



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11001310500420180035001. Proceso Ordinario de Ángela Margarita Perdomo contra Luis Eduardo Durán Hernández y Otros. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiunos (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

ÁNGELA MARGARITA PERDOMO convocó a LUIS EDUARDO DURÁN HERNÁNDEZ, LUIS GUILLERMO DURÁN URIBE, MARÍA GABRIELA DURÁN URIBE y MARÍA PAULINA URIBE ÁNGEL para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo y renuncia atribuible a los empleadores: cesantías e intereses, vacaciones, primas de servicio, dotaciones, subsidio de transporte, aportes a pensión, trabajo en días de descanso obligatorio, indemnización por no consignación de cesantías, indemnización por despido, indemnización moratoria, intereses moratorios, indexación y costas del proceso.



Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

### **HECHOS:**

El 5 de diciembre de 2015 celebró contrato verbal a término indefinido, para prestar servicio en los establecimientos de comercio Casa Sarita de Luis Eduardo Durán Hernández, Hotel Casa Sabelle de María Gabriela Durán Uribe, Hotel Casa Gabriela de Luis Guillermo Durán Uribe y Hotel Casa Paulina de María Paulina Uribe, en servicios generales y camarera, con salario mensual de \$1.050.000, a la finalización de la jornada laboral recibía \$35.000 por turno.

El horario era rotativo de lunes a domingo, en turnos de ocho horas o más, sin día de descanso, recibiendo órdenes de María Paulina Uribe Ángel y Doris Durán.

Durante la vigencia del vínculo no se reconoció cesantías e intereses, primas de servicio, vacaciones, dotaciones, subsidio de transporte, aportes a seguridad social, y a la terminación no se realizó liquidación de prestaciones sociales. En enero del 2017 dio por terminado el contrato como consecuencia de la presión ejercida por Doris Durán y su continua rotación de puestos de trabajo que ocasionaba sobrecarga laboral.

### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 5 de julio de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, los convocados por intermedio de un mismo Curador Ad Litem, quien procedió a dar contestación oponiéndose a las



pretensiones; respecto de los hechos manifiesta que no le constan; propuso como excepción de mérito la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 6 de agosto de 2020, DECLARANDO la existencia de contrato de trabajo con Luis Guillermo Durán Uribe, CONDENÁNDOLO a cancelar cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones indexadas, auxilio de transporte e indemnización moratoria. ABSOLVIÓ a los demás demandados de todas las pretensiones. Impuso costas a cargo de Luis Guillermo Durán.

Inconformes con la decisión, los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos.

### **FUNDAMENTO DE LOS RECURSOS:**

El impugnante de la activa solicita se declare relación laboral con todos los demandados, con base en la manifestación de la demandante en interrogatorio y prueba testimonial evacuada, quienes manifestaron que la actora realizó actividades en todos los hoteles de propiedad de los demandados.

Agrega que la indemnización de cesantías debía cancelarse en efectivo cuando finalizó el contrato, ya que como inició el 25 de diciembre de 2015, por esa fracción de año debía consignarse antes del 15 de febrero de 2016.

Sostuvo el impugnante de la pasiva que, María Edilma Guarín Camargo declaró que la actora laboró para Luis Guillermo Duran Uribe por turnos, los cuales realizaba de manera completa o medio tiempo, no demostrando la actora que turnos realizó durante el tiempo que estuvo vinculada con el Hotel Casa Gabriela, de donde surge que eran esporádicos, tampoco



demonstró con claridad cuál era el promedio del salario mensual que supuestamente devengaba en dicho Hotel; mientras que el testimonio de Diana Jazmín Medina es parcializado, ya que deja en evidencia su interés de causar daño, lo que igualmente acontece con la versión de María Edilma Guarín, dado que adelanta proceso contra los demandados en otro estrado judicial.

Indica que dentro del proceso no se demostró mala fe del demandado, ya que no se estableció con claridad la forma de contratación, que como lo expresó María Edilma Guarín Camargo en su versión, la actividad se realizaba por turnos, tampoco quedó claro que el contrato se ejecutara en forma continua y subordinada, incumpléndose lo establecido en los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo del Trabajo.

#### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

En punto a la inconformidad conjunta de los apelantes respecto del vínculo laboral que declaró el juzgado, el de la activa reclamando su configuración frente a todos los convocados, el de la pasiva enervándolo sobre la base de que la actividad se realizaba por turnos, no quedando claro que se ejecutara en forma continua y subordinada.



En esos términos resulta preciso recordarles el principio de carga probatoria, en virtud del cual corresponde a los intervinientes en juicio acreditar los supuestos de hecho que sustentan sus aspiraciones, ya que constituyen el único instrumento a través del cual ejercen su derecho de acción y contradicción, y para el encargado de dirimir la controversia su soporte, ya que toda decisión debe sustentarse en los medios probatorios oportunamente allegados a la controversia, como lo consagra el artículo 164 del ordenamiento procesal general, lo que significa que el sentenciador debe resolver sobre la viabilidad del derecho sometido a consideración, única y exclusivamente con sujeción a los medios probatorios que fueron solicitados, decretados y evacuados para soportarlo o desconocerlo, pues esta es su necesidad y finalidad.

En Sentencia SU 132 del 26 de febrero de 2002 la Corte Constitucional, expresó “(...) *si bien es cierto que la Constitución en su artículo 228 establece que en las actuaciones de la administración de justicia el derecho sustancial prevalece sobre las formas, también lo es que por el fin que éstas cumplen en relación con el primero, no pueden ser desconocidas sin fundamento alguno, ni consideradas como normas de categoría inferior. La finalidad de las reglas procesales consiste, entonces, en otorgar garantías de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional, como así lo ha expresado esta Corporación: ‘Una cosa es la primacía del derecho sustancial, como ya se explicó, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexecutable las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí’*”.



La prestación del servicio que exige el artículo 23 del ordenamiento positivo como elemento esencial del contrato de trabajo, es la personal -intuitu personae- que sólo es atributo de las personas naturales por existir en el espacio físico y del cual carecen las personas morales por cuanto sólo existen en el mundo jurídico, tal como lo establece el artículo 22 ibídem al consagrar que en el contrato de trabajo una persona natural se obliga a prestar un servicio a otra persona natural o jurídica, por esa razón con protección Superior dado el carácter tuitivo de los derechos mínimos del empleado como parte débil de la relación de trabajo.

Así las cosas, la acreditación de la prestación personal del servicio es una carga procesal de la activa, pero no es suficiente para endilgar que estuvo regida por contrato de trabajo, ya que al accionado a quien se le endilga la condición de empleador puede desvirtuar que no los prestó o que no fueron subordinados como elemento que lo caracteriza e identifica, de suerte que si así sucede, no produce efectos la presunción legal estatuida en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo para concluir que los servicios prestados se rigieron por contrato de trabajo.

Los medios de convicción, valorados conjuntamente bajo el principio científico de su sana crítica, al rompe deja al traste lo anhelado por el impugnante de la activa, ya que desde el inició de su jurada la demandante sostiene que su actividad la realizó en el Hotel Casa Gabriela “*donde yo trabaje*”, establecimiento de comercio de propiedad del convocado Luis Guillermo Durán Uribe, como lo deja en evidencia el certificado de matrícula de persona natural expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que resta eficacia a su afirmación que era propiedad de Luis Eduardo Durán, frente a quien se limita a sostener que iba al referido lugar, más no porque haya tenido trato con aquél, y confusamente refiere que se desplazaba a otros hoteles, bajo la infundada apreciación que Luis Eduardo Durán era propietario de todos ellos, que desvirtúa los certificados de



Cámara de Comercio aportados, y por cuenta de personas que no eran sus propietarios, bajo consideraciones que no fueron supuestos fácticos ni pretensiones de la demanda, lo que desdibuja prestación del servicio y sometimiento de trato subordinado frente a los demás convocados, de tal suerte que lo manifestado por la demandante al producirle consecuencias adversas y a su vez favorecer a los demás convocados que pretende enrostrarles la condición de empleadores, constituyen confesión a voces de lo previsto en el artículo 191 del Código General del Proceso, sobre la forma como se cumplió la actividad prestada, por lo tanto, suficiente para establecer la inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo que reclama el impugnante con ellos, pues en esas condiciones no le son aplicable la presunción prevista en el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo.

En ese derrotero, sí causa asombro que el impugnante de la activa insista en reclamar existencia de contrato de trabajo con todos los convocados, ya que, en esas condiciones, la versión de los testigos no puede dejar al traste la confesión de la demandante, menos aún, cuando aquellas sólo tuvieron conocimiento de la actividad realizada en el establecimiento de comercio Hotel Casa Gabriela de propiedad de Luis Guillermo Durán Uribe, ya que el señalamiento de realización de la misma actividad en otros hoteles, la basan en apreciaciones subjetivas, erradas y contradictorias, pues además de que no tuvieron conocimiento directo de esa situación, la suponen en la apreciación errada de que Luis Eduardo Durán era el propietario de todos ellos, cuando los certificados de Cámara de Comercio evidencian lo contrario, y no se acompañan con la versión de la propia accionante en su jurada, ni con sus propias versiones sobre la forma como la demandante realizó el servicio.

Continuando con la aplicación del principio de la carga de la prueba, la inconformidad del impugnante de la pasiva esta llamada al fracaso,



considerando que no obra ningún medio de convicción, siendo su carga procesal hacerlo, que derruya la presunción de existencia de contrato de trabajo, basando su planteamiento simplemente en apreciaciones subjetivas, pues si bien se adujo en las versiones el cumplimiento de turnos, esa situación no derruye la prestación del servicio, de la cual surge la presunción de existencia del contrato de trabajo como lo prevé el artículo 24 del ordenamiento positivo del trabajo, ya que siendo su carga probatoria no desplegó actividad probatoria para acreditar que en la realización de la actividad no hizo uso del poder subordinante por parte del beneficiario del servicio, aparejando consecuentemente, asumir su remuneración sobre el monto de un salario mínimo, ya que tampoco demostró que la actividad desplegada fue inferior a la máxima legal permitida.

En relación con el reparo del apoderado de la activa frente a la absolución por concepto de sanción por no consignación de cesantías, tiene vocación de prosperidad, considerando que, i) si el juzgado concluyó la vigencia del contrato de trabajo desde el 25 de diciembre de 2015 –aspecto no desconocido-, es apenas lógico que, por el interregno de vigencia del contrato de trabajo durante esa anualidad, surgía el reconocimiento proporcional de cesantías liquidadas a 31 de diciembre, debiendo consignarlas a un fondo antes del 15 de febrero de la anualidad siguiente, ya que su omisión trae como consecuencia, sanción de un día de salario por cada día de retardo; y ii) si bien este tipo de sanciones no es de aplicación automática, pues para ello debe observarse la conducta de la empleadora en su omisión, bien sea por la duda acerca de la obligación o la existencia del vínculo que la origina, también lo es que al interior de la causa no obra elemento argumentativo, por lo tanto, ausencia probatoria que justifique haber actuado de buena fe.

Conforme lo anterior se condena al demandado Luis Gabriel Durán Medina, a cancelar al demandante la suma de \$6'765.675.00 a título de sanción por



no consignación de cesantías a un fondo, que corresponde al periodo 15 de febrero de 2016 al 31 de diciembre de 2016, cuando feneció el contrato, sobre el monto del salario mínimo legal del año 2015 que ascendió a \$644.350.00.

En relación con la inconformidad del impugnante de la pasiva sobre la condena irrogada por concepto de indemnización moratoria, lo primero que llama la atención es el error de apreciación jurídica en que incurre, ya que de acuerdo con lo sostenido por el Máximo juez del trabajo en reiterada y pacífica jurisprudencia frente al tema, la indemnización por falta de pago prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002 <<criterio aplicable a cualquier sanción prevista en el ordenamiento positivo del trabajo>> no es de aplicación automática e inexorable, por cuanto se debe valorar en cada caso la conducta de la empleadora, no significa como lo entiende el apelante, que para su imposición tenga que probarse mala fe en el no importe o pago incompleto o tardío de salarios y prestaciones generados a la terminación del contrato de trabajo, pues ello implicaría afirmar que el trabajador tendría que hacerlo, lo cual no es cierto, pues la norma en mención consagra un derecho y una correlativa obligación, el primero a favor del empleado, percibirlos a la terminación del vínculo, la segunda, a cargo del empleador, cancelarlos en esa misma oportunidad y no en otra, a menos que así lo acuerden las partes o lo autorice la ley, y en esos términos quien debe discurrir las situaciones que dieron lugar al incumplimiento de esa obligación que le impone la ley y afrontar la carga probatoria, es única y exclusivamente la empleadora, pues con base en ellas el juez valora y establece la conducta asumida por éste, posición sostenida en forma reiterada y pacífica por la Sala Laboral de la Corte. Como así no acontece, pues como se indicó al resolver la procedencia de la sanción anterior, al interior de la causa no obra elemento argumentativo, por lo tanto, ausencia probatoria que justifique que la empleadora actuó de buena fe en la omisión



de su obligación, razón suficiente para mantener incólume la condena impuesta por el aludido concepto.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

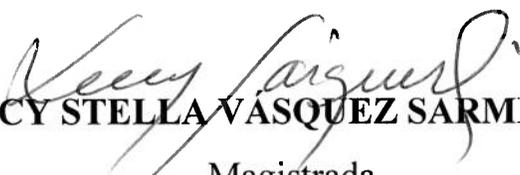
### RESUELVE

**PRIMERO.- ADICIONAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, **CONDENANDO** a Luis Guillermo Durán Uribe a pagar al demandante la suma de \$6'765.675.00 por concepto de sanción por no consignación de cesantías a un fondo.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** en todo lo demás objeto de inconformidad para los impugnantes.

**TERCERO.-** Costas de instancia a cargo del demandado Luis Guillermo Durán Uribe, inclúyase la suma de \$500.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Esta sentencia se notificará por Edicto.

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada



  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 004 2020 00007 01 Proceso Ordinario  
Apelación de sentencia Edmundo Florez Peñaranda contra  
Administradora Colombiana de Colpensiones y Otra.**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el día 21 de septiembre de 2021.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su afiliación con la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Horizonte, hoy Porvenir S.A., así como de las afiliaciones que se produjeron con posterioridad; y que



como consecuencia de ello se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se tenga como afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado.

Como sustento de sus pretensiones, expresó en esencia, que nació el 13 de abril de 1954 y se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad a comienzos del año 1995 con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., que en el año 1999 se trasladó a la AFP Colmena, hoy Protección S.A. y a finales del año 2000 a la AFP Porvenir S.A.; siendo estos quienes se encuentra en la obligación de demostrar que cumplieron con el deber de ofrecerle una información pertinente, veraz, oportuna y suficiente respecto del cambio de régimen.

Indica que la AFP Porvenir realizó una simulación pensional bajo la modalidad de retiro programado, en la cual proyectó el valor de su mesada pensional para el año 2019 en cuantía de \$828.116,00; y que al realizar la simulación pensional en el régimen de prima media, el valor de la pensión correspondería a la suma de \$3'357.780,00.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones<sup>1</sup> argumentó que el demandante se encuentra válidamente afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad al no demostrarse la existencia de algún vicio en el consentimiento que afecte su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional. 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, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, entre otros.

---

<sup>1</sup> Cfr fls 63 a 79.



Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.<sup>22</sup> adujo que la afiliación del demandante con la AFP Horizonte fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como quedó consignado en el correspondiente formulario de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, compensación e inexistencia de la obligación.

En similar sentido la AFP Protección S.A. indicó que el acto de traslado es válido, existente y exento de vicios del consentimiento, y que en el formulario de afiliación quedó consignado que dicho acto se realizó de forma libre y voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones que denominó inexistencia de a obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, el *aquo* declaró la ineficacia del acto de traslado del demandante en el mes de abril de 1995 con la AFP Porvenir S.A., como consecuencia de ello declaró que el demandante siempre estuvo afiliado en el régimen de prima media con prestación definida, y la condenó a devolver a Colpensiones las sumas que percibió por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, y comisiones de seguro debidamente indexadas por el periodo en la demandante permaneció afiliado; así mismo ordenó a la AFP Protección S.A. devolver a Colpensiones las sumas que percibió por concepto de gastos de administración y comisiones de seguro debidamente indexadas; y ordenó a Colpensiones aceptar sin ninguna dilación dicho traslado.

Inconformes con la determinación los apoderados de las demandadas AFP Porvenir, AFP Protección y Colpensiones interpusieron recurso de apelación los cuales les fueron concedidos.

---

<sup>22</sup> Cfr fls 106 a 129.



## FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de la AFP Porvenir S.A. solicita se revoque la decisión de primera instancia, en tanto que el demandante obtuvo de parte de su representada una asesoría precedente a la solicitud del formulario de afiliación, razón por la que el demandante sí contó con una información previa para ejercer el libre derecho de escogencia de régimen pensional.

Afirmó que para el momento en que se produjo el traslado de régimen pensional, la única prueba que se exigía era la suscripción del formulario de afiliación, en tanto que la exigencia de dejar documentada la asesoría nació a la vida jurídica con posterioridad y que por tal razón se le impuso a su representada cargas distintas a las existentes legal o jurisprudencialmente.

Adujo en el mismo sentido que a pesar de ser una prueba fehaciente no se tuvo en cuenta la suscripción del formulario de afiliación por parte del demandante, a pesar de que no fue tachado de falso por la parte actora y que por dicha razón se entiende auténtico en los términos previstos en el Código General del Proceso.

Sostuvo que aunado a ello el demandante firmó el formulario de afiliación en más de una oportunidad, puesto que generó diferentes traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, sin que hubiera hecho uso del derecho de retracto, ratificando de dicha forma su decisión de permanecer el RAIS y efectuando actos de relacionamiento.

Agregó que de un lado, que se está generando la ineficacia de traslado a pesar de la prohibición legal contenida en la Ley 797 de 2003, que no obedece a un capricho del Legislador, sino al principio de sostenibilidad financiera; y de otro, que si bien existen unos deberes a cargo de las AFP, también existen unos deberes u obligaciones a cargo del futuro afiliado, como lo es el deber



de solicitar información acerca del formulario de afiliación o informarse respecto del mismo de acuerdo con lo que para el efecto prevé el Decreto 2555 de 2010, emanado de la Superintendencia Financiera.

Concluye en tal sentido que su mandante no ha atentado con el derecho a la libre escogencia del demandante y que incluso de acuerdo con lo que para el efecto establece la Ley 100 de 1993 no podía negar la solicitud de afiliación o vinculación.

De otra parte aduce que la condena impuesta en contra de su representada por concepto de gastos de administración, valores por comisiones y cuotas de reaseguro, desconoce el contenido del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, así como el concepto de la Superintendencia Financiera de Colombia, en donde se indica cuáles son los valores retornar en caso de una ineficacia del traslado.

Señala en el mismo sentido que estos cobros se generan en virtud de una cobertura brindada y que fueron transferidos a terceros ajenos de buena fe; como lo son las aseguradoras; y que por tal razón constituyen un enriquecimiento injustificado a favor de Colpensiones y del demandante.

Sostuvo que en tanto dichas sumas no financian la pensión dado que también se causan en el régimen de prima media con prestación definida, es procedente declarar frente a las mismas la excepción de prescripción.

Finalmente en relación con la condena en costas, solicita se extienda a Colpensiones como parte vencida dentro del proceso de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 365 del C.G.P. y lo expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013.



Por su parte el apoderado de la AFP Protección solicitase revoque la decisión relativa a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, en tanto que son descuentos autorizados por la Ley 100 de 1993 y que opera en ambos regímenes.

Solicita se tenga en cuenta que dentro del expediente obra el certificado de los rendimientos en la cuenta de ahorro individual del demandante, en la que se demuestra que por los buenos manejos se generaron rendimientos y que los mismos fueron trasladados posteriormente con ocasión a la nueva afiliación a la AFP Porvenir; motivo por el que su representada tiene derecho a conservarlos en virtud de las restituciones mutuas.

Señala que ordenar la devolución de tales sumas constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al recibir unos valores que ni siquiera se destinan a financiar la pensión del demandante.

Agrega que para los asuntos de ineficacia la Superintendencia Financiera ha determinado que se debe tener en cuenta lo que establece el Decreto 3995 de 2008 en su artículo 7°, esto es, los valores que se deben trasladar en los casos de traslado de régimen, respetando la destinación de los aportes pensionales para la buena gestión y administración realizada por los fondos privados; y que la prima de seguro previsional ya fue girada mes a mes a la aseguradora frente al caso de existir un siniestro de sobrevivencia o invalidez, encontrándose su representada imposibilitada para efectuare su devolución.

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión de primer grado y se absuelva a su representada en tanto que de acuerdo con el interrogatorio de parte y las pruebas documentales allegadas al proceso se establece que existió no un error de hecho sino de derecho el cual se subsanó con el tiempo, no solo por la voluntad que fue plasmada al momento de suscribir el



formulario de afiliación sino por su vocación de permanencia en el régimen de ahorro individual.

Afirma que el demandante se encuentra dentro de la prohibición establecida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003, teniendo en cuenta que él mismo solicitó la nulidad y el traslado, cuando tenía 65 años de edad.

Agrega que de acuerdo con el interrogatorio de parte no existió un vicio en el consentimiento por el cual deba invalidarse la afiliación, puesto que de la misma se extrae que fue voluntaria y libre de presión.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas las siguientes.

### **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.



Al respecto es del caso tener en cuenta que contrario a lo que plantean las recurrentes, la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación de los Fondos de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, de allí que no sean de recibo los planteamientos expuestos por los recurrentes.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>3</sup>, posición que fue

<sup>3</sup> “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

*"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."*

*Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adocinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".*



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional; de igual forma es importante recalcar que en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

---

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

*En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”*



En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., al momento del traslado debió dar a conocer al demandante las posibilidades del futuro de su derecho pensional, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas; exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Pues, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y



oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación efectuada a la AFP Horizonte a partir del 1° de abril de 1995, y como consecuencia de ello las afiliaciones que se realizaron con posterioridad, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

En este punto es del caso tener en cuenta que si bien el demandante se trasladó al interior del régimen de ahorro individual en dos oportunidades, tal como se advierte en el historial de certificaciones expedido por Asofondos; contrario a lo que plantea las apoderadas de la AFP Porvenir y de Colpensiones en la alzada, ello en modo alguno permite concluir que hubiere convalidado la eficacia del acto del traslado, conforme ha tenido oportunidad de adoctrinarlo la máxima Corporación de Justicia Laboral, en la sentencia SL2877 de 2020, en la que advirtió que los traslados que se efectúen con posterioridad dentro del mismo régimen no aparejan la ratificación de la decisión de cambio de régimen.



Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante continúa afiliada a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Protección S.A. se encuentra a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con



oportunidad a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si siempre hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Finalmente, en lo que respecta a la imposición de condena en costas en contra de Colpensiones, si bien no se desconoce al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP la parte vencida es quien asume su pago; a juicio de la Sala no puede desconocerse el hecho de que la condena en contra de Colpensiones deviene de la ineficacia de un acto en el que ni siquiera participó y que su oposición la funda en la defensa económica del propio régimen que



administra, de manera que a juicio de la Sala no resulta procedente hacerle extensiva dicha condena.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

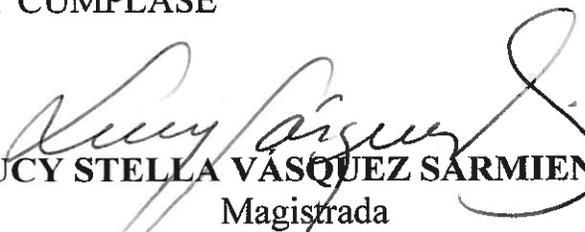
### **RESUELVE**

**PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral el Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** lo demás la decisión de primer grado.

**TERCERO.- COSTAS.** Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada



*Lilly Yolanda Vega Blanco*  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

*Luis Agustín Vega Carvajal*  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Solvo voto  
parcial*



*República de Colombia*

## **TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

### **ACTA DE SALA**

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

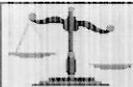
Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

<b>Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-006-2019-00181-01. Proceso Ordinario de Emmer David Santamaría Bohórquez contra Colpensiones (Consulta Sentencia).</b>
--

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 6° Laboral del Circuito de Bogotá, el 9 de junio de 2021.

#### **ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene a Colpensiones y a la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público a reconocer y pagar la mesada 14 a partir del 1° de marzo de 2003, fecha en la cual Colpensiones suspendió el pago de la mesada adicional, junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, frente a la falta de pago de la mesada 14, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso.



Como fundamento de las pretensiones, señaló que laboró al servicio del banco Central Hipotecario por el período comprendido entre el 1° de diciembre de 1978 y el 9 de agosto de 1999, entidad que le reconoció pensión de vejez a partir del 10 de agosto de 1999, mediante Acta de Conciliación No. 1253; que en el año 2003 se conmutaron las pensiones reconocidas por el BCH con el Instituto de Seguros Sociales, asumiéndose el pago de la mesada pensional por la entidad bancaria hasta el 28 de febrero de 2013; que mediante resolución GNR 032614 de 2013 Colpensiones asumió el pago del 100% de la mesada que venía disfrutando el actor, a partir del 1° de marzo de 2013, en cuantía inicial por la suma de \$1.401.287; que asumido el pago de la prestación por Colpensiones, dicha entidad suspendió el pago de la mesada 14 que venía percibiendo el actor desde hace 13 años, 6 meses y 18 días; que se elevó solicitud ante Colpensiones para el pago de la mesada 14 el 1° de junio de 2015, la que fue resuelta de forma desfavorable mediante resolución GNR 232741 de 2015; que la anterior petición fue reiterada el 27 de enero de 2016, siendo negada nuevamente mediante acto administrativo GNR 365101 del 2 de diciembre de 2016.

La *aquo* absolvió a las encartadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, por cuanto los requisitos para el reconocimiento del derecho pensional se configuraron el 1° de marzo de 2013, encontrándose por fuera de lo dispuesto en el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que para la concesión de la mesada 14, era menester acreditar los mismos antes del 31 de julio de 2011, por lo que absolvió de los pedimentos del libelo demandatorio.

**GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**



En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la parte actora, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

### CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho de que no fue objeto de discusión en el proceso que al demandante le fue reconocida pensión de vejez temporal, anticipada y voluntaria por parte del entonces Banco central Hipotecario, así como que es beneficiario del régimen de transición, y que por virtud de ello le fue reconocida la prestación pensional en forma directa por COLPENSIONES con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad, el problema jurídico a resolver en esta segunda instancia está relacionado con determinar si es o no procedente el reconocimiento de la mesada pensional número 14 y de ser cierto el anterior planteamiento, establecer si es procedente el pago de los intereses moratorios reclamados y la indexación de las condenas.

De acuerdo con lo anterior, la mesada número 14 se encuentra regulada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993<sup>1</sup>, en la que se indicó que el pensionado tendría derecho a una mesada adicional equivalente a 30 días de

---

<sup>1</sup> **ARTÍCULO 142. MESADA ADICIONAL PARA PENSIONADOS.** Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.



pensión que sería pagada en los meses de junio con la mesada pensional ordinaria, a partir del año 1994.

No obstante lo anterior, con la expedición del A.L. 01 de 2005, se impuso una limitante al reconocimiento de la mesada adicional del mes de junio de cada anualidad, por cuanto en el mismo se indicó:

*"Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento".*

Sin embargo, la misma normatividad trata la posibilidad de extender tal beneficio al 31 de julio de 2011, para quienes causen el derecho pensional con anterioridad a dicha data y además, devenguen una mesada pensional inferior a los 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes<sup>2</sup>.

En ese orden de ideas, se encuentra que el estatus de pensionado fue acreditado por el señor Emmer David Santamaría Bohórquez el 10 de enero de 2013, fecha en la cual acreditó los 60 años de edad que exigía el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 y para cuya data contaba con más de 1.469 semanas cotizadas, por lo que no es posible el reconocimiento de la mesada número 14, ya que el Acto Legislativo 01 de 2005 fue expedido el 25 de julio de 2005; aunado a lo anterior, por cuanto si bien se extendió la posibilidad del reconocimiento de la mesada 14 hasta el 31 de julio de 2011, también lo es, que tampoco se acreditaría dicho presupuesto, en el sentido

---

<sup>2</sup> "Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año".



que el estatus de pensionado se adquirió hasta el 10 de enero de 2013, por lo que no es posible acceder a la pretensión elevada.

Ahora bien, es necesario precisar que si bien el actor se encontraba pensionado por parte del Banco Central Hipotecario desde el 10 de agosto de 1999, también lo es, que la prestación reconocida por la entidad bancaria es diferente a la concedida por Colpensiones, en el entendido que la naturaleza de la primera es de carácter temporal, anticipada y voluntaria hasta tanto se reconociera la prestación por parte de la administradora de pensiones, mientras que la segunda, es de origen o naturaleza legal previo cumplimiento de los requisitos establecidos en la norma vigente, por lo que no podría hacerse extensible la mesada 14 que se le venía reconociendo al actor producto del acta de conciliación, a la que fue reconocida mediante el acto administrativo GNR 032614 del 11 de marzo de 2013.

Aunado a lo anterior, se debe señalar que incluso de aceptarse la postura expuesta por la parte actora, se encuentra una limitante frente al pago de dicha mesada adicional, en el entendido que en el numeral 11 del acuerdo conciliatorio se estableció lo siguiente:

*“11. Por tratarse de una pensión absolutamente temporal y voluntaria, en el evento de que el Instituto de Seguros Sociales le reconozca una mesada pensional inferior a la que venía reconociendo el Banco, éste no se obliga de ninguna manera a asumir diferencia alguna.”.*

Así las cosas, se advierte que en caso bajo estudio, desde el momento en que se reconoció la pensión voluntaria por el BCH, se indicó por las partes que en caso de generarse diferencia alguna entre las mesadas pensionales, no se impondría a la entidad bancaria al pago de diferencia alguna, por lo



que tampoco se dejó sentado compromiso alguno del entonces ISS hoy Colpensiones, de reconocer la prestación en los mismos términos que se estaban pagando, debiéndose confirmar la decisión absolutoria de primer grado.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las Costas de primera instancia estarán a cargo del demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia. **COSTAS.** Sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta y las de primera estarán a cargo del actor. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado

*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110-01-31-05 009 2017 00662 02. Proceso Ordinario de Francisco José Cavanzo Cadena contra Colpensiones (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para proferir decisión dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida el 7 de noviembre de 2018, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá.

**ANTECEDENTES:**

El accionante solicitó mediante el trámite de un proceso ordinario laboral, previa declaración de que tiene derecho al reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% sobre el salario mínimo mensual legal vigente por su cónyuge, respecto de sus catorce mensualidades pensionales desde la fecha de reconocimiento del derecho pensional; se condene a la demandada al pago de las mismas en forma indexada junto con los intereses desde la fecha de ración de la reclamación administrativa.



Como sustento de sus pretensiones indicó en esencia que el entonces Instituto de Seguros Sociales reconoció en su favor pensión de vejez mediante Resolución 010956 de 1999, dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 por remisión expresa del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Señala que contrajo matrimonio con la señora Isabel Ramírez de Cavanzo, quien no tiene un ingreso o renta y es beneficiaria salud de él

La *aquo* condenó a la entidad demandada al reconocimiento y pago de los incrementos pensionales deprecados a partir del 1° de junio de 1999 y mientras subsistan las causas que le dieron origen, al considerar en esencia que se encontraban acreditados los supuestos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990 para su reconocimiento; sin embargo, declaró probada en forma parcial la excepción de prescripción.

Iniciado el trámite del proceso ejecutivo, esta Corporación mediante providencia del 31 de julio de 2020 declaró la nulidad de lo actuado con posterioridad a la sentencia a efectos de que se surta el grado jurisdiccional de consulta, conforme lo impone el artículo 69 del C.P.T. y S.S., en cuanto la decisión de primer grado fue adversa a la entidad demandada.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

Partiendo del hecho de que no fue objeto de discusión entre las partes que al demandante le fue reconocida pensión de vejez por el Instituto de Seguros



Sociales mediante la Resolución 010956 de 1999, con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990 en condición de beneficiario del régimen de transición que prevé el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; corresponde a la Sala determinar si resulta o no procedente el reconocimiento y pago del incremento pensional del 14% y en caso afirmativo, establecer el momento de su exigibilidad, así como, proceder con el estudio del medio exceptivo de la prescripción.

En punto a la vigencia de los incrementos por persona a cargo corresponde indicar que si bien es cierto que, con posterioridad a la publicación de la sentencia SU 140 de 2019, la Sala en forma mayoritaria se apartó respetuosamente del criterio allí expuesto por la H. Corte Constitucional, al considerar que en la referida decisión se había abordado el análisis de un punto pacífico en la jurisprudencia sentada por la máxima Corporación de Justicia Laboral; en cumplimiento de fallo de tutela la Sala en forma mayoritaria rectificó su postura mediante sentencia del 4 de marzo de la presente anualidad, para en su lugar adoptar el criterio sentado por la H. Corte Constitucional, en tanto al margen del aspecto formal se acogen los razonamientos de fondo para considerar que los referidos incrementos por persona a cargo fueron derogados con ocasión a la expedición de la Ley 100 de 1993, los que por demás se soportan en un profuso análisis de la jurisprudencia existente en punto al régimen de transición. Al punto se señaló en la referida decisión:

*“Ahora bien, como ya se dijo, con la promulgación de la Ley 100 de 1993 el sistema de pensiones hasta entonces vigente sufrió una transformación sustancial cuyo carácter exigió el establecimiento de un régimen de transición que regulara la conversión del sistema anterior al nuevo que lo reemplazó (supra 2.10). Se insiste en que esta transición legislativa partió de la base de que si bien el legislador tenía la facultad de transformar el sistema de pensiones, el cambio inherente a tal mutación no podía afectar desproporcionadamente a aquellas personas que ya se hubieren hecho a derechos pensionales de vejez o, más especialmente, a una expectativa*



*legítima, de corto plazo sobre los requisitos que debían cumplir para acceder a dicha pensión en las condiciones previstas por el régimen anterior.*

*3.2.7. Ciertamente, si no hubiera existido la derogatoria orgánica del sistema pensional anterior a la Ley 100, no habría existido la necesidad de prever un régimen de transición cuyo objeto consistió en establecer un mecanismo para valorar las expectativas de las personas que, no habiendo todavía llegado a adquirir el derecho de pensión bajo el sistema pensional anterior, se enfrentaban a un trascendental cambio normativo que podía afectar su proyecto de vida en el mediano plazo, en forma desproporcionada frente de la situación de aquellos que se hallaban al inicio de su vida. No sin razón, según la jurisprudencia, uno de los propósitos de los regímenes de transición legal es el de **'salvaguardar las aspiraciones de quienes están cerca de acceder a un derecho específico de conformidad con el régimen anterior'** (Énfasis fuera de texto); o, en palabras recientes de la Corte que refieren puntualmente al caso sub examine: **'el régimen de transición busca primordialmente evitar que quienes tenían a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, una legítima expectativa de acceder en un corto plazo a la pensión de vejez, dejen de tener acceso a la misma por nuevas condiciones y requisitos consagrados en la normativa que entra a regir. Así que protege, en primer lugar, el acceso a la pensión manteniendo los requisitos previamente consagrados (edad y tiempo de servicios o semanas cotizadas) y, además, una garantía mínima de continuidad en lo que se esperaba recibir, esto es, el monto de la pensión.'***

*3.2.8. Con dicho propósito, la Ley 100 de 1993 dispuso la ultractividad de unos determinados aspectos del sistema pensional anterior, para ciertas personas y por cierto tiempo, protegiendo las expectativas legítimas de tales personas en tanto éstas se refirieran exclusivamente a la adquisición del derecho a la pensión. La Ley 100 previó entonces que algunas normas del sistema pensional anterior conservaran su vigencia, solamente para algunas personas que el legislador concibió como susceptibles de haber ya adquirido una expectativa legítima en cuanto a las características de la pensión que eventualmente adquirirían en un mediano plazo.*

*(...)*

*3.2.11. En suma, si cupiere duda sobre la derogatoria orgánica que, por virtud de la expedición de la Ley 100, sufrieron los incrementos que en su momento previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, tal derogatoria se encontraría confirmada con la consagración de un régimen de transición que se diseñó para proteger las expectativas legítimas exclusivamente respecto del derecho a la pensión, pero que no llegó a extenderse a derechos extra pensionales accesorios de dicha pensión, más aún cuando –como sucede con los*



*incrementos que prevé el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 no fueron dotados de una naturaleza pensional por expresa disposición del subsiguiente artículo 22 ibíd.*

*3.2.12. La claridad de lo atrás expuesto no se opone a que la Corte explique las razones por las cuales resulta inadmisibile cualquier argumentación dirigida a apoyar la vigencia del referido artículo 21 del Decreto 758 de 1990 con fundamento en que en el subsiguiente artículo 22 se señaló que el derecho a los incrementos previstos en el artículo 21 “subsiste mientras perduren las causas que les dieron origen”.*

*(...)*

*3.2.16. Finalmente, ha de indicarse que los incrementos pensionales previstos por el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 –esto es, los incrementos “por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”- corresponden a uno de los aspectos del antiguo sistema de seguridad social que el Legislador abandonó por no adecuarse a los ideales de justicia contemporáneos (ver jurisprudencia citada en supra 3.1.3.), a que sí pertenece la noción de economía de cuidado.*

*En efecto, en desarrollo de la obligación de adoptar una perspectiva de género dentro de las actuaciones judiciales, particularmente en procura de hacer efectiva la igualdad material de las mujeres, por ser un hecho socialmente notorio la Corte es consciente de que los cónyuges o compañeros permanentes de que trata el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 mayoritariamente corresponden a los integrantes femeninos de la pareja familiar. Ciertamente, aunque en Colombia el acceso a un empleo formal por parte de las mujeres es relativamente bajo respecto de dicho acceso por parte de los hombres, los niveles de empleo generales sí varían significativamente entre ambos sexos, favoreciendo a los hombres respecto de las mujeres en una relación de 74% a 51% para 2017[173].*

*La anterior situación es consecuencia de una pluralidad de factores que no están necesariamente asociados a la condición femenina pero que sí favorecen mayores índices de empleo formal por parte de la población masculina, con el consecuente mayor índice de cotización masculina al sistema de seguridad social pensional. Por el contrario, una gran parte de las mujeres se desempeña en labores asociadas a la economía del cuidado; esto es, según la definición del artículo 2° de la Ley 1413 de 2010, la economía que corresponde “al trabajo no remunerado que se realiza en el hogar, relacionado con mantenimiento de la vivienda, los cuidados a otras personas del hogar o la*



*comunidad y el mantenimiento de la fuerza de trabajo remunerado. (...)”. De hecho, de acuerdo con la Cuenta Satélite Economía del Cuidado elaborada por el DANE en cumplimiento de la referida Ley 1413 de 2010, para 2013 “la contribución no remunerada de las mujeres alcanza 16,3% del PIB y la de los hombres 4,1%, situación que refleja el aporte diferencial de unas y otros”.*

*En vista de lo anterior, se observa que los incrementos previstos en el literal b) del artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron diseñados para ser mayoritariamente aplicables a las pensiones de los miembros masculinos de la pareja familiar, sin que existiera norma alguna que efectivamente le permitiera a los integrantes femeninos de dicha pareja el directo usufructo, incidencia o inversión de los recursos provenientes de dicha pensión, más gravemente, cuando la economía del cuidado requiere de recursos efectivos para funcionar. Es decir, el diseño legislativo de los incrementos pensionales de marras favorece la discriminación de la mujer que, con su aporte a la economía del cuidado, tuvo una participación más que relevante en el sostenimiento del hogar; razón más que suficiente para que la Corte considere que tal norma debe ceder ante otras más acordes a la vida social contemporánea como parcialmente lo regula la pensión familiar que consagra la Ley 1580 de 2009 o, eventualmente, puede desarrollar el Legislativo con fundamento en la última parte del inciso 11 del artículo 48 superior.*

*Lo expuesto hasta el momento es suficiente para que la Corte no vacile en sostener que desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, los incrementos previstos por el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico y sólo conservan efectos ultractivos para aquellos que se hicieron a ellos durante la vigencia de los mismos.”*

Dando alcance al criterio jurisprudencial en cita al caso objeto de estudio, considera la Sala, que no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales deprecados, en tanto, como se advirtió, si bien al demandante se le reconoció la prestación de vejez conforme con el Acuerdo 049 de 1990, ello fue en virtud de la aplicación del régimen de transición, el que tal como lo dice el criterio jurisprudencial en cita, no se previó para los incrementos pensionales por persona a cargo.



En las condiciones analizadas, no resta más que revocar la determinación adoptada por la servidora judicial de primer grado, para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin condena en costas en las instancias.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE:**

**REVOCAR** la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de noviembre de 2018, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones. **COSTAS**. Sin lugar a su imposición en las instancias.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Solvo voto*



**República de Colombia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 014 2015 00927 02. Proceso Ordinario de Javier Malavera Daza contra Guillermo Emiro Perilla. (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de octubre de 2019.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto y en el acta se deja una reseña de los antecedentes.

#### **ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de la existencia de un contrato de mandato en virtud del cual fungió la condición de mandatario del demandado, que éste es responsable de los perjuicios que se le irrogaron por la injusta y



sorpresiva revocatoria del poder dentro del trámite judicial, y que tiene derecho al reconocimiento y pago de los honorarios profesionales que fueron pactados en un 30% de las sumas que resultaran a favor del demandante, más las agencias en derecho; se condene a la parte demandada al pago de lo que resulte probado.

Como sustento de sus súplicas afirmó en esencia que el demandado contrató sus servicios profesionales para el análisis, estructuración y adelantamiento del proceso judicial tendiente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por alto riesgo; con honorarios equivalentes al 30% del valor que recaudara en el proceso.

Indicó que el 16 de mayo de 2013 presentó acción ordinaria laboral, la cual correspondió por reparto al Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, en donde se le asignó el número de radicado 2013 352, y se profirió sentencia el 30 de septiembre de 2014, en la que se condenó a la demandada.

Informó que, en el trámite del recurso de apelación interpuesto por la demandada, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá dejó sin efecto el auto del 20 de enero de 2015 mediante el cual se había admitido el recurso por considerar que la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral no era la competente para conocer el asunto y ordenó su remisión al Juez Administrativo.

Afirmó que el asunto fue repartido al Juzgado 22 Administrativo de Oralidad, el que mediante auto del 5 de mayo de 2015 inadmitió la demanda a efectos de que se adecuara su presentación; sin embargo, el demandado sorpresivamente y en forma injustificada otorgó poder a otra abogada quien lo aceptó sin respetar sus derechos como abogado revocado.



Refirió que a pesar de la gestión realizada no le han cancelado los honorarios profesionales pactados.

En tanto que una vez notificado el demandado no dio respuesta a la demanda oportunamente, mediante providencia del 2 de mayo de 2017 el Despacho Judicial de primer grado tuvo por no contestada la demanda.

La *aquo* absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que en los términos en que se acordó en el contrato de prestación de servicios no se demostró la causación de los honorarios reclamados.

Inconforme con la anterior determinación el apoderado del demandante recurso de apelación.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Aduce el recurrente que la sentencia de primer grado dejó de lado un aspecto sustancial y el objeto principal del contrato de prestación de servicios profesionales celebrado entre las partes, cual era, la protección de los derechos del demandado respecto de la pensión especial y que tal labor fue cumplida por su mandante hasta el momento en que le fue revocado el poder.

Señala que si bien es sabido que en virtud de la declaratoria de falta de competencia el proceso debe remitirse a la que se considera competente, pero que en ninguna parte se indica que se deba conferir un nuevo poder, tanto así que en el presente asunto el Juzgado Administrativo nunca exigió



que se otorgara nuevo poder, sino que en el auto mediante el que inadmitió la demanda le reconoció personería para actuar a favor del aquí demandado.

Sostiene que no se trata tanto de la jurisdicción ante la cual se debería gestionar o ante la cual se debería proteger los derechos pensionales por vejez por alto riesgo del demandado, sino la realización de toda la gestión profesionales y el trámite correspondiente para lograr su debida protección; porque los aspectos formales de los procesos en cuanto a la discusión de la competencia, hacen que lo que el profesional trabaje no resulte remunerado, lo que a su juicio es injusto, máxime cuando el trabajo en todas sus modalidades tiene una especial protección constitucional.

Señala que en el contrato se refirió que era el proceso ordinario laboral ante los juzgados laborales del circuito, debido a que en criterio no solo del Dr. Javier Malavera, sino de muchos litigantes es esa la jurisdicción competente para adelantar esas pretensiones, y que otra cosa muy diferente es que ese criterio no lo compartiera el Tribunal, porque en todo caso no se anuló totalmente el proceso, sino que el mismo siguió surtiendo sus efectos frente al proceso administrativo.

Afirma que la sentencia no acierta al indicar que el contrato no terminó con la revocatorio sino por el agotamiento del objeto, aspecto que a su juicio debe ser examinado en esta instancia, porque cuando el demandado constituyó un nuevo apoderado revocó el poder conferido al Dr. Malavera, de acuerdo con lo que al efecto establecía el Código de Procedimiento Civil y lo prevé actualmente el Código General del Proceso; motivo por el que sí obró en favor del otrora demandante.

Concluye que por lo anterior la sentencia de primer grado merece ser revocada máxime cuando el derecho pensional del demandado se benefició de



la actuación realizada por el Dr. Javier Malavera en la jurisdicción ordinaria laboral.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver lo pertinente previas las siguientes consideraciones.

### **CONSIDERACIONES**

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 66A del C.P.T. y S.S. el análisis de la Sala se circunscribe a determinar si el demandante en virtud del contrato de prestación de servicios profesionales que suscribió con el demandado, tiene derecho al reconocimiento y pago de los honorarios reclamados.

Con tal propósito corresponde señalar que no es objeto de discusión entre las partes la suscripción de un contrato de prestación de servicios el 2 de noviembre de 2012, en virtud del cual el demandante se obligó a iniciar, tramitar y terminar proceso ordinario laboral para el reconocimiento y pago de pensión especial por actividades de alto riesgo; aspecto que por demás se establece del referido documento visible a folio 2 del plenario.

Ahora bien, tampoco es objeto de discusión, e igualmente se puede establecer dentro del expediente, que el demandante promovió a favor del demandado proceso ordinario laboral en contra de la Administradora Colombiana de Pensiones –Colpensiones- con el objeto de obtener el reconocimiento y pago de la pensión especial por alto riesgo a partir del 27 de marzo de 2010, junto con los intereses de mora por el no pago oportuno a favor del ahora demandado; asunto que en primera instancia fue favorable a sus intereses; sin embargo, en el trámite del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, mediante providencia proferida el 9 de febrero de 2015 el Magistrado Ponente a quien le fue asignado el conocimiento del recurso,



declaró la falta de competencia y ordenó la remisión del asunto a los Jueces Administrativos de Bogotá.

En el mismo sentido no se discute entre las partes y se verifica con la documental visible a folios 260 a 266, que una vez se asignó el conocimiento del proceso al Juzgado 23 Administrativo de Bogotá y éste profirió la providencia mediante la cual inadmitió la demanda para que se adecuara; el entonces demandante confirió poder a otra abogada.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que interesa al fondo del asunto, para determinar si resulta o no procedente el reconocimiento de los honorarios reclamados, considerar la Sala oportuno remitirse al contenido del contrato suscrito entre las partes, en cuya cláusula primera se acordó:

*“Objeto.- El ABOGADO, de manera independiente, es decir, sin que exista subordinación jurídica, utilizando sus propios medios prestará asesoría jurídica al contratante en los siguientes asuntos: 1.- Inició, trámite y terminación de un PROCESO ORDINARIO LABORAL ante los Juzgados Laborales del Circuito de Bogotá, para el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por alto riesgo a que tiene derecho el señor GUILLERMO EMIRO PERILLA LÓPEZ, desde el día 27 de marzo de 2010, junto con el retroactivo pensional por parte del Instituto de Seguros Sociales y/o la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, así como los intereses moratorios e indexación que pudiere corresponder. Así mismo el objeto del presente contrato se hace extensivo al adelantamiento del PROCESO EJECUTIVO ha (sic) que haya lugar con ocasión de las condenas derivadas del proceso ordinario laboral.”*

Y en punto a los honorarios en la cláusula segunda acordaron:

*“Honorarios y Gastos Procesales.- El abogado, se compromete para con el CONTRATANTE, a adelantar fiel y diligentemente el proceso descrito en la cláusula anterior. A su vez, el CONTRATANTE pagará, por concepto de honorarios, el equivalente al 30% de las sumas resultantes del proceso ordinario*



laboral, como del posterior ejecutivo, tanto del capital como de intereses, incluyendo por supuesto el retroactivo hasta el momento en que se haga el pago por parte del Instituto de Seguros Sociales /Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, esto incluye lo que haya recibido como indemnización sustitutiva y aun en el evento de que se declare la compensación. Asimismo, acuerdan las partes que los gastos que se originen con ocasión del presente proceso, correrán por cuenta del CONTRATANTE, entregándose como anticipo para el desarrollo de la labor descrita la suma de...(\$500.000,00), a la firma del presente contrato. Queda plenamente entendido que las costas y agencias en derecho serán a favor del abogado. Asimismo, se acuerda que la presente remuneración es a cuota litis, es decir, si en el proceso no se obtiene éxito, el Abogado no recibirá remuneración. El abogado está autorizado para descontar directamente de las sumas que reciba, el valor de sus honorarios y compensar los gastos que eventualmente... Se entiende que si [el] CONTRATANTE y el ABOGADO acuerdan extender el servicio de asesoría a otra materia o asunto diferente de los enunciados en la cláusula primera, la remuneración de este servicio se pactará entre las partes con independencia del monto de honorarios que se pactan en este contrato y que recibe el ABOGADO habitualmente. **Parágrafo** Una vez interpuesta la Reclamación administrativa y/o la Demanda, los honorarios aquí pactados, serán asumidos por el CONTRATANTE, sin importar la forma como se haya obtenido el resultado, sea esta por medio de la Conciliación, Transacción, Novación, o cualquier forma de extinguir las obligaciones contenidas en el objeto del presente contrato; asimismo en caso de presentarse Desistimiento por parte del CONTRATANTE o del ABOGADO a solicitud de aqu[él], los honorarios pactados, serán sufragados en su totalidad por el CONTRATANTE(...)"

Del análisis del acuerdo entre las partes en punto al objeto del contrato y modalidad de remuneración de los honorarios acordados a favor del demandante, ningún reproche merece a la Sala la determinación a la que arribó la servidora judicial de primer grado; pues el objeto del contrato de prestación de servicios era en esencia el inicio y trámite de un proceso ordinario laboral ante los Jueces del Trabajo de Bogotá, con el propósito de obtener el reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por el ejercicio de actividades de alto riesgo; y como contraprestación por dichos



servicios se pactó el 30% de la sumas resultantes por dicha gestión, bajo la modalidad de honorarios a cuota litis.

En efecto, si el objeto del contrato de prestación de servicios era el trámite de un proceso ordinario laboral ante los Jueces Laborales de Bogotá, y dentro del proceso que promovió el accionante se declaró la falta de competencia y se ordenó la remisión del asunto a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, dimana con meridiana claridad que el objeto del contrato se agotó sin ningún éxito, lo que de suyo implica que el demandante no tenga derecho al reconocimiento de los honorarios acordados en tanto que fueron pactados bajo la modalidad de cuota litis.

Al respecto, considera la Sala oportuno remitirse a lo que frente a esta forma de remuneración la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL-2803 de 2020 reiteró:

*“Para concluir, resulta pertinente recordar que, como lo ha adoctrinado esta Sala, cuando los honorarios se pactan a cuota litis, constituyen un alea que hace necesario el acaecimiento de un resultado favorable, tal como se precisó en la sentencia CSJ SL 39171, 22 nov. 2011, en la que se señaló:*

*‘El contrato de mandato por ser bilateral no sólo comporta obligaciones en cabeza del mandatario; cuando es remunerado conlleva una obligación también esencial y concomitante para el mandante: **pagar la prestación pactada que bien puede estipularse en un valor determinado que desde el principio del mandato se conoce, o puede ser aleatoria, como cuando un abogado se compromete a realizar una gestión judicial o extrajudicial, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades, (cuota litis) bajo el entendido de que si no es posible ningún resultado favorable, perderá todos los actos ejecutados en cuanto hace a su interés de recibir remuneración por su gestión profesional. También resulta perfectamente viable que se combinen las dos formas de pago, como cuando se pacta un valor determinado al comenzar la gestión encomendada y una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte a favor del mandante. (negrilla fuera de texto)’”***



En tal sentido, como la gestión encomendada al demandante antes los jueces laborales no fue favorable a los intereses del demandado, no surgió para este último la obligación de cancelar los honorarios acordados, de esa forma quedó expresamente plasmado en contrato al indicarse que “...si en el proceso no se obtiene éxito, el Abogado no recibirá remuneración.”.

Es del caso precisar que en los términos del pluricitado contrato el demandado no se encontraba obligado a conferir nuevo poder o suscribir un nuevo acuerdo para que el demandante continuara con el trámite del proceso ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa; y a pesar de que en esta instancia se plantea que es procedente el reconocimiento de los honorarios en tanto que el demandado se benefició de la gestión adelantada por el accionante, lo cierto es, que del material probatorio practicado y decretado dentro del proceso no es posible establecer tal circunstancia; máxime cuando de las piezas procesales aportadas, se establece con meridiana claridad que el proceso ante el Juzgado 22 Laboral Administrativo de Bogotá el trámite inició de nuevo, con la apoderada que el ahora demandado designó, sin que el demandante realizara algún trámite dentro del mismo.

Hasta acá el análisis de la Sala. Costas en esta instancia a cargo del recurrente.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,



**RESUELVE:**

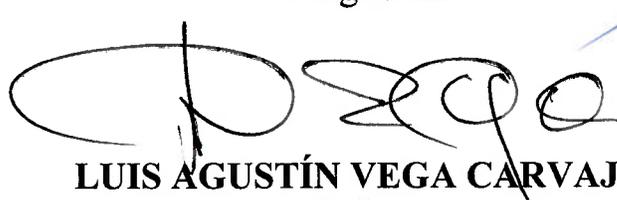
**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto.

**SEGUNDO.- COSTAS** en ésta instancia a cargo del demandante, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$200.000,00.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110013105 023 2019 00554 01. Proceso Ordinario de Luz Ángela Álvarez Cuesta contra Empresa de Acueducto Alcantarillado de Bogotá ESP. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

LUZ ÁNGELA ÁLVAREZ CUESTA convocó a EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, declaración de beneficiaria convencional; existencia de contrato de trabajo a término indefinido; reconocimiento de beneficios convencionales desde su vinculación incluyendo reintegro en el evento de terminación del contrato y/o pago de indemnización por despido; y, costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



## HECHOS:

La empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP es una empresa Industrial del Distrito Capital, sus servidores públicos son trabajadores oficiales, conformando el Sindicato “SINTRAEMSDES”, el cual suscribió con la convocada Convención Colectiva de trabajo el 24 de noviembre de 2015.

El artículo 57 de la Convención establece que los trabajadores se vincularan mediante contrato de trabajo a término indefinido, y el inciso 2°, que los vinculados al 24 de noviembre de 2015 se registrarían por esa modalidad.

En virtud de lo anterior, el artículo 58 estableció la posibilidad de contratar a término fijo en dos eventos: a) para la realización de una obra o labor determinada o para la ejecución de un trabajo ocasional, accidental o transitorio; b) para reemplazar a personal en vacaciones o licencia, en cuyo caso la contratación no podría ser superior a la duración de las vacaciones o licencia.

Se vinculó el 22 de enero de 2013 mediante contrato de trabajo a término fijo con registro 37972, con vigencia hasta el 21 de julio de 2013 para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo Nivel 32; mediante memorandos internos de fechas 27 de junio de 2013 se le informó que el contrato se prorrogaba hasta el 31 de diciembre de 2013 en el mismo cargo y nivel, el 31 de octubre de 2013 se le informó que el contrato se prorrogaba hasta el 10 de junio de 2014, el 5 de junio de 2014 se le informó prórroga del contrato hasta el 31 de diciembre de 2014, el 22 de diciembre de 2014 se le informó prórroga del contrato hasta el 28 de febrero de 2015, el 27 de febrero de 2015 se le informó prórroga del contrato hasta el 31 de mayo de



2015 y el 29 de mayo de 2015 se le informó prorroga hasta el 30 de noviembre de 2015.

Celebró contrato a término fijo N° 37037972 entre el 10 de diciembre de 2015 y el 31 de diciembre de 2016, mediante “Otro Si” del 27 de diciembre de 2017 se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2017 en el mismo cargo y nivel; nuevamente por “Otro Si” del 7 de noviembre de 2017 se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2018, y el 18 de diciembre de 2018 se prorrogó nuevamente hasta el 31 de diciembre de 2019, prestando así sus servicios de manera continua e ininterrumpida desde el 22 de enero de 2013 hasta el 31 de enero de 2019.

Siempre se ha desempeñado en el cargo de Auxiliar Administrativo Nivel 32, obteniendo calificación sobresaliente en las distintas evaluaciones realizadas, sin que su vinculación haya sido para reemplazar a otro trabajador, tampoco en forma ocasional o transitorio o para una obra o labor determinada.

Se encuentra afiliada a “SINTRAEMDES”, por lo tanto, beneficiaria de la Convención Colectiva, y en razón a ello, su vinculación debe regirse por contrato a término indefinido y no debe someterse a participar en el concurso que establece la convención, ya que fue establecido para el ingreso de trabajadores con posterioridad a su firma.

Presentó reclamación administrativa el 23 de mayo del 2019, la cual fue resuelta negativamente, procediendo a abrir concurso para el cargo que ocupa, sometiéndola a participar, desconociendo que realmente se encuentra vinculada a término indefinido.



### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 5 de septiembre de 2019. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderado procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos aceptó unos y los restantes los negó; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción, compensación, buena fe, mala fe y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 11 de febrero de 2020, ABSOLVIENDO de las pretensiones e imponiendo costas a cargo de la activa.

Inconforme con la decisión el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO:**

Sostuvo el impugnante que no se tuvo en cuenta la integralidad de la convención colectiva, sino lo que en ella favorece a la empresa, desconociéndose los artículos 1 y 7 que se refieren a su vigencia y aplicación, régimen laboral y prestacional pactado en convenciones colectivas más favorables para los trabajadores en caso de conflicto de aplicación de normas, no obstante, aduciendo aplicación del principio de favorabilidad, pero a favor de la empresa.



Se desconoció lo reglado en los artículos 57 y 58, y el artículo 53, que hace alusión al concurso de méritos, indicando que la provisión de la planta de personal se hará para surtir las vacantes, sin que exista prueba que se haya adoptado la planta de personal para realizar el concurso, y éste no tuvo por objeto vincular trabajadores que se encontraban laborando, como la demandante que lleva más de 6 años, sino para ingresos y egresos. Por esa razón, el régimen de transición se analizó fragmentadamente, aplicando únicamente al artículo 51 y no el artículo 53, ignorando de esa manera el capítulo de garantías laborales que es el que se debe aplicar en relación con el principio de favorabilidad, que se aplicó a favor de la empresa y no de la trabajadora. Desconociéndose igualmente el artículo 58 que establece cuatro situaciones exceptivas.

Tampoco se analizó el Acuerdo 24 del 2015 firmado por el Alcalde mayor de la ciudad y el gerente de la empresa, que acordó la vinculación de los trabajadores oficiales a término indefinido, sin realizar mención a concurso alguno, el cual fue aportado como prueba.

### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

El artículo 57 de la convención colectiva de trabajo vigente para el periodo 2015/2019, con el objeto de garantizar estabilidad laboral a los empleados



de la EAAB, consagra que todos los contratos de trabajo se celebraran a término indefinido, comprometiéndose la empresa a vincular el personal oficial bajo esa modalidad contractual, sometidos aquellos a concurso de mérito con los criterios del escalafón.

Emerge con meridiana claridad del texto extralegal, que la modalidad prevalente que debe regir las relaciones de trabajo al interior de la EAAB con sus trabajadores oficiales, no puede ser otra que la indefinida, por esa razón, somete a la empresa en procura de esa prerrogativa, que el personal que vincule, lo haga bajo la misma modalidad contractual, bajo la única condición de sometimiento a concurso de mérito para su incorporación.

Siendo ese postulado que enrumba la norma, con estricto acatamiento debe ceñirse la integralidad de su contenido, bajo el principio de inescindibilidad, además, armonizado con la regulación normativa que le antecede y precede, en tanto es necesario ubicarla en el contexto que la orienta, pues su regulación no es aislada sino que surge del compendio normativo que la sitúa, de tal suerte que es necesario realizar una interpretación sistemática para determinar sus alcances en función del fin que persigue y las situaciones particulares que permiten efectivizarla, ya que el acuerdo convencional logrado y definido en uno u otro sentido se convierte por imperativo legal en ley para las partes.

De cara a lo anterior, es claro para el recto entendimiento de lo normado en el preámbulo del texto convencional, considerar la regulación que con ese fin delimitaron las partes, definir la nueva planta de personal incorporándola mediante la modalidad de contrato a término indefinido previo concurso de méritos, que bajo esa directriz, establecieron un régimen de transición al que quedó sometido, particularmente, los empleados vinculados mediante la modalidad definida y labor contratada, como se dejó



consignado en el capítulo VI del compendio extralegal, para lo que interesa al caso –la modalidad contractual-, artículo 51 y 53.

En el primer normativo –artículo 51-, pactaron las partes con tal propósito una diferenciación por actividades del conglomerado de empleados que se encontraba vinculado, concretamente, los que venían desempeñando funciones mediante contratos de trabajo a término fijo en la planta transitoria de la entidad, “en los procesos comerciales, operativos de acueducto y de gestión social de los servicios acueducto y alcantarillado y los trabajadores del proceso comercial y de facturación del servicio de aseo”, garantizándoles su vinculación bajo la misma modalidad en la planta oficial definitiva, a partir del 1 de diciembre de 2015 -ya que la planta transitoria para la que fueron vinculados, vencía el 30 de noviembre de la misma anualidad- por un lapso inicial de trece (13) meses, prorrogables automáticamente de acuerdo con lo reglado en el capítulo de formalización laboral, valga decir, hasta la realización del concurso de méritos, como se desprende de lo normado en el artículo 38, al que remite.

Política de sometimiento a concurso de mérito para el anterior personal que recoge el artículo 53 extralegal, brindándoles la oportunidad de proveer las vacantes de la nueva planta de personal, bajo la modalidad de contrato indefinido que orienta prevalentemente la forma de vinculación en la entidad, desde la primera convocatoria.

La regulación normativa se acompasa con la situación fáctica sostenida entre las partes como lo deja en evidencia la modalidad contractual suscrita, la cual inició el 22 de enero de 2013 mediante contrato a término fijo, para desempeñar la actividad de auxiliar administrativo, división de atención al cliente, correspondiente al área comercial, y se prorrogó hasta el 30 de noviembre de 2015, cuando feneció el plazo de vigencia de la planta



provisional o transitoria que constituyó el objeto de la vinculación; el 10 de diciembre de la misma calenda, se suscribe un nuevo contrato en la modalidad definida en las mismas condiciones a la anterior, en cumplimiento a lo acordado y definido por las partes en el artículo 51 extralegal.

Así las cosas, la regulación contenida en el inciso 2 del artículo 57 convencional, no revierte el proceso de vinculación de los trabajadores que se encontraban prestando servicios en las actividades exceptivas previstas en el régimen de transición de la planta provisional o transitoria de la EAAB, ni los contratos de trabajo a término fijo suscritos con ese propósito, considerando que, i) constituye un quebrantamiento de la convención, ley partes, que con apego a ella ha regido la vinculación; ii), fraccionar el normativo, soslayando el principio de inescindibilidad; y, iii) derivar efectos no previstos, pues su verdadero sentido y alcance, no es otro que refrendar la preeminencia modalidad indefinida suscrita actualmente con los trabajadores, que bajo esa modalidad se incorporaron a la planta de personal establecida en la empresa, de ahí que el referido inciso establezca, *“entendiéndose como tales, aquellos que tienen vigencia mientras subsisten las causas que le dieron origen y la materia del trabajo”*, lo que no sucede en el caso particular de la actora, contratada para desempeñar actividad en planta de personal provisional o transitoria con plazo de vigencia hasta el 30 de noviembre de 2015, y seguidamente con la misma connotación, bajo la regulación contenida en el régimen de transición, valga decir, en forma transitoria, mientras se proveía por concurso de méritos las vacantes que surgieran para la conformación de la nueva planta de personal de la empresa, por esa razón, su vigencia queda delimitada a la causa que les dio origen, lo que conlleva la imposibilidad de transformarse en modalidad indefinida que refiere el aparte de la norma, que se sustenta en la permanencia de la causa de los empleados actualmente vinculados; en todo



caso, y lo más importante, la vinculación de la actora quedó claramente definida.

En el mismo derrotero la estipulación contenida en el párrafo 1 del artículo 57, como las excepciones previstas en el artículo 58 para celebración de contratos ocasionales o transitorios y plazo determinado, no sirven de sustento para irradiarlas al caso de la actora, primeramente, por la situación particular que regula su vinculación, y segundo, porque esas situaciones cobran vigencia cuando la nueva planta de personal se encuentre definida, en cuanto se provee bajo la modalidad indefinida para garantizar la estabilidad laboral de sus empleados como lo estatuye la norma, o tratándose de trabajadores actualmente vinculados, que no desempeñen actividades exceptivas previstas en el régimen de transición de la planta provisional con contratos de trabajo a término fijo suscritos con ese propósito -como el caso de la actora-, de tal suerte que verificada esa situación, si la forma de vinculación establecida en el artículo 58, no cumple su propósito, valga decir, se desvanece el objeto que las justifica, sólo en ese evento podría pensarse su desnaturalización, para reclamar la regulación de la actividad por la modalidad prevalente de contrato de trabajo a término indefinido.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

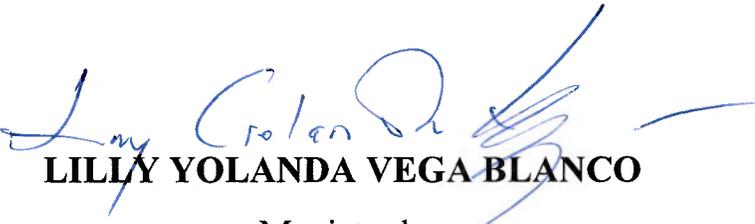


## RESUELVE

**CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia. Costas de instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$200.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Esta sentencia se notificará por Edicto.

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-024-2019-00753-01. Proceso Ordinario de José Fernando García Montoya contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de septiembre de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su traslado a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de lo anterior, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación y a esta entidad a



tenerla como válidamente afiliado como si no se hubiere efectuado el traslado y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 30 de agosto de 1955, por lo que cumplió 62 años el mismo día y mes de 2017; que se trasladó a Porvenir S.A. el 15 de agosto de 2000, no obstante, al momento del traslado no se brindó la debida información sobre las ventajas y desventajas que otorgaban tanto el RPM, como el RAIS, así como no se hizo un estudio sobre su situación particular; que la administradora privada realizó simulación pensional, en la que se otorgaba una mesada pensional equivalente al salario mínimo legal mensual vigente para el año 2018, no obstante, en Colpensiones el monto de su mesadas ascendería al monto de \$2.791.405,50, aplicando una tasa de reemplazo del 77.73%, siendo ostensiblemente superior la que sería otorgada por el Régimen de Prima Media con Prestación Definida; que sumando las cotizaciones efectuadas en el Sistema General de Pensiones por el período comprendido entre el 1° de septiembre de 1976 y el 30 de abril de 2019, habría cotizado un total de 1.819 semanas; que radicó solicitud ante Colpensiones el 3 de septiembre de 2019, obteniendo respuesta negativa de la entidad.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y ordenó trasladar la totalidad de los aportes pensionales, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones debidamente indexados, y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros, ajustando la historia pensional. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que la demandada administradora privada le suministró la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la



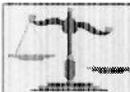
información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconforme con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

La Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la sentencia y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, teniendo como fundamento que no se comparte la decisión de declarar la ineficacia en sentido estricto en el año 2000, ni las consecuencias jurídicas de devolver la actuación a su estado original, comprendidas en devolver los aportes, los rendimientos financieros, los gastos de administración indexados, ya que con la decisión y aplicación de las decisiones emitidas por la Corte Suprema de Justicia que no es la entidad llamada a proferir normas en el ordenamiento jurídico colombiano, pues el art 230 los jueces en providencias imperio de la ley y por ello la decisión desconoce tal norma, pues solo se usa la jurisprudencia, criterio que es auxiliar, incumpléndose el principio de confianza legítima, pues se obliga a la demandada a traer pruebas diferentes al formulario de afiliación, siendo que para el año 2000 tenía la plena confianza de que era el formulario el que demostraba existencia y validez la filiación, sin necesidad de generar otros medios de prueba que ocasionaran problemas de espacio, para guardar toda la información, situación que el despacho de primera instancia desconoce, pues aduce que el formulario no demuestra la información que se dio, situación que en efecto es así, pues si se lee al detalle artículo 11 del Decreto 692, la información no debía ir en el formulario de afiliación, el que estaba autorizado por la Superintendencia Bancaria en su



momento, sin que se pueda desconocer el valor probatorio, el que se presume auténtico y como se obliga a traer más elementos de información, los que se suponen quedan establecidos con tal formulario. Así mismo, se incumple un principio del derecho probatorio, pues da pleno valor a su dicho y es una prueba que va en su contra, pues se busca la confesión, pero se da veracidad completa y no se analizó que una persona profesional, adulta, con condiciones cognitivas, pueda concluir que su traslado se originó porque el ISS se iba a acabar y que recibiría una mayor mesada pensional, sin más argumentos, del cómo, porque, de donde saldría su dinero, sería una culpa a cargo del demandante y se lucre del mismo, sin tener en cuenta que los términos en seguridad social presuponen un conocimiento de la norma y no se tiene que suponer que desconocía la norma, pues la Constitución Política y el Código Civil establece que el desconocimiento de la norma no es excusa, pero aquí sí sirve de excusa, desconociendo confianza legítima, pues se obliga a traer situaciones imposibles de cumplir. De igual forma, el de inescindibilidad de la norma y respecto de la cual la Corte Constitucional ha indicado que el operador jurídico hace el análisis jurídico, debe seguir compendio completo y respetar tal principio, aplicándose de forma íntegra, sin poder hacer fragmentaciones, pues una ineficacia en sentido estricto se le da la aplicación del artículo 1746 del Código Civil, se da esta facultad solo parcial y sesgada, pues para una parte surtió efectos y para la otra no, en el entendido que si el acto jurídico del año 2000 no surtió efectos o no existió en la vida jurídica y retrotraer la actuación, de donde surgieron los rendimientos financieros, que no se generan en el RPM, porqué a demandada sí debe devolver los rendimientos financieros, restituciones que son mutuas y se pierden los intereses, sin que se pueda aducir el artículo para una sola parte, por lo que no se podría ordenar la devolución de los rendimientos o en su lugar realizar una compensación frente a los gastos de administración, los que son absolutamente dispares, abriendo un enriquecimiento sin causa, advirtiendo que tampoco se demostró el artículo 946, pues no se acreditó la mala fe de la



encartada. Sobre los gastos de administración son obligaciones de tracto sucesivo y al afectarse derechos de tercero de las aseguradoras de repetir contra ellas, esos dineros no pueden restituirse en lo que tiene que ver con pensionados y por ello tampoco devolver tales conceptos, como voy a restituir algo que no estuvo en mi patrimonio, pues fue en el de la aseguradora, no se probó el daño, el hecho, ni el nexo, incumpléndose la normatividad, respecto de la tipicidad, pues en la norma no está en la obligación de devolver gastos de administración, creándose una sanción por jurisprudencia, aunado, con que los gastos de administración no se usan para el financiamiento del derecho pensional de conformidad con la Ley 100 de 1993, por lo que debieron ser declarados prescritos

Finalmente, la apoderada de la demandada Colpensiones interpone el recurso de apelación, para que sea revocada la sentencia proferida, ya que el Juzgado dio consideración a las afirmaciones del demandante en cuanto no se le brindó la información suficiente al momento del traslado, pero el engaño no fue debidamente soportado, ni con el expediente administrativo aportado, se puede concluir que el actor acredite los presupuestos de la sentencia SU 062 o la SU 130, para poder trasladarse en cualquier tiempo, por lo que está inmerso en la prohibición contenida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en tanto el traslado se hace después del año 2019, cuando tenía más de 64 años de edad, y para lo cual se debe tener en cuenta la conducta omisiva del demandante, en el entendido que se mantuvo por largo tiempo en el RAIS, realizando aportes, no obstante hasta el año 2019 se interesa por su situación, omisión que no puede ser trasladada a Colpensiones. ahora bien, frente a los vicios del consentimiento del año 2000 con la suscripción del formulario, no se encuentran debidamente soportados en el interrogatorio de parte, pues se concluye que recibió una información acertada, la que no fue completa, pero él tenía obligación de acercarse a solicitar la información para corroborar características del fondo al que estaba afiliado, afectándose el principio de



sostenibilidad financiera de Colpensiones, por lo que no es procedente la ineficacia solicitada. Frente a la condena en costas se debe decir que el acto de traslado se realizó mediante un formulario de traslado entre el demandante y la administradora porvenir, no es conveniente que además de acarrear las consecuencias propias de la nulidad de traslado, se condene en costas, pues es un tercero interviniente que si bien es obligado a recibir al demandante, no tiene nada que ver en el negocio jurídico, por lo que solicito se revoque dicha condena y en caso de no accederse a las súplicas del recurso, se mantenga la condena a Porvenir frente a la devolución de la totalidad de dineros, teniendo en cuenta que es Colpensiones quien deberá reconocer y financiar el derecho pensional.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.



Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas<sup>1</sup>,

---

<sup>1</sup> “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

*Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.*

*Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.*

*La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

*La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

*Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.*



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones,

---

*Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (...)*

*“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).*



para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por

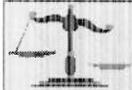


ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrino que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. La anterior consideración, también recae respecto de la eventual condena de los gastos de administración, como quiera que dicho porcentaje hace parte integrante de la cotización mensual del afiliado, por lo que no es procedente declarar el medio exceptivo.



Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración cobrados en vigencia de la afiliación del demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado.

Ahora bien, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora



de pensiones, sin que por ello se puede aducir condena alguna por perjuicios, pues al ser inexistente la afiliación, no se genera descuento alguno de la cotización. En el mismo sentido, debe indicarse que tampoco es posible acoger el dicho de las recurrentes en el sentido que al ordenar la devolución de gastos de administración los mismos fueron girados a terceras personas, que son las aseguradoras con las que se contrataron las pólizas, pues se reitera, que quien debe acarrear las consecuencias de la ineficacia son las administradoras de pensiones que no brindaron la debida información a la afiliada y no así las aseguradoras que brindaron la cobertura para las contingencias de invalidez y muerte. Así mismo, tampoco es posible acoger el dicho de que con el cobro de los gastos de administración se genera un enriquecimiento sin justa causa, pues se reitera, declarada la ineficacia, no se generó afiliación y por tanto, el pago de las cotizaciones debería realizarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En lo que tiene que ver con acoger los criterios jurisprudenciales proferidos por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral y la Corte Constitucional, se hace necesario advertir que si bien los mismos son criterios auxiliares, los mismos no pueden ser desconocidos por los jueces en sus fallos con ocasión del precedente vertical y horizontal, sin que ello se pueda decir que son creadores de norma, pues lo que realizan las Altas Corporaciones son interpretaciones Constitucionales y Legales.

En igual sentido, debe indicarse que tampoco es posible acoger el dicho de la demandada Colpensiones frente a que el actor se encuentra dentro de la prohibición contenida en la Ley 100 de 1993, que imposibilita su traslado, así como que no cumple con las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, ya que al declararse la ineficacia, es como si nunca se hubiere generado el traslado y por tanto no hay necesidad de acreditar los presupuestos indicados en las Sentencias de Unificación.



Finalmente, se revocará parcialmente la condena impuestas contra Colpensiones, pues tal como lo refiere la apoderada de la demandada, en el acto jurídico de traslado no intervino la pasiva, por lo que no es posible imponer condena por costas, pues en el mismo tan sólo intervino el demandante y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las cotas de ambas instancias estarán a cargo únicamente de la demandada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

#### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE:**

**PRIMERO. REVOCAR PARCIALMENTE** el numeral **QUINTO** de la sentencia proferida, en el sentido de **ABSOLVER** a la demandada Colpensiones de la condena en costas impuestas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: AUTORIZAR** a **COLPENSIONES** para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en las



consideraciones de esta sentencia. **TERCERO. CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **CUARTO. COSTAS** de ambas instancias únicamente a cargo de la encartada Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; fíjense como agencias en derecho la suma de \$600.000.00 M/cte., de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *solvo voto parcial*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110013105 025 2016 00068 01. Proceso Ordinario de Luis Alberto Santana Ballesteros contra Los Autos La Sabana SAS. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

LUIS ALBERTO SANTANA BALLESTEROS convocó a LOS AUTOS LA SABANA SAS para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de despido injusto: indemnización por despido; indemnización moratoria; diferencia prima de servicio, cesantías e intereses, vacaciones, horas extras y trabajo en días de descanso, diferencia aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud y Pensión, indexación, y costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



## HECHOS:

Suscribió contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de octubre de 2012, prestando sus servicios de manera personal y exclusiva, desempeñando el cargo de Asesor Comercial en la venta de vehículos, con salario mínimo más comisiones por ventas, en jornada de lunes a viernes de 7:30 am a 6:00 pm, sábados de 8:00 am a 6:00 pm y domingos de 9:00 am a 6:00 pm.

Cumplió las labores atendiendo las instrucciones del empleador y el horario de trabajo señalado por éste, no fue objeto de llamado de atención durante la relación laboral que se mantuvo hasta el 14 de octubre de 2014, fecha en la cual la convocada decidió dar por terminado el contrato de manera unilateral aduciendo como justa causa las consagradas en los numerales 9 y 13 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo; la empresa no lo llamó a descargos ni hizo una tabla comparativa de su rendimiento con los demás vendedores, desconociendo el procedimiento para la causal señalada en el artículo 2.2.1.1.3 del Decreto 1072 de 2015.

El 10 de octubre de 2014 la empresa liquidó el contrato por la suma de \$1.410.940, la cual fue cancelada hasta el 7 de noviembre de 2014 mediante cheque N° 1271662 del Banco BBVA.

Laboró en el año 2012 un total de 72 horas extras diurnas y 144 horas extras diurnas con recargo dominical, para el año 2013 un total de 291 horas extras diurnas y 552 horas extras diurnas con recargo dominical y para el año 2014 un total de 231 horas extras diurnas y 424 horas extra diurnas con recargo dominical, sin que durante la relación laboral no se le hubiese otorgado días compensatorios ni fueron cancelados, tampoco las horas extras diurnas y el trabajo en días de descanso.



La empresa no tuvo en cuenta como factor salarial las comisiones para la liquidación de prestaciones sociales ni para los aportes a Seguridad Social en Salud y Pensión. El 10 de febrero de 2015 presentó derecho de petición solicitando copia del contrato, informe de funciones desempeñadas y liquidación definitiva de prestaciones sociales, a lo cual la empresa el 17 de marzo de 2015 manifiesta que los documentos le serían entregados previa cancelación del valor de las copias y que él se retiró de manera voluntaria, no obstante, los documentos no fueron entregados de manera completa.

### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 6 de septiembre de 2016. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderada procedió a dar contestación, oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos aceptó unos y otros no; propuso las excepciones de mérito de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 26 de noviembre de 2019, DECLARANDO la terminación del contrato sin justa causa e impuso condena por ese concepto. ABSOLVIÓ de las demás pretensiones y le impuso costas

Inconformes con la decisión los apoderados de las partes interpusieron recurso de apelación, los cuales fueron concedidos.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS:**

Reclama el impugnante de la activa reconocimiento de horas extras diurnas y nocturnas, festivos y dominicales de toda la relación laboral, sustentado



en que la representante legal de la convocada en su jurada confesó que el actor laboraba de lunes a domingo de 8 am a 6 pm; reclama igualmente el reconocimiento de indemnización moratoria, sobre la base de que el importe de la liquidación de acreencias laborales le fue cancelado 24 días posteriores a la ruptura del vínculo; y, finaliza solicitando la indexación del monto de la condena irrogada por concepto de indemnización por despido.

La impugnante de la pasiva rechaza la condena irrogada por concepto de indemnización por despido, apoyada en que la representante legal de la convocada, expuso el deficiente rendimiento del empleado, incumpliendo las funciones del cargo, pues solo se encargaba de tomar pedidos y analizar una lista de call center de la empresa, siendo en varias oportunidades objeto de llamados de atención pero que se negaba a firmar.

#### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

Para esclarecer las inconformidades planteadas por los apelantes, lo primero que se les debe recordar es el principio de carga probatoria, en virtud del cual corresponde a las partes convalidar los supuestos fácticos que respaldan sus aspiraciones al tenor de lo normado en el artículo 167 del ordenamiento adjetivo general, ya que el juez para resolver el derecho sometido a consideración debe hacerlo única y exclusivamente con sujeción a los medios probatorios que fueron solicitados, decretados y evacuados



para soportarlo o desconocerlo, como lo ordena el artículo 164 ídem, sobre el particular la Corte Constitucional en Sentencia SU 132 del 26 de febrero de 2002, expuso “(...) *si bien es cierto que la Constitución en su artículo 228 establece que en las actuaciones de la administración de justicia el derecho sustancial prevalece sobre las formas, también lo es que por el fin que éstas cumplen en relación con el primero, no pueden ser desconocidas sin fundamento alguno, ni consideradas como normas de categoría inferior. La finalidad de las reglas procesales consiste, entonces, en otorgar garantías de certeza a la demostración de los hechos que fundamentan el reconocimiento de los derechos sustanciales y este propósito claramente obtiene respaldo constitucional, como así lo ha expresado esta Corporación: ‘Una cosa es la primacía del derecho sustancial, como ya se explicó, y otra, la prueba en el proceso de los hechos y actos jurídicos que causan el nacimiento, la modificación o la extinción de los derechos subjetivos, vale decir, de los derechos reconocidos por la ley sustancial. Pretender que el artículo 228 de la Constitución torna inexequibles las normas relativas a la prueba, o la exigencia misma de ésta, es desconocer la finalidad de las pruebas y del proceso en sí’*”.

Precisado lo anterior, en relación con la inconformidad del impugnante de la activa encaminada a obtener reconocimiento de trabajo suplementario, no tiene vocación de prosperidad, considerando que la jurisprudencia reiterada y pacífica del Máximo juez del trabajo ha sido clara en indicar que, para su reconocimiento, se requiere de prueba detallada y precisa que lo acredite, considerando que no es dable al juzgador realizar suposiciones o cálculos para establecerlo, en cuanto la normatividad positiva del trabajo es clara en determinar que son los celebrantes del contrato de trabajo los llamados a fijar la jornada de trabajo, pero en todo caso con sujeción al respecto de la jornada máxima legal y con la observancia de las excepciones de extensibilidad y actividades que para su ejecución requieran una jornada



especial de trabajo, por esa razón se asume que la jornada de trabajo es la prevista en el ordenamiento sustantivo del trabajo.

Bajo esa orientación es sumamente claro que el empleado que solicite el reconocimiento de trabajo suplementario y en días descanso obligatorio, soporta la carga probatoria no sólo de su acreditación en forma precisa y detallada, sino además, que este fue ordenado por la empleadora, ya que es la que dispone de la fuerza de trabajo dependiendo de la necesidad del servicio, y sí así acontece, corresponderá al empleador, demostrar su reconocimiento y pago y su inclusión en la liquidación de los demás derechos laborales, los cuales se realizan con la integridad de los factores salariales devengados por el empleado.

Solicitó la activa en el escrito genitor el reconocimiento de estos conceptos, indicando prestación del servicio continuo en jornada superior a la máxima legal todos los días de la semana incluidos dominicales, pretendiendo la impugnante bajo apreciaciones subjetivas refrendarlo, aduciendo que la representante legal de la convocada confesó en su interrogatorio que, el actor laboraba de lunes a domingo de 8:00 am a 6:00 pm, lo cual no es cierto, por cuanto lo que expresó en el aludido medio de prueba, fue que, *“la empresa funcionaba de 8:00 de la mañana a 6:00 de la tarde...de lunes a domingo”*, jornada que aplicaba a la parte administrativa, no a los vendedores, y para el efecto adujo, *“si pero no todas las personas laboraban...ellos eran libres, o sea digamos que dependía la función que cumplieran, eran libres, en ventas pues no todos, no se tenía un horario establecido como tal, como la administración digamos que eran más libres de asistir o no asistir”*, lo que significa en ese orden, cómo se indicó que, sí el actor pretendía reclamar jornada superior a la máxima legal permitida, debía acreditarla en forma detallada y precisa, además, ordenada por la empleadora, lo cual no hizo.



Lo expuesto es suficiente para concluir que el demandante no logró demostrar que haya laborado trabajo suplementario y en días descanso obligatorio, no asistiéndole por tanto razón a la impugnante en lo reclamado.

En relación con el reparo de la impugnante de la pasiva a la condena irrogada por concepto de indemnización por despido, tampoco tiene vocación de prosperidad, considerando que se sustenta en la exposición que hizo la representante legal de su representada en interrogatorio de parte, al indicar que expuso el deficiente rendimiento del empleado bajo y las demás circunstancias que para el efecto adujo, que no existe ningún medio de convicción que avale su dicho, y lo manifestado por ésta no reúne los requisitos que para el efecto exige el artículo 191 del ordenamiento general adjetivo para concebirse como confesión.

Las manifestaciones con las que la representante legal de la convocada pretende avalar la ruptura del vínculo no se expresaron en la comunicación de retiro, contraviniendo lo normado en el parágrafo del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965 que subrogó los artículos 62 y 63 y sustituyó el artículo 66 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual establece que la calificación de la ruptura del contrato de trabajo se realiza sobre las razones que invoque la parte al momento que decide hacerlo, pues sobre ellas es que resulta legítimo establecer la configuración de las justas causas previstas en el ordenamiento positivo del trabajo a favor del empleador o trabajador, ya que posteriormente no podrán alegar válidamente situaciones diferentes, en desarrollo del principio de lealtad y buena fe que rigen las relaciones labores, siendo este el alcance que el Máximo juez del trabajo en reiterada y pacífica jurisprudencia ha desarrollado frente al tema.

En ese orden, la acreditación de las causas de finiquito del vínculo correspondía a la empleadora por cuanto fue la que decidió terminar



unilateralmente el contrato de trabajo, valga decir, la que soporta la carga probatoria de refrendar las razones invocadas en la carta que con ese fin entregó al trabajador, pues sólo así podrá definirse si corresponden a las justas causas previstas en el ordenamiento positivo del trabajo a favor del empleador, lo cual no hizo y no podía hacer, pues se limitó a indicar en la comunicación, algunas de las causales previstas en el ordenamiento positivo del trabajo a favor del empleador para finiquitar el contrato de trabajo, sin exponer las causas o hechos que permitan encuadrarla dentro de las mismas, que son los que a la postre, como lo establece los normativos a los que se ha hecho mención, los que sirven para sustentar y determinar la justeza de la ruptura del vínculo.

En punto al reclamo de la indemnización moratoria por parte del impugnante de la activa, debe precisar que la prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo como las demás de igual connotación sancionatoria contempladas en la normatividad positiva del trabajo, no es de aplicación automática e inexorable, pues para resolver sobre su imposición se valora la conducta asumida por la empleadora en el no pago oportuno y completo de los salarios y prestaciones que se adeudan a la terminación del vínculo, lo que significa que sólo es viable acceder a su reconocimiento cuando se concluya que la empleadora no actuó de buena fe, pues habrá circunstancias atendibles que la coloquen en la imposibilidad manifiesta de cancelar en forma oportuna el valor de lo adeudado como consecuencia de la terminación del vínculo, y en ese evento resultaría contrario a la lógica jurídica, sancionarla con el pago de indemnizaciones de la estirpe de la reclamada.

El principio de buena fe para el recto entendimiento de las normas sancionatorias, depende de la duda acerca de la existencia de la obligación patronal, bien sea por haberse discutido la existencia del contrato de trabajo fuente generadora de los derechos laborales, o por desconocerse sin malicia



o temeridad la prestación consiguiente, lo que significa, que el desconocimiento por sí sólo no sirve de argumento válido para enervar las consecuencias sancionatorias, sino que efectivamente se funde razonadamente y se encuentre probado, aspectos que debe afrontar la empleadora como carga probatoria.

En ese derrotero la sanción moratoria reclamada tiene vocación de prosperidad, considerando que, i) no existe medio de convicción que respalde la única y débil argumentación esgrimida con tal propósito, sobre el pretendido acuerdo dado su estado de iliquidez, siendo su carga procesal hacerlo; ii) la pretendida argumