado por la misma actora quien era la encargada de manejar los dineros de la encartada, como lo reconoció en interrogatorio de parte⁶.

Para responder al argumento que reclama la aplicación del principio de *favorabilidad*, se recuerda al recurrente que éste rige como un criterio de interpretación de la normas ordenando la aplicación de aquellas que resultan más favorables al trabajador en caso de dudas sobre su interpretación o sobre su vencia, lo que no sucede en el presente asunto, sin que sea dable acudir al mismo para absolver dudas en la valoración probatoria, pues éstas se deben zanjar 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 existencia⁷.

ii) DESCUENTOS DE LA LIQUIDACIÓN FINAL DE ACREENCIAS. Para resolver este punto de la alegación, el artículo 149 del CST prohíbe al empleador *deducir, retener o compensar* sumas del salario del trabajador, sin previa orden de éste o mandamiento judicial, o sin que figure el descuento en las excepciones señaladas en el artículo 59 numeral 1 *ibídem* durante la relación de trabajo. Tal prohibición incluye las *deudas* del trabajador con el

⁴ Audiencia virtual del 25 de agosto del 2021 - archivo 003 Min. 17:37.

⁵ Audiencia virtual del 25 de agosto del 2021 - archivo 004 Hora 01:34:19.

⁶ Audiencia virtual del 25 de agosto del 2021 - archivo 003 Min. 56:30.

⁷ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL1084-2020 Rad. 68086.

empleador, sus socios o parientes, así como los daños de maquinaria o herramientas de trabajo, cuotas de arrendamiento, etc.- Dicen las normas que aun cuando medie autorización u orden del trabajador para efecto del descuento, no es dable que este afecte el *salario mínimo legal o convencional* o la porción de éste declarada *inembargable por Ley*.

Cuando termina la relación de trabajo, ha dicho la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el empleador bien puede compensar las sumas adeudadas por el trabajador que se generaron durante el vínculo, pues en ese momento habrá cesado la subordinación y la desvinculación hace desaparecer el *respaldo crediticio* que otorgaba la generación de salarios y prestaciones en favor del trabajador-deudor, de los cuales podía el empleador según lo pactado, obtener el pago^{8 9}.

⁸ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia SL16794-2015 Rad. 40907 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO y RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO: “(…), de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el empleador se encuentra facultado para compensar en la liquidación final de salarios y prestaciones, los préstamos otorgados al trabajador en vigencia del contrato de trabajo. Ha dicho la Sala que la restricción al derecho de compensación del empleador mediante la prohibición de descuentos sin autorización, se justifica en el desarrollo de la relación de trabajo, pues en ese momento aún se encuentra en vigor la dependencia y subordinación del trabajador en relación con el empleador (CSJ SL, 10 sep. 2003, rad. 21057; CSJ SL, 12 nov. 2004, rad. 20857; CSJ SL, 12 may. 2006, rad. 27278; CSJ SL, 19 oct. 2006, rad. 27425; CSJ SL, 3 jul. 2008, rad. 32061). De suerte que, una vez finalizado el contrato de trabajo, la subordinación desaparece al igual que el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengados por el trabajador y, en ese orden, es admisible, dentro de los límites legales y de forma proporcional, que el empleador acuda a la figura de la compensación como modo para extinguir las obligaciones, entre ellas, la del trabajador de satisfacer los créditos que de buena fe le hayan sido otorgados”.

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia SL3690-2020 Rad. 68363 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA: “(…), la compensación en materia laboral, a la terminación de la relación laboral, procede sin autorización escrita del trabajador, ya que la obligación del empleador de solicitar autorización judicial para la deducción de las cifras adeudadas, está previsto para el caso de compromisos contraídos en vigencia del contrato de trabajo sobre el salario y las prestaciones que pretendan ser deducidas también en ejecución del mismo, como una garantía de la ley, para que el trabajador no se vea afectado en el ingreso ante deudas con su empleador. Sobre el tema, se pueden consultar los fallos de casación del 10 de septiembre de 2003, rad. 21057, reiterado en decisiones del 12 de mayo y 19 de octubre de 2006, rad., 27278 y 27425, CSJ SL712-2013, y CSJ SL8095-2014. Así las cosas, partiendo de la base, que la demandada, a la terminación del contrato sí podía compensar obligaciones del trabajador, se debe examinar, si realmente el trabajador tenía alguna deuda con el empleador en vigencia del vínculo laboral, concretamente, si recibió dineros que en esencia no estaba legitimado para recibir, al no haber prestado el servicio, por habérsele pagado anticipadamente”.

Con los anteriores referentes se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto encontró válidamente descontado de la liquidación de salarios y prestaciones del contrato de trabajo los rubros correspondientes a *préstamo* - el cual no fue objeto de apelación- y *aumento injustificado de salario*, y en cuanto dispuso la invalidez de los conceptos de *caja menor* y *gastos sin legalizar*.

Al respecto, y tal como se señaló en el acápite anterior, no se demostró por parte del extremo actor que se hubiera autorizado el incremento salarial; por el contrario se probó que fue la misma demandante en su calidad de administradora y encargada del manejo de los dineros de la sociedad demandada, quien dispuso el reconocimiento de dicho rubro a su favor (archivo 001 folios 165 y 184). Ello facultaba el descuido de dicho concepto del valor de la *liquidación definitiva de contrato de trabajo* aportada (*ibidem* folios 65, 122 y 123).

En cuanto al descuento de los dineros que presuntamente se encontrarían a cargo de la actora y que no aparecen justificados en materia contable ante la empresa -conceptos de *caja menor* y *gastos sin legalizar*-, se advierte que contrario a lo señalado en el recurso de la pasiva, e incluso a lo manifestado en interrogatorio de parte a su representante legal¹⁰, no era dable su deducción. Aun cuando desde la suscripción del contrato de trabajo la trabajadora autorizó que se descontara a la terminación del contrato de cualquier obligación *de tipo económico* a su cargo por causa directa o indirecta de la relación laboral -cláusula cuarta párrafo 2- (archivo 001 folios 56 a 59 y 101 a 104), no se demostró por parte de la demandada, como era su deber procesal (artículo 167 del CGP), la existencia de los referidos gastos, ni la relación que guardarían los mismos con la actuación de la demandante y que conllevarían a declararla responsable por su pago.

¹⁰ Audiencia virtual del 25 de agosto del 2021 - archivo 003 Min. 17:37.

De ello nada se extrae de la profusa documental allegada (archivo 001 folios 116 a 119, 126, 130, 134 a 206), la cual, como lo resaltó el juzgador de primera instancia, únicamente da cuenta de la informalidad y el desorden con que la convocada maneja sus movimientos contables. Nótese que, en todo caso, no se habla de la malversación o desaparición de los dineros, sino de la inexistencia de un soporte contable que acreditase formalmente su destinación, por lo que mal haría el juzgador en autorizar el descuento a la trabajadora sin contar con medios de convicción suficientes que permitieran entender comprometida su responsabilidad.

iii) SANCIÓN MORATORIA. De la existencia de la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos –por ser materia del recurso- el derecho al pago de la indemnización que regula el artículo 65 del CST.

No obstante, para instaurar la acción judicial que busca el reconocimiento de un derecho laboral, los artículos 488 del CST y 151 de CPTSS disponen un término de tres años contado *“desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible”* so pena de prescripción. Precisa la norma que *“el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, pero solo por un lapso igual”*. Al respecto, la jurisprudencia ha insistido en la necesidad de identificación plena de los derechos objeto de la acción en la reclamación que se hizo al deudor, pues solo se puede entender una *renuencia* del empleador a pagar en forma voluntaria las obligaciones que se reclamarán en un proceso, desde la fecha en que haya podido revisar sobre su existencia.

De la reclamación oportuna y completa de los derechos se derivan por ello todas las consecuencias que el ordenamiento jurídico contempla para la extensión del término de prescripción por tres años adicionales.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho, específicamente, que cuando se alega la interrupción de la prescripción por haberse presentado una reclamación ante el empleador, se debe demostrar que la misma fue recibida, y que en ella se identificaron plenamente todos y cada uno de derechos sobre los cuales versa la acción judicial, incluyendo entre ellos la *indemnización moratoria*¹¹.

Bajo este claro lineamiento normativo y jurisprudencial la Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues en la reclamación elevada ante la empresa demandada el 15 de mayo de 2018, únicamente se reclamaron “salarios y prestaciones sociales (...), tales como cesantía, prima de servicios, vacaciones, más la indemnización por despido sin justa causa” (archivo 001 folios 66, 131 y 132), sin incluir la indemnización moratoria por el no pago de salarios y prestaciones al finalizar el vínculo.

Para responder al argumento de la recurrente, la Sala precisa, además del criterio expresado por la Sala Laboral de la Corte, que si bien la sanción moratoria es un derecho *accesorio* a las acreencias que si fueron reclamadas -salarios y prestaciones sociales-, como se manifiesta en el recurso, lo cierto es que tal derecho no se causa *necesaria e inexorablemente* del impago de las acreencias que sí se reclamaron, lo que justifica la existencia de un término de prescripción propio.

¹¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 30437 del 1º de febrero de 2011, MM.PP. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA y LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS: “(...) el reclamo escrito, con virtud para interrumpir la prescripción, no puede hacerse en forma abstracta, indefinida o indeterminada, como solicitar el pago de los derechos laborales o el reconocimiento de prestaciones sociales o la satisfacción de las indemnizaciones legales o convencionales o el otorgamiento de los descansos obligatorios.

De tal suerte que reclamaciones genéricas, abstractas, indefinidas o indeterminadas carecen de eficacia para interrumpir la prescripción, desde luego que no permiten conocer, de manera concreta y determinada, el derecho pretendido.

Siempre debe individualizarse y precisarse el derecho reclamado. Por ejemplo, solicitar el pago de cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido injusto, *indemnización moratoria*, pensión de jubilación, pensión de vejez, etc.

Conviene destacar que si bien es cierto que la redacción del escrito que registre el reclamo del trabajador no exige solemnidad alguna, no es menos exacto que debe contener el señalamiento concreto del derecho, concepto o beneficio recabado” (subraya por fuera del texto original).

Como no se interrumpió el término de prescripción, y entre la fecha de terminación del contrato de trabajo -15 de mayo de 2015- y la fecha de presentación de la demanda -12 de agosto de 2020- (archivo 001 folio 4) transcurrieron más de tres años, operó sin duda alguna la prescripción de la acción judicial para reclamar la referida acreencia.

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **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 YENNYS GONZÁLEZ DE LOS REYES
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES
Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 15 de febrero de 2022 por el Juez Séptimo (7º) 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, YENNYS GONZÁLEZ DE LOS REYES presentó demanda contra 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 *nulidad y/o* ineficacia de su traslado del RPM al RAIS mediante formulario No. 705932 de la AFP DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., con fundamento en que las asesores de fondos privados únicamente le indicaron que debían afiliarse a éstos pues el ISS desaparecería y perdería sus aportes, se podría pensionar a cualquier edad y con un monto superior al RPM, sin indicar las condiciones para el efecto, la existencia de aportes voluntarias ni la total dependencia de su mesada del capital ahorrado. No señalaron beneficios y ventajas de cada régimen ni hicieron proyección pensional, y ocultaron las desventajas de su decisión. Realizados los cálculos correspondientes, previo a la presente acción, evidenció que la mesada en el RPM es mucho mayor a la del RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación y se actualice su historia laboral en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene el traslado de todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses y gastos de administración (ver demanda en archivo 01 folios 80 a 89).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, incluso las que no se dirigen en su contra pues la afectarían *indirectamente*, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como lo manifestó en el formulario respectivo la parte actora, sin que haya demostrado vicio alguno en su consentimiento, o el ejercicio de fuerza o dolo por parte de la AFP, como era su deber procesal. Así mismo, la ignorancia de la Ley no es excusa para su inactividad en ejercer el derecho de retracto o 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. Lo solicitado contraviene el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Por último, resaltó que la acción se encuentra prescrita. Propuso

como excepciones de mérito: *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 115 a 147).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría, realizada por personal debidamente capacitado, de manera 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 y efectuó una proyección pensional *estimativa* del valor de las mesadas. En consecuencia, se 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 la demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el no 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, y por el contrario se ha trasladado varias veces al interior de dicho régimen, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí

mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de administración ni de alguna suma a título de perjuicio o detrimento de los aportes, pues, por el contrario, éstos generaron rendimientos mientras estuvieron en su poder, con los cuales se efectuó su traslado a la actual administradora a la que se encuentra afiliado el actor. 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, 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, 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 e innominada o genérica* (ver contestación en archivo 01 folios 153 a 176).

Terminó la primera instancia con sentencia de 15 de febrero de 2022, mediante la cual el Juez Séptimo (7º) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, 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 haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Resaltó que no prospera la excepción de

descapitalización del sistema pensional, conforme al cálculo de rentabilidad allegado por COLPENSIONES. Finalmente, señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional de la afiliada.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante YENNYS GONZÁLEZ DE LOS REYES con la AFP DAVIVIR, hoy PROTECCIÓN, el 17 de marzo de 2000 contenida en el formulario No. 705932. SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubiesen generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN a devolver todos los gastos de administración, comisiones o cualquier otro emolumento que se hubiese descontado de los aportes pensionales de la señora demandante mientras estuvo vinculada tanto a DAVIVIR como a PROTECCIÓN, valores que deben ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados a título de actualización monetaria. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al ISS. QUINTO: Dadas las resultas del proceso, se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN. SEXTO: La CONDENA en costas queda a cargo de PROTECCIÓN. Las agencias en derecho se tasan en favor de la demandante en 2 SMLMV al momento del pago. No hay lugar a condena en costas contra COLPENSIONES. SÉPTIMO: Ordénese la CONSULTA de esta sentencia ante el Superior a favor de COLPENSIONES, como entidad*

garantizada por la nación y a fin de que el Superior revise la legalidad de lo decidido” (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2022 – archivo 19 Hora 01:10:18).

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES a través de su apoderada presentó recurso para que se revoque íntegramente la decisión, por considerar que la demandante era consciente de las implicaciones de su traslado y, en todo caso, no hizo uso de la oportunidad de informarse acerca de las implicaciones del mismo con posterioridad, como era su deber como consumidora financiera, máxime cuando transcurrieron más de 10 o 15 años de afiliación sin presentar inconformidad alguna. Así mismo, pudo retornar al RPM en la oportunidad señalada en la ley 797 de 2003, sin que lo hubiera llevado a cabo previo a encontrarse incurso en la prohibición allí contenida. Agregó que *la oportunidad para solicitar el traslado se encuentra vencida* conforme a los artículos 488 y 151 del CST (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2022 – archivo 19 Hora 01:12:01).

En recurso, PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que los descuentos por gastos de administración se efectuaron conforme a las normas vigentes y fueron pagadas y gastadas en la gestión de los dineros que dieron como resultado los rendimientos generados, por lo que si se dispone que aquellos no debieron efectuarse, sólo habría lugar a devolver los aportes sin los rendimientos, máxime cuando éstos no se habrían generado al encontrarse afiliada al RPM (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2022 – archivo 19 Hora 01:16:31).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo de Pensiones la demandante tenía 38 años de edad y había cotizado 292,14 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 2 años, 9 meses y 5 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 archivo 01 folios 2 y 6).

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

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

¹ Ver historia laboral actualizada de COLPENSIONES en archivo 7 a 11 y en expediente administrativo – archivo 02 folios 20 a 24 y 103 a 107.

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*

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”.*

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

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

régimen de la demandante, pues la AFP PROTECCIÓN S.A., antes DAVIVIR 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. Indicó que su traslado se dio en *los años 2000* cuando se encontraba laborando para la UDCA, cuando en una reunión de 5 o 7 docentes asesores de fondos privados les dijeron en una reunión de 10 minutos que el ISS estaba en crisis, que se iba a acabar y la opción que tenía eran los fondos privados, en los que podrían pensionarse más jóvenes, con un monto mejor y podrían retirar el dinero de sus aportes en cualquier momento. En consecuencia, se trasladó a DAVIVIR (Audiencia virtual del 19 de noviembre de 2021 – archivo 19 Min. 06:03).

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 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 PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación de la actora, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (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, valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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”.*

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

COSTAS en apelación a cargo de PROTECCIÓN 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 lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

EXP. 07 2019 00654 01
Yennys González de los Reyes Vs Administradora Colombiana de Pensiones –
COLPENSIONES y Otra


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 DE OLIVERIO GARZÓN REYES CONTRA LA
UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y
CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –
UGPP.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada el 29 de septiembre de 2021 por la Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que se absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OLIVERIO GARZÓN REYES presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se le sustituya, en calidad de hermano inválido del causante, la pensión reconocida a LUIS EVELIO GARZÓN REYES, a partir de la fecha del fallecimiento, debidamente indexada.

Como fundamento de lo pedido afirma que es una persona discapacitada, de 82 años y no tiene recursos económicos para su supervivencia desde hace más de 10 años. Asegura que debido a su imposibilidad para trabajar, por su

edad y discapacidades, desde hace 12 años depende económicamente de su hermano LUIS EVELIO GARZÓN REYES quien falleció el 14 de septiembre de 2015 y, actualmente, es auxiliado por PEDRO PABLO y ROSALBA GARZÓN REYES (sic), sus sobrinos. Indica que solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional ante la UGPP, pero le fue negada *“sin explicación alguna”*. Refiere que desde hace mucho tiempo se encuentra en tratamiento médico y el pago de las medicinas era asumidos por LUIS EVELIO GARZÓN. Señala que fue valorado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, quien lo calificó con una pérdida de capacidad laboral del 51.54% (ver demanda, folios 24 a 31).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la UGPP mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones y en su defensa formuló las excepciones de *“inexistencia de la obligación en caso de que la demandante (sic) no demuestre su calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes demandada”*, ausencia de requisitos para solicitar la pensión, prescripción y genérica. Dijo no constarle ninguno de los hechos. Asegura que no existen pruebas pertinentes, idóneas e inequívocas, que demuestren más allá de toda duda razonable que el demandante se encontraba en situación de discapacidad para el momento del fallecimiento del señor LUIS EVELIO GARZÓN REYES, acaecido e 14 de septiembre de 2015, indica que si bien presentó una pérdida de capacidad laboral del 54,54% (sic) la misma fue estructurada el 11 de mayo de 2017, fecha que resulta posterior al deceso (ver contestación, folios 63 a 67).

Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de septiembre de 2021, a través de la cual la Juez Novena (9ª) Laboral del Circuito de Bogotá absolvió a la demandada de las pretensiones presentadas en su contra. Para tomar su decisión la juez consideró, de conformidad con lo previsto en las disposiciones legales que rigen la materia y la jurisprudencia vertida sobre el particular, que la invalidez del solicitante debió haberse estructurado en fecha anterior al fallecimiento del causante, sin que fuera posible considerar a la vejez por sí misma como una condición invalidante, por ser este un proceso natural.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO ABSOLVER a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor OLIVERIO GARZÓN REYES, de conformidad con lo indicia o en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de ausencia de requisitos legales para solicitar la pensión y se considera el Despacho relevado del estudio de las demás excepciones. QUINTO (sic): las COSTAS estarán a cargo de la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a \$250.000 conforme a lo motivado. SEXTO (sic): En caso de no ser apelada la sentencia remítase el presente asunto a la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T y la S.S.”* (CD folio 94, parte 2, audiencia virtual, récord 10:25).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la sentencia de primera instancia, el apoderado del demandante la apeló. Solicita que se valoren adecuadamente las pruebas recaudadas en el expediente, específicamente el documento firmado por el profesional en ortopedia LUIS FERNANDO USECHE GÓMEZ, a partir de la cual es posible determinar que la condición de invalidez del demandante llevaba más de 7 años¹ (CD folio 94, parte 2, audiencia virtual, récord 11:35).

¹ “Gracias su señoría muy formal, para manifestarle que interpongo el recurso de reposición, perdón de apelación, en contra de su decisión por, encuentro que realmente hay una indebida valoración probatoria de su señoría. Indebida valoración probatoria que se encuentra dentro del proceso un documento firmado por el profesional de ortopedia que dijo llamarse USECHE GÓMEZ LUIS FERNANDO que el día 1 de diciembre del año 2017 manifestó: “paciente de 80 años con antecedente de trauma de cadera izquierda y al parecer en columna hace 7 años, desde entonces pérdida funcional permanente en silla de ruedas”. Su señoría, el hecho de que los testigos de alguna manera se hayan equivocado en sus apreciaciones el día de hoy no significa que estemos diciendo algo que sea mentiroso, pues existe este documento firmado por un profesional de la medicina del hospital universitario la Samaritana donde nos asevera que en el 2017 llevaba 7 años de invalidez mi prohijado, luego, considero con el debido respeto su señoría, hay una indebida valoración probatoria y por tanto solicito se me conceda el recurso de apelación para que en segunda instancia, de manera objetiva, se nos

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes al proceso:

(i) que LUIS EVELIO GARZÓN REYES falleció el 14 de septiembre de 2015 (ver folio 2), fecha para la cual no tenía cónyuge o compañera permanente, hijos ni padres con derecho a sustituirlo en la pensión; ii) la calidad de pensionado que ostentaba LUIS EVELIO GARZÓN REYES al momento de su fallecimiento, como quiera que mediante Resolución No. 9500 del 26 de agosto de 1985 le fue reconocida por la CAJA NACIONAL DE PREVISIÓN SOCIAL – CAJANAL pensión vitalicia de jubilación en cuantía de \$19.632,42, re-liquidada mediante acto administrativo 1044 del 18 de febrero de 1987 elevando su cuantía a \$29.076,15 efectiva a partir del 1 de enero de 1986 (*expediente administrativo aportado por la UGPP, CD folio 63*); iii) que el demandante OLIVERIO GARZÓN REYES es hermano del fallecido (ver folios 4 y 5) y fue calificado con una pérdida de capacidad laboral del 51,54% por los diagnósticos (*osteo) artrosis primaria generalizada, hipertensión esencial (primaria), insuficiencia venosa (crónica) (periférica) y otras poliartrosis*, según dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca (ver dictamen No. 2981735-114 del 16 de febrero de 2018 – folios 11 a 13).

En ese orden, le corresponde al Tribunal determinar si el demandante, en calidad de hermano del causante, acreditó los requisitos previstos en el ordenamiento jurídico para ser beneficiario de la prestación reclamada.

La norma aplicable para resolver la controversia, es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, cuyo literal

valoren las pruebas aportadas al proceso y en las cuales logramos demostrar que efectivamente estamos pidiendo algo que es justo, pues no es como algunos de nuestros testigos efectivamente incurrieron en error y se equivocaron pero las pruebas aportadas al proceso nos dicen todo lo contrario, y este es un documento oficial, al cual debemos darle plena credibilidad su señoría, entonces por tal motivo ruego se me conceda el recurso de apelación ante el inmediato superior y así mismo ruego se me conceda el derecho de ampliar este recurso en su momento. Muchas gracias su señoría.”

E) dispone que, a falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de él.

Al tenor de dicha disposición, el acceso a la pensión de sobrevivientes exige acreditar: (i) el parentesco entre el causante y el solicitante; (ii) la calidad jurídica de persona en situación de invalidez, definida en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993² y; (iii) la dependencia económica respecto del causante, condiciones estas que, según lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, deben concurrir para la fecha del fallecimiento del afiliado o pensionado (Sentencia 26823 del 24 de julio de 2006, reiterada 30720 del 10 de junio de 2008 y 42308 del 26 de junio de 2012 SL3331-2021 y SL494-2021)³.

Con estas premisas normativas y una vez revisada la evidencia del expediente la Sala confirmará la decisión que en primera instancia negó el derecho a OLIVERIO GARZÓN REYES, pues en esta persona no se demostraron todas las condiciones que dan acceso a la pensión que reclama, para el momento en que ocurrió el deceso de su hermano -14 de septiembre de 2015-.

Su estado de invalidez -calificada en un 51.54% (folio 12)- surgió con posterioridad al fallecimiento de LUIS EVELIO GARZÓN REYES, sin que sea posible concluir que existiera antes del óbito, pues fue técnicamente dictaminado por la Junta de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, quien definió

² Según el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 se considera "inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral".

³ *"Precisa conocer la parte pertinente del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, esto es, la que interesa a los efectos de la decisión del recurso de casación. Reza así: "ARTICULO 47 Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes. "Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes: (...) "d. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente del causante". Su claro tenor literal deja al descubierto que el acceso a la pensión de sobrevivientes por parte de un hermano de un afiliado o de un pensionado que fallece, reclama la comunión de estos tres requisitos: El estado civil de hermano del causante; La calidad jurídica de inválido; y La dependencia económica respecto del causante. **Sin duda, estos tres requisitos deben estar reunidos en el momento de la muerte del afiliado o pensionado.** Por lo tanto, carece de vocación legítima a la pensión de sobrevivientes el hermano que, en ese preciso momento, no era inválido o no dependía económicamente del causante."*

que se estructuró en fecha posterior a la muerte -el 11 de mayo de 2017 (folios 11 a 13)- conclusión científica que no logró desvirtuarse con los demás elementos de convicción recopilados a lo largo del juicio.

Al respecto, y para acreditar que tal estado de invalidez se originó con anterioridad al 14 de septiembre de 2015 –fecha del fallecimiento del causante-, se allegaron extractos de la historia clínica del demandante (folios 15 a 19), que no desvirtúan las conclusiones a las que arribó la Junta de Calificación, pues corresponden solo a un extractos de los que solo se evidencia en esta materia la atención recibida por el actor el 1 de diciembre de 2017, y aunque se consignó como antecedente que según lo informado por los sobrinos, el paciente había sufrido hace 7 años un trauma de cadera que le generó pérdida funcional –sin especificar cuál-, y que para la fecha de consulta se encontraba en silla de ruedas, resulta imposible determinar, a partir de esa sola afirmación, que dicho suceso lo invalidó.

Además, el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la Junta de Calificación de Invalidez que definió con elementos científicos su pérdida de capacidad encuentra sustento en los diagnósticos de *(osteo) artrosis primaria generalizada, hipertensión esencial (primaria), insuficiencia venosa (crónica) (periférica) y otras poliartrosis*, sobre los que ninguna mención se hizo en dicho instrumento, y en el transcurso del proceso no se solicitó un prueba científica (peritaje) que pudiera desvirtuar las conclusiones sobre las cuales se negó el derecho en sede administrativa.

No resultan idóneas ni suficientes para ese efecto los testimonios rendidos por EDUARD HERNANDO CASTRO, PEDRO PABLO GARZÓN ROJAS, LEIDY PAOLA ALZATE, ROSALBA GARZÓN ROJAS, FRANCISCO JAVIER CAGUA y LUZ MIRIAM TABARES según los cuales *para ellos* el demandante era discapacitado en tanto se movilizaba en silla de ruedas; testimonios que en todo caso, no pudieron dar razón precisa sobre la época en que el demandante se vio obligado a usar dicho elemento, ya que mientras LEIDY PAOLA y FRANCISCO señalaron que ello fue como dos años después de la muerte de LUIS EVELIO,

los restantes indicaron que eso fue mucho antes de ese hecho. De hecho, ROSALBA GARZÓN ROJAS –sobrina del convocante- sostuvo que este siempre tuvo esa discapacidad, lo que resulta contradictorio con lo ilustrado por PEDRO PABLO GARZÓN ROJAS –sobrino del actor y con quien en conjunto con su hermana dicen velar por el bienestar de su tío- que ni siquiera pudo dar una fecha aproximada de ese evento, pero si mencionó que OLIVERIO GARZÓN trabajó hasta que tuvo 78 años ayudándole a su papá en el campo.

En todo caso, se repite, estas personas no tienen aptitud para definir la fecha en que se estructuró la invalidez de quien promueve el presente asunto.

Así las cosas, los medios de prueba que reposan en el expediente resultan insuficientes para establecer cuándo se originaron las patologías invalidantes del actor, y/o en qué época estas lo ubicaron en un grado de invalidez mayor o igual al 50% de su pérdida de capacidad laboral.

No sobra recordar que a juicio del órgano de cierre de esta jurisdicción, la Ley 100 de 1993 estableció un sistema de seguridad social integral con criterios científicos unificados, y consciente de que la protección dada por el legislador es realmente la invalidez del beneficiario y no *“otras situaciones que eventualmente puedan generarle un estado de desprotección”* como las derivadas del paso de la edad o ancianidad, o ciertas afectaciones de salud (sentencia del 10 jun. 2008, rad. 30720, reiterada en SL3331 de 2021⁴), de lo cual resulta insuficiente la

⁴ “(...) Obviamente no desconoce la Corte que a una persona de avanzada edad que no ha trabajado, por múltiples razones, le es ciertamente difícil comenzar a procurarse los medios para su subsistencia, pero ello no significa que por esa sola circunstancia se le pueda considerar, en los términos exigidos por las normas legales, como inválida, en la medida en que, en estricto sentido, no existe una pérdida de su capacidad laboral.

Importa anotar que el parágrafo del artículo 4o del Decreto 917 de 1999, contentivo del manual único para la calificación de la invalidez establece:

“Las consecuencias normales de la vejez, por sí solas, sin patología sobreagregada, no generan deficiencia para los efectos de la calificación de la invalidez en el Sistema Integral de Seguridad Social”.

Y, como quedó dicho, lo que protege específicamente la Ley 100 de 1993 al reglamentar la pensión de sobrevivientes es la invalidez del beneficiario y no otras situaciones que eventualmente puedan generarle un estado de desprotección.”

demostración de una condición médica o el deterioro por la edad avanzada para acceder a la pensión; era necesario -se insiste- acreditar que para la fecha del fallecimiento el demandante tenía la condición de inválido, lo que no ocurrió.

Al no haberse acreditado dicho presupuesto, inocuo resulta establecer la dependencia económica respecto del causante.

Por las resultas del proceso, las COSTAS en la apelación a cargo del demandante.

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 del demandante.

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 CINCUENTA MIL PESOS MCTE (\$50.000) 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 JAIRO VARGAS BERNAL CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS (litisconsorte necesario), SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. (antes OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.) Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 18 de noviembre de 2021 por el Juez Once (11) 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 apoderada, JAIRO VARGAS BERNAL 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 ineficacia de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en agosto de 1999, así como los ocurridos con posterioridad, con fundamento en que fue inducido a error al no haber recibido información completa, veraz e imparcial por parte las AFP, pues se limitaron a indicarle que se podría pensionar antes y con un monto pensional más alto y a la edad que quisiera, que el ISS desaparecería, sin indicar el capital que debía acumular ni los requisitos para pensionarse, no le hicieron estudio teniendo en cuenta que era beneficiario del régimen de transición, no informaron sobre inversiones y riesgos de capital, no efectuaron proyección de su mesada pensional ni ofrecieron comparación entre los regímenes. Situación que se repitió en los posteriores traslados al interior del RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene el traslado de todos los aportes recibidos durante su afiliación, con los rendimientos generados (ver demanda de folios 4 a 12).

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 afiliación del demandante se hizo de manera libre y voluntaria, y debe presumirse la buena fe de la AFP,

por lo que corresponde al afiliado demostrar que se efectuaron maniobras engañosas en su contra y, de ser el caso, se debe demostrar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010 para poder trasladarse de régimen en cualquier momento. Agregó que de accederse a las pretensiones del escrito se afectaría gravemente la estabilidad financiera del sistema pensional. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia 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 genérica* (ver contestación de folios 79 a 100).

También contestó la demanda SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante apoderado. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que la afiliación a PORVENIR S.A., se efectuó de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, previo suministro información amplia y oportuna acerca del funcionamiento del RAIS y sus condiciones, como se evidencia en el documento público de vinculación, sin que para entonces existiera la obligación de entregar cálculos o proyecciones sobre el futuro pensional del afiliado. Las condiciones de afiliación se encuentran definidas por la ley, sin que sea dable a las partes pactar algo diferente. Se garantizó el derecho de retracto y, en todo caso, el presunto vicio es saneable por ratificación, que se entiende al no haber presentado inconformidad alguna durante el tiempo de la afiliación y los traslados al interior del RAIS, sumado a que ha transcurrido un término superior al señalado en el artículo 1740 del CC, por lo que la acción se encuentra prescrita. No resulta aplicable el precedente jurisprudencia, por no tratarse de una situación análoga a las analizadas por la Corte. Tampoco procede la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues no existieron actos que hayan impedido o atentaran contra

el derecho de afiliación del actor al sistema. Advierte que el demandante se encuentra incurso en la restricción de traslado de régimen contenida en el artículo 13 *ibídem*, sin que se haya hecho uso de la posibilidad de trasladarse previamente. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica* (ver contestación de folios 109 a 115).

A su vez, SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a todas las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la afiliación efectuada por el demandante con dicha entidad cumplió todos los parámetros legales exigidos a la fecha, brindó información cierta, suficiente y oportuna sobre características, bondades y limitaciones del RAIS a través de sus asesores y funcionarios, quienes están debidamente capacitados, conforme a lo cual el demandante tomó la decisión de trasladarse desde otra AFP, como se evidencia en el formulario de afiliación suscrito y, resalta, contaba con los mecanismos suficientes y necesarios para cotejar la información proporcionada, sumado a que para entonces dicha información había sido proporcionada por OLD MUTUAL S.A. Agregó que el traslado a dicha entidad no le generó perjuicio alguno al actor, pues, como se dijo, lo efectuó desde otra AFP. Conforme a lo narrado en el escrito de demanda, la figura que aplicaría es la nulidad relativa, la cual es saneable, de lo que da cuenta la manifestación de voluntad del actor en permanecer en el RAIS al trasladarse varias veces al interior del mismo. Resaltó que el traslado pretendido no cumple los requisitos legales, pues no es aplicable la sentencia SU-062 de 2010. 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: *prescripción, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, buena fe y genérica* (ver contestación de folios 126 a 134).

Mediante auto del 9 de noviembre de 2018 se dispuso vincular a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS como litisconsorte necesaria por pasiva (folio 173), entidad que una vez notificada contestó la demanda por medio de apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. Argumenta que la afiliación se hizo efectiva de forma libre y voluntaria con el diligenciamiento del formulario correspondiente, y se brindó información objetiva, incluyendo cálculos comparados e información sobre ventajas y desventajas de cada régimen a través de personal idóneo y debidamente capacitado. En caso de entender que existiera un error, se trataría de uno de derecho, en tanto refiere a la naturaleza del negocio por insuficiencia de información, el cual no vicia el consentimiento. Ahora bien, la acción se encontraría prescrita por no haberse ejercido dentro del término legal. Agregó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición y, en todo caso, la decisión de permanecer en el RAIS es tan clara, que no hizo uso de la figura de retracto ni tomó la decisión de retornar al RPM antes de los últimos 10 años previos a cumplir la edad necesaria para acceder a la pensión de vejez. Por último, aseveró que no se está vulnerando el derecho pensional, pues el actor puede acceder al mismo siempre que cumpla los requisitos legales. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A. y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado* (ver contestación de folios 187 a 207).

Terminó la primera instancia con sentencia de 18 de noviembre de 2021, mediante la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con

prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la AFP COLFONDOS S.A. no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM 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. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del ciudadano JAIRO VARGAS BERNAL a la administradora de fondos de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. celebrada el 01 de agosto de 1999, así a su vez de los traslados efectuados de manera horizontal ante OLD MUTUAL y COLFONDOS, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales el ciudadano JAIRO VARGAS BERNAL nunca se trasladó al RAIS y por tanto siempre permaneció en el RPM-PD, de conformidad a lo expuesto en las consideraciones de la presente sentencia. TERCERO: CONDENAR a la administradora de fondos y pensiones y cesantías SKANDIA S.A. sociedad con la cual el actor mantiene en la actualidad vigente la afiliación trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, tales como aportes o cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del CC, los gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a admitir el traslado del ciudadano JAIRO VARGAS BERNAL con sus aportes al RPM-PD, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.*

QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por las cuatro entidades que conforman la pasiva, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva del presente proveído. SEXTO: CONDENAR en costas a tres de las demandadas, a saber: PORVENIR, SKANDIA y COLFONDOS. A razón de cada una de \$500.000, un total de \$1.500.000. Inclúyase en ellas las agencias en derecho señaladas y liquídense por secretaría. SÉPTIMO: CONSULTAR esta providencia en favor de la demandada COLPENSIONES, ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en caso de no ser apelada oportunamente, de conformidad con los argumentos normativos de orden procesal esbozados en la parte motiva de esta sentencia” (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021 – CD 3 Hora 1:27:30).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, PORVENIR S.A. a través de su apoderada pidió que se revoque la decisión, como quiera que se dio aplicación a la ineficacia contenida en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, sin que se haya probado un dolo por parte de la entidad, que se limitó a ofrecer una alternativa de afiliación al actor, quien posteriormente se trasladó a otras administradoras, situación esta última que da cuenta de los actos de relacionamiento. Resaltó que se proporcionó la información correspondiente, como se evidencia con el formulario de afiliación allegado, sin que fuera exigible otro medio probatorio para la época (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021 – CD 3 Hora 1:30:34).

SKANDIA S.A. (antes OLD MUTUAL), a través de su apoderada pidió que se revoque el numeral 2 de la decisión, como quiera que se debía absolver de devolver dineros de gastos de administración, pues los traslados de recursos entre administradoras contempla su traslado, así como del monto destinado a la garantía a la pensión mínima. Resaltó que tales recursos han cumplido su

destinación legal, con la cobertura de los seguros previsionales y la administración de los recursos que dio lugar a la generación de rendimientos, por lo que no existe sustento legal alguno para su traslado (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021 – CD 3 Hora 1:33:52).

COLPENSIONES a través de su apoderado presentó recurso para que se revoque la decisión, por considerar que este tipo de decisiones *quebranta* el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, al generar inestabilidad en la administración de la entidad. Ello lleva a que se vea afectado el patrimonio público a favor de una persona cuyos aportes no ayudaron a financiar siquiera su propia pensión. En caso de declarar la *nulidad* o ineficacia, solicita se ordene el pago de un cálculo actuarial a cargo del fondo privado o de la parte demandante, para solventar la prestación (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021 – CD 3 Hora 1:37:29).

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 38

años de edad y había cotizado 951,14 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 13 años, 2 meses y 8 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 57 años de edad – ver folios 19 y 49).

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 en folios 28 a 30 y en el expediente administrativo CD 1 y 2.

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,

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 se vislumbraran o no consecuencias negativas por no tener el afiliado una expectativa pensional cercana o la pérdida del régimen de transición: “*Ni la legislación ni*

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”.

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) -dic e la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para 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 SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP PORVENIR 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. Indicó que su traslado en 1999 se dio cuando se encontraba laborando, cuando los reunieron grupal de 10 a 15

minutos, en que un asesor únicamente les indicó que el ISS se iba a acabar y se ofrecía una alternativa más segura y con mejor respaldo económico en una entidad privada. Los posteriores traslados se dieron conforme al mismo argumento de obtener un mejor respaldo económico en la nueva entidad (Audiencia virtual del 18 de noviembre de 2021 – CD 3 Min. 25:53).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia 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 la AFP SKANDIA S.A. la devolución del capital depositado en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos financieros y los gastos de administración, conforme al conocimiento en consulta se se adicionará la decisión de primera instancia para condenar también a PORVENIR S.A. y a COLFONDOS S.A. a devolver las sumas descontadas a título de gastos de administración a COLPENSIONES, sin que sea posible deducir suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL1421 del 10 de abril de 2019 y SL4989 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”* (SL4360 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) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁵, pues este porcentaje hace parte de los gastos de administración, valores que 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 también 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.

COSTAS en apelación a cargo de SKANDIA S.A., 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

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”.*

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para: (i) **CONDENAR** a PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar los valores de gastos de administración descontados durante la afiliación del demandante a dichas AFP, debidamente indexados, a COLPENSIONES; 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 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 SKANDIA S.A., 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 (\$600.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA LUCÍA GÓMEZ BALLÉN CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES
Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022)

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 6 de diciembre de 2021 por el Juez Once (11) 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, MARTHA LUCÍA GÓMEZ BALLÉN presentó demanda contra 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 o, en subsidio, la *nulidad* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en mayo de 1995, con fundamento en que se le indujo a error al no haberse proporcionado información adecuada y completa por parte la AFP DAVIVIR S.A., hoy PROTECCIÓN S.A., pues le ofreció una pensión más elevada en ese fondo y le dijo que el ISS no era viable pues iba a terminar, además no hizo un comparativo de características de cada régimen, ni efectuó un estudio que le permitiera inferir las consecuencias de su traslado. Pese a haber tenido la posibilidad de trasladarse hasta el 21 de julio de 2011, la AFP no le proporcionó información y buen consejo al respecto. En respuesta del 20 de marzo de 2019 a una petición elevada previamente por la actora, PROTECCIÓN informó la proyección pensional que tendría en cada régimen en la que se puede identificar que la del RPM es mucho mayor a la del RAIS. Como consecuencia de lo anterior pide se acepte la afiliación en COLPENSIONES, sin solución de continuidad, y se ordene el traslado de dineros y rendimientos depositados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por concepto de pago de seguros previsionales, fondo de solidaridad y garantía pensional o cuotas de administración. En subsidio (ver demanda de folios 2 a 17).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contestó la demanda mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que obran pruebas en el plenario de que la misma se efectuó de manera libre y voluntaria, de conformidad con la Ley, como 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 ejercer el derecho de retracto o 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 se encuentra prescrita. Propuso como

excepciones de mérito: errónea e indebida aplicación el 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 de folios 111 a 131).

También contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, bajo el argumento de que la afiliación se efectuó previa asesoría realizada por personal debidamente capacitado, de manera 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 y efectuó una proyección pensional *estimativa* del valor de las mesadas, 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 la demandante ha adelantado conductas que dan cuenta de su interés en mantenerse en el RAIS, como lo fue el no 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, y por el contrario se ha trasladado varias veces al interior de dicho régimen, sin que ahora pueda alegarse un vicio del consentimiento con base en la variación del monto de su mesada pensional. Manifestó que la acción se encuentra prescrita, pues se trata de un aspecto derivado de la prestación pensional y no del derecho en sí mismo y, en todo caso, no es procedente la devolución de gastos de

administración ni de alguna suma a título de perjuicio o detrimento de los aportes, pues, por el contrario, éstos generaron rendimientos mientras estuvieron en su poder, con los cuales se efectuó su traslado a la actual administradora a la que se encuentra afiliado el actor. 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, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima 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* (ver contestación de folios 144 a 159).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de diciembre de 2021, mediante la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, 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 haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM para entender que la demandante tomó una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación, en el cual las demandadas fundan su defensa. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante. Finalmente, señaló que la acción es imprescriptible dada su estrecha relación con el derecho pensional de la afiliada.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación celebrada por la aquí demandante MARTHA LUCÍA GÓMEZ BALLÉN ante la AFP PROTECCIÓN S.A., el 22 de mayo de 1995, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la aquí demandante MARTHA LUCÍA GÓMEZ BALLÉN nunca se trasladó al RAIS y por tanto siempre permaneció en el RPM-PD, de conformidad con los argumentos esbozados en la parte motiva de la presente sentencia. TERCERO: CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A., sociedad con la cual la actora mantiene en la actualidad vigente su afiliación, trasladar a COLPENSIONES todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual, tales como aportes, cotizaciones, bonos pensionales que se hubieren solicitado, sumas adicionales con intereses o rendimientos que se hubieren causado en los términos del artículo 1746 del CC y los gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de la aquí demandante MARTHA LUCÍA GÓMEZ BALLÉN con sus aportes al RPM-PD, de conformidad a lo esbozado en la parte motiva del presente proveído. QUINTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia. SEXTO: CONDENAR en costas únicamente a la demandada AFP PROTECCIÓN. Líquidense por secretaría. Inclúyanse en ellas la suma de \$500.000, valor en que se estiman las agencias en derecho y de acuerdo con los fundamentos normativos esbozados en la parte motiva de la presente providencia. SÉPTIMO: CONSULTAR esta providencia a favor de COLPENSIONES, en caso de no ser apelada por esta entidad, y de conformidad con los argumentos de orden normativo, de orden procesal esbozados en la parte motiva de la presente sentencia”* (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – CD 2 Min. 18:22).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, PROTECCIÓN S.A. a través de su apoderado pidió que se revoque parcialmente la decisión, como quiera que se debe absolver de trasladar dineros de gastos de administración y valores adicionales de la aseguradora, pues la consecuencia de la ineficacia es la inexistencia del acto jurídico y, en consecuencia, se debe entender que tampoco se habrían causado unos rendimientos. Así, bajo la administración de la entidad se causaron los rendimientos cuyo traslado se ordenó y por tanto reconocer que efectuó una gestión de administración y puede conservar los gastos, o se puede entender que en manos de COLPENSIONES también se hubieran causado los mismos y ésta también habría efectuado los descuentos por gastos de administración, por lo que en virtud de las restituciones mutuas los mismos deberían quedar en manos de PROTECCIÓN quien llevó a cabo la gestión correspondiente. No se demostró detrimento alguno en los aportes y tampoco habría lugar a la referida condena que resulta una penalidad que no fue discutida en el presente trámite y debería ser objeto de pronunciamiento por el juez civil. Adicionalmente, al no tratarse de valores encaminados a financiar la pensión por vejez, son susceptibles de prescribir. Finalmente, debieron respetarse todas las situaciones consolidadas de buena fe. (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – CD 2 Min. 20:43).

COLPENSIONES a través de su apoderado presentó recurso para que se revoque íntegramente la decisión, por considerar que la demandante no cumplió la carga probatoria que le incumbe, conforme al artículo 167 del CGP. El presunto error sería de derecho, el cual no vicia el consentimiento. Han transcurrido más de 21 años a la fecha, sin que para entonces fuera exigible guardar registro documental de la información proporcionada. El

reconocimiento causaría un detrimento patrimonial al fondo (Audiencia virtual del 6 de diciembre de 2021 – CD 2 Min. 29:15).

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 30 años de edad y había cotizado 636,57 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 11 años, 3 meses y 16 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 folios 35 y 76).

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 PROTECCIÓN S.A. de folios 63 a 72.

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,*

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 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 se vislumbraran o no 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) -dice la Corte- la ineficacia del traslado de régimen pensional no es subsanable “en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”, y la acción para 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., antes DAVIVIR 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 cumplimiento de la obligación 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. Indicó que su traslado en mayo de 1995 se debió a una visita que recibió por parte de asesores de DAVIVIR en su lugar de trabajo, se limitaron a ofrecer una cuenta de ahorro individual que le permitiría tener más control y conocimiento de sus extractos, para verificar que el empleador hiciera aportes, que podría unificar las cotizaciones efectuadas a otros fondos e incluir beneficiarios, como lo hacía en el ISS (Audiencia virtual del 19 de noviembre de 2021 – CD 1 Min. 34:34).

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 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 PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante, que incluyan cotizaciones y rendimientos, y la devolución de los gastos de administración descontados durante la afiliación de la actora, sin que sea dable descontar suma alguna por dicho concepto o cualquier otro (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 (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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”.*

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

COSTAS en apelación a cargo de PROTECCIÓN 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,

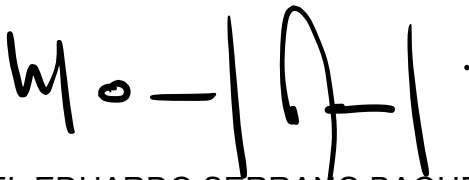
RESUELVE

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 lo demás.
3. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

EXP. 11 2019 00430 01
Martha Lucía Gómez Ballén Vs Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES
y Otra



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

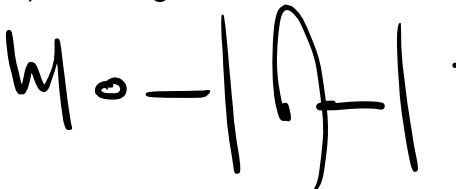


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



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 DE LUIS ALFONSO MARTÍNEZ JIMÉNEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de marzo dos mil veintidós (2022).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, según lo dispone el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, se reúne para resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la sentencia dictada por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá el 1 de septiembre de 2021. En ella se CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar la suma de \$9.665.250 por concepto del retroactivo de las mesadas causadas entre el 26 de septiembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2015, debidamente indexado, y se ABSOLVIÓ a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS ALFONSO MARTÍNEZ JIMÉNEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se condene a la demandada a pagar a su favor las mesadas causadas entre el 4 de agosto de 2013 –última semana cotizada (sic)- y el 30 de noviembre de 2015, así como la mesada de junio (mesada 14) y el incremento

pensional del 14%, junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que nació el 4 de agosto de 1953 y para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con más de 40 años y por ende es beneficiario del régimen de transición. Asegura que el 13 de agosto de 2013 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de su pensión de vejez, pero la misma le fue negada mediante Resolución GNR 341848 del 5 de diciembre de 2013 por cuanto no cumplía con el requisito de las 750 semanas aportadas para conservar la transición, decisión que fue confirmada por la entidad mediante acto administrativo VPB 25020 del 22 de diciembre de 2014. Indica que el 4 de febrero de 2015 solicitó ante COLPENSIONES la corrección de su historia laboral la cual, según le fue informado mediante oficio del 30 de marzo siguiente, fue ajustada quedando con un consolidado de 1.650,57 semanas cotizadas al 30 de septiembre de 2014. Señala que el 6 de mayo de 2015, pidió nuevamente su pensión ante la entidad, siendo otorgada mediante Resolución No. GNR 374294 del 23 de noviembre de 2015 por hallar acreditados los requisitos previstos en el Decreto 758 de 1990 -estatus que adquirió desde el 4 de agosto de 2013-, a partir del 1 de diciembre de ese año y en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente. Relata que el 25 de julio de 2016 reclamó la reliquidación de la pensión pero la demandada se negó a acceder a su pretensión. Por otra parte menciona que contrajo matrimonio con BLANCA INÉS BENÍTEZ JIMÉNEZ el 6 de diciembre de 1980, quien depende económicamente de su ingreso como pensionado, pues toda la vida se ha dedicado al hogar y a la crianza de los hijos en común. Por este motivo, dice, exigió el reconocimiento del incremento del 14% pero esta prestación fue resuelta de manera negativa por COLPENSIONES (folios 3 a 9).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las

pretensiones incoadas, con excepción de aquellas con las que el actor procura se declare que es beneficiario del régimen de transición y que su última semana cotizada fue el 29 de septiembre de 2014 (sic). Aceptó los hechos relativos a las solicitudes efectuadas ante la entidad y las respuestas a las mismas, así como el reconocimiento pensional a favor del demandante en el año 2015. Los demás dijo no constarle. En su defensa propuso las excepciones de *carencia de causa para demandar*, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la innominada o genérica. Indica que el actuar de la entidad estuvo ajustado a derecho y que el accionante no demostró elementos nuevos que conlleven a reliquidar la pensión (folios 69 a 77).

Terminó la primera instancia con sentencia proferida el 1 de septiembre de 2021, a través de la cual la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar la suma de \$9.665.250 por concepto del retroactivo de las mesadas causadas entre el 26 de septiembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2015 debidamente indexado, absolviéndola de las demás pretensiones incoadas en su contra.

Para tomar su decisión la *a quo* consideró que erró COLPENSIONES al exigir la novedad de retiro del demandante para establecer la fecha de disfrute de la pensión, pues existían actos que daban cuenta de su desafiliación consolidada con la solicitud de reconocimiento pensional. Advirtió que para el 26 de septiembre de 2014 –última cotización- el actor cumplía los requisitos para acceder al derecho y no siguió realizando cotizaciones. Negó el pago de la mesada adicional de junio –mesada 14-, por haberse causado el derecho a la pensión el 4 de agosto de 2013; negó los incrementos pensionales por persona a cargo en razón de la derogatoria orgánica de la que fueron objeto con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; y negó los intereses moratorios por estimar que hasta ahora se ordenó el pago de las mesadas y por ende la entidad accionada no ha incurrido en mora.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que el demandante señor LUIS ALFONSO MARTÍNEZ JIMÉNEZ, identificado con la cédula de ciudadanía número 31.175.556, le asiste el derecho de reconocimiento y al pago de su pensión de vejez a partir del 26 de septiembre de 2014, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor del demandante señor LUIS ALFONSO MARTÍNEZ JIMÉNEZ, identificado con la cédula 31.175.556, el valor de \$9'665.250 por concepto de retroactivo pensional del 26 de septiembre del 2014 al 30 de noviembre de 2015 conforme a la parte motiva de este proveído y debe ser indexado su pago al momento de materializarse. TERCERO: ABSOLVER a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES de las demás pretensiones, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de los intereses de mora, no probadas las demás, particularmente la de prescripción, conforme a la parte motiva. QUINTO: COSTAS están a cargo de la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES y en favor del aquí demandante, se deberá tasar por la secretaría del despacho. SEXTO: Si no es apelada la presente decisión se va a remitir el expediente al Honorable Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta”* (CD folio 96, récord 46:02).

RECURSO DE APELACIÓN

Contra la anterior decisión tanto demandante como demandada interpusieron recurso de apelación.

El apoderado de la parte actora afirma que de acuerdo con la jurisprudencia, los incrementos pensionales por persona a cargo proceden cuando la pensión se adquiere bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, con independencia de que se aplique o no por virtud del régimen de transición, porque estos

conservan pleno vigor. Por otra parte, asegura que debe imponerse la mora porque era obligación del ISS hoy COLPENSIONES, conservar la información de la historia laboral y, además, no concedió la pensión desde el momento en que adquirió el derecho¹ (CD folio 96, récord 50:20).

En el recurso de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES su apoderado pide que se revoque la decisión dictada en primera instancia en lo que le fue desfavorable, para que, en su lugar, se le absuelva de todas las pretensiones incoadas. Advierte que no es procedente

¹ “Dándole gracias al despacho por la oportunidad procesal para presentar mi recurso de apelación de manera parcial a la sentencia emitida por su despacho por no encontrarme de acuerdo en una de su conde, sentencia en una parte que afecta los intereses de mi representado en lo que tiene que ver con los incrementos pensionales. Los incrementos pensionales es (sic) dado claro que la Corte Suprema de Justicia, la Corte Suprema de Justicia ha expresado en continuas, en continuas sentencias que se encuentra citada en los fundamentos y razones de derecho de la presente demanda, y que en los momentos dice que, una de las partes dice, el artículo 36: “en este proceso habida cuenta del Instituto de Seguros Sociales reconoció la calidad de beneficiario del régimen de transición al señor Herrera”. En este mi caso, el trabajador le fue reconocida su pensión de vejez con el decreto 758 de 1990, acuerdo 049 aprobado por el decreto 758 de 1990. La Corte en uno de sus extractos de la sentencia citada dice que en verdad que los incrementos, abre comillas “de las pensiones no están involucrados en la mencionada Ley 100 pero ello no significa que pierdan su vigencia, por el contrario, si tal normativa no los reguló no quiere decir que los hubiere derogado, entonces en ese orden conservan su pleno vigor”. Finalmente, esto lo manifiesta la corte, “Finalmente el recurrente aduce una indebida aplicación del artículo 289 de la Ley 100 de 1993, pues dicha norma según su entender derogó todas las disposiciones que le fueran contrarias, sin embargo los incrementos a pensiones para los beneficiarios del régimen del Acuerdo 049 de 1990 ya por derecho propio o por la transición no puede ser contrarios por reconocimiento expreso de la misma norma al decir que esta se reservará a los derechos adquiridos, sin embargo, ha mantenido que estos derechos son incólumes al reconocimiento de las pensiones también, porque no se les puede aplicar la normativa sesgada, si bien es cierto, la ley 100 de 1993 ya no trae los incrementos pensionales, el acuerdo 049 y el decreto 7 (sic), aprobado por el decreto 758 de 1990 si los trae y no fueron derogados por la ley 100 de 1993 y de esto no digo, tampoco lo dijo el acto legislativo 01 del 2005”. Entonces esta parte será apelada para que el señ, el Honorable Tribunal se revoque esta decisión del despacho, lo mismo que la mora debe ser aplicada, ¿Por qué la mora debe ser aplicada?, porque el tra, el, el el, el beneficiario de la, el trabajador, mi representado tenía, el, perdón, el Instituto de Seguros Sociales, hoy COLPENSIONES, tenía su obligación de tener la, por ser la guarda de las cotizaciones y de las semanas cotizadas o aportes al sistema de tener unificado su expediente, no le concedió la pensión en su oportunidad cuando se le causaron sus derechos como se dijo en la sentencia, en el mes de septiembre de 2013. Sin embargo, como el trabajador siguió cotizando hasta septiembre del 2014, debe pagársele a partir de esta fecha, cuando COLPENSIONES negó la retroactividad, debe ser condenada COLPENSIONES a los intereses moratorios que establece el artículo 141 de la ley 100 de 1993, por eso también solicito que esta sea apelada para que el Honorable Tribunal lo considere y revoque esta decisión. De toda, en esta parte, de acuerdo a la sustentación dejo, de acuerdo a lo manifestado dejo sustentado el recurso parcial de, de la sentencia emitida por su despacho para que el Honorable Tribunal tome decisiones al respecto de, de lo manifestado, muchas gracias su señoría y a todos.”

el pago del retroactivo desde agosto de 2013 (sic) en razón a que no se evidencia dentro de la historia laboral la novedad de retiro, requerida al tenor de los artículos 13 y 35 del Acuerdo 049 de 1990. Además, asegura que en el asunto no operó el retiro tácito, porque, en consonancia con algunas sentencias de la Corte que citó, las semanas posteriores a la causación del derecho pueden ser utilizadas para mejorar el monto de la mesada, esta es una facultad reservada para el afiliado a quien la norma le permite seguir cotizando, aunado a que cumplir con la norma, dice, garantiza el principio de igualdad formal ante la ley. Por último, solicita se revise la condena en costas² (CD folio 96, récord 55:30).

² “Encontrándome en la etapa procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra el fallo emitido, especialmente contra el punto primero y segundo de la sentencia y las, frente a las costas. Honorables Magistrados pues el último ciclo de cotización se dio para el 9 de septiembre del 2014 y no es procedente el reconocimiento y pago del retroactivo pensional solicitado en agosto del 2013 toda vez que no se evidencia novedad de retiro en la historia laboral, tal como consta en la historia laboral del, del, de la demanda en estricto, en estricta aplicación del, los artículos 13, causación y disfrute de la pensión de vejez, y el 35, forma de pago de las pensiones por invalidez y vejez, del acuerdo 049 de 1990. En este orden de ideas se hace necesario precisar que la pensión de vejez se causa cuando la persona reúne las exigencias de edad y semanas cotizadas, ahora bien, se empieza a disfrutar desde la misma cuando ha realizado la desafiliación del régimen, requisito que no, no se efectuó por parte del demandante o la empresa a la que se encontraba laborando. Ahora bien hace, se hace necesario aclarar que la, que para el presente asunto no operó la teoría del retiro tácito, es decir cuando se considera que existe claridad respecto de la voluntad de retiro por parte del trabajador porque cesan las cotizaciones por parte de un trabajador. Para lo anterior es necesario traer a colación la sentencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia 24370 del 21 de febrero del 2005, Magistrado ponente Eduardo Adolfo López Villegas, y 27540 del 7 de septiembre del 2006, Magistrado ponente Francisco Javier Ricaurte Gómez, y pues manifiesta que una vez causada la pensión nada impide al afiliado contribuir al financiamiento del sistema y en especial ejercer el derecho de la, de mejorar el monto de la mesada pensional, cuya liquidación guarda parcialmente proporcionalidad con el número de cotizaciones que supere el mínimo legal. Por tal razón la, los fondos de pensiones no están autorizados para desafiliar a un, aun beneficiario del seguro de invalidez, vejez y muerte invocando la causación del derecho, porque las normas le han reservado al afiliado la facultad de continuar cotizando, es decir, la desvinculación del sistema es una protestad reservada al trabajador y en algunos casos extendida también al empleador. De lo anterior es claro que mi representada no puede realizar la desafiliación o requerir a un trabajador al sistema toda vez que sería una acción arbitraria que cercena el derecho del afiliado para mejorar el monto de la mesada pensional, es decir, la desvinculación del sistema es una facultad de la ley que otorga al trabajador o al empleador como en el presente caso mi representada protege dicha facultad y para ello es necesario que sea manifestado de, de forma expresa el deseo de retiro al sistema. La norma es clara al establecer que el retiro el, al sistema como requisito necesario para disfrutar de una pensión, para ello es necesario remitirnos a los aspectos relativos donde debe generar la aplicación de las normas toda vez que el representado dio cabal cumplimiento a lo establecido por la ley y la Corte Constitucional en sentencia C-284 del, de, del 13 de mayo del 2015: “Al precisar el alcance de la expresión “ley” como fuente principal del derecho en el ordenamiento colombiano, este Tribunal ha indicado que cuando la autoridad judicial recurre a la analogía o a la analogía para resolver una determinación cuestión de derecho, en realidad

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Durante el trámite de este proceso se acreditaron ocurridos sin controversia por las partes, los siguientes hechos relevantes para resolver la instancia,: i) que mediante Resolución GNR374294 del 23 de noviembre de 2015, COLPENSIONES reconoció pensión de vejez a favor del demandante, a partir del 1 de diciembre de 2015, en cuantía de 1 SMLMV, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición (folios 32 a 34), estableciendo que el status pensional lo adquirió el 4 de agosto de 2013; la prestación se liquidó teniendo en cuenta que el demandante cotizó 1.650 semanas en toda su vida laboral; y ii) que LUIS ALFONSO MARTÍNEZ JIMÉNEZ contrajo matrimonio con BLANCA INÉS BENÍTEZ JIMÉNEZ el 6 de diciembre de 1980 (ver registro civil de matrimonio a folio 55).

El Tribunal debe definir si procede el reconocimiento de: i) el retroactivo pensional a partir de la fecha de la última cotización y hasta cuando fue incluido en nómina de pensionados; (ii) los intereses moratorios sobre las mesadas referidas; iii) el incremento pensional por cónyuge a cargo previsto en el

aplica la “ley”. En ese sentido, las soluciones se, que surgen en virtud de la aplicación de la primera forma de analogía y de las reglas generales del derecho que resultan de la segunda, constituyen una genuina expresión del imperio de la ley”. Por lo cual, se puede concluir que la ley es fuente primaria de derecho y mi representada con base en ello ha dado cabal cumplimiento a los requisitos establecidos por el artículo 3 del Acuerdo 049 de 1990. Ahora bien, en el artículo 13 superior establece la igualdad formal ante la ley, es decir, se debe dar una aplicación uniforme a las personas sin realizar ninguna distinción en especial como lo pretende el demandante y es por ello que mi representada ha actuado bajo el principio de igualdad y ha dado cabal aplicación a la legislación que en materia de retroactivo pensional es clara y uniforme al momento de exigir cual es afiliación del sistema sin distinguirse sobre quién pesa tal obligación. Igualmente, pues COLPENSIONES ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal y se pone a consideración de los Honorables Magistrados la decisión de condenar en costas a mi representada bajo los, los siguientes parámetros legales que permiten al tribunal de instancia abstenerse de este tipo de condena, en lo cual principalmente acudiré al artículo 48 de la constitución nacional de Colombia, para ello resultando el inciso cuarto de este artículo en el que se refiere a que no se podrán destinar los recursos de mi representada para fines diferentes a ella por lo cual es dable interpretar que un pago de costas y agencias en derecho serían contrarios a esta perceptiva constitucional y más aún cuando la sentencia fue parcial en, o fue en contra parcialmente de, de mi representada con un (sic). Por tal razón solicito respetuosamente a los Honorables Magistrados se revoque la decisión emitida por el juzgado 19 laboral del circuito de Bogotá el día de hoy, muchas gracias.”

artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado mediante el Decreto 758 de 1990 y (iv) la condena a cargo de COLPENSIONES por las costas del proceso.

(i) RETROACTIVO PENSIONAL. Para resolver si procede o no el reconocimiento del retroactivo pensional que ordenó la sentencia de primera instancia, y en consonancia con reiterado criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debe recordar el Tribunal que el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios no siempre habilitan el pago de la primera mesada pensional, pues el ordenamiento jurídico exige, para este efecto, el retiro del afiliado del Sistema de pensiones, ya que sólo cuando ello ocurre, se podrá entender renunciado el derecho que otorgan las normas legales a los afiliados de incrementar el valor de la pensión con cotizaciones adicionales al número mínimo que requiere la Ley para acceder al derecho (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990).

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

Con esta premisa normativa y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión dictada en primera instancia en cuanto dispuso el pago de la prestación a partir de la última cotización, pero la modificará en cuanto a la fecha.

Al respecto, y de acuerdo al reporte de semanas cotizadas en pensiones aportado por COLPENSIONES (expediente administrativo Cd folio 95), se evidencia que, pese a no registrarse la novedad de retiro, la última cotización

se hizo el 29 de septiembre de 2014, fecha para la cual el demandante había causado su pensión –causó el derecho el 4 de agosto de 2013- y cumplía con suficiencia el requisito de densidad de semanas de cotización exigido para acceder al derecho (tenía 1650 semanas cotizadas). Además, solicitó el reconocimiento pensional, con requisitos cumplidos, el 6 de mayo de 2015 (folio 32)³ coligiéndose de allí su voluntad de retiro del sistema.

En ese sentido, es claro que la prestación pensional se hizo exigible el **30 de septiembre del 2014**, porque operó su desafiliación del sistema pensional con la última cotización, razón por la cual se modificará la sentencia de primera instancia que reconoció el pago de la mesada pensional a partir del 26 de septiembre de 2014, para disponer el pago de aquellas causadas entre el 30 de septiembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2015 –día anterior a la inclusión en nómina, 1 de diciembre de 2015-, advirtiendo que no operó la prescripción de la acción sobre ninguna de las mesadas, pues el término trienal se interrumpió con la reclamación presentada el 25 de julio de 2016 (folio 43), el cual se mantuvo suspendido hasta el 10 de octubre de 2016 cuando se le notifica al demandante el contenido de la Resolución No. GNR264155 del 7 de septiembre de ese mismo año (folio 42), y la demanda que dio origen a este proceso fue interpuesta el 11 de marzo de 2016 (acta de reparto).

Efectuadas las operaciones aritméticas la Sala obtiene como retroactivo la suma de **\$9.572.383,33**, valor que se consignará en la parte resolutive, modificando, por virtud de la consulta, la suma reconocida en la sentencia de primera instancia por \$9.665.250.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

³ Conforme se desprende de la lectura de la resolución GNR374294 del 23 de noviembre de 2015.

RETROACTIVO PENSIONAL CAUSADO ENTRE EL 30 DE SEPTIEMBRE DE 2014 Y EL 30 DE NOVIEMBRE DE 2015			
AÑO	MESADA	No. DE MESADAS	SUBTOTAL
2014	\$ 616.000,00	4,03	\$ 2.484.533,33
2015	\$ 644.350,00	11	\$ 7.087.850,00
TOTAL			\$ 9.572.383,33

Las operaciones aritméticas se realizaron teniendo en cuenta 13 mesadas al año.

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

Dado que al demandante se le adeudan las mesadas de una pensión causadas entre el 30 de septiembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2015, procede el pago de intereses moratorios sobre cada una de dichas mesadas y éste corre a partir del 7 de septiembre de 2015, pues la primera reclamación pensional con requisitos cumplidos se elevó el 6 de mayo de 2015 (ver reclamación en el expediente administrativo), y a partir de ese momento la entidad tenía un plazo de 4 meses para pagar la primera mesada pensional⁴.

⁴ Ver parágrafo 1, artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

Se revocará entonces la decisión de primera instancia, en cuanto negó el pago de los intereses moratorios, para en su lugar disponer el pago de los mismos a partir del de la fecha mencionada y hasta el momento en que la entidad pague le adeudado.

iii) INCREMENTOS PENSIONALES POR PERSONA A CARGO: Igualmente se confirmará la decisión que negó el incremento que contemplaba el literal b) del artículo 21⁵ del Acuerdo 049 de 1990, pues si bien la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entendía la vigencia de dicha norma (sentencias de 27 de julio de 2005, Rad. 21517 MP Isaura Vargas Díaz y Jaime Moreno García, y 5 de diciembre de 2007, Rad 29751. MP Luis Javier Osorio López), lo cierto es que la Corte Constitucional -órgano competente para decidir sobre la vigencia y exequibilidad de las normas legales- en sentencia SU-140 de 2019⁶ dispuso que los mismos **sí fueron derogados** por la Ley 100 de 1993.

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

⁵ “ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMÚN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así: (...)

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

(...)”

⁶ M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.

Dicha postura fue acogida recientemente por el Alto Tribunal de esta jurisdicción en sentencia SL2061 de 2021 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ.

Así las cosas, el incremento reclamado no se podía causar por falta de supuesto normativo, pues fue derogado, y solo procederían los incrementos para las pensiones causadas antes del 1° de abril de 1994 al amparo del Acuerdo 049 de 1990, situación que no se satisface en el examine porque el derecho pensional se causó en el 2013. Se confirmará entonces la sentencia de primera instancia que absolvió a COLPENSIONES de esta pretensión.

(iv) COSTAS. Finalmente, se confirmará también la sentencia de primera instancia en cuanto condenó a COLPENSIONES en COSTAS.

Para este efecto, el artículo 365 del CGP impone el pago de las costas del proceso a la parte que resulte vencida, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda. Revisado el texto de la contestación a la demanda, se advierte que COLPENSIONES no solo se opuso a las pretensiones de LUIS ALFONSO MARTÍNEZ JIMÉNEZ, sino que además planteó controversia frente a los argumentos que éste expuso, controversia en la cual resultó vencida.

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral PRIMERO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de indicar que la pensión de vejez del demandante es exigible a partir del 30 de septiembre de 2014.
2. **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia, estableciendo que la demandada debe reconocer y pagar a favor del demandante la suma de **\$9.572.383,33** por concepto de retroactivo pensional causado entre el 30 de septiembre de 2014 y el 30 de noviembre de 2015.
3. **REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral TERCERO de la sentencia de primer grado en cuanto absolvió a la demandada del pago de intereses moratorios y, en su lugar, **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a pagar a favor de LUIS ALFONSO MARTÍNEZ JIMÉNEZ los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, causados respecto del retroactivo indicado en el numeral anterior, a partir del 7 de septiembre de 2015 y hasta que se verifique el pago total de lo adeudado.
4. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
5. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

La anterior decisión se notifica en estrados, la tomó la Sala Sexta laboral integrada por los magistrados,


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada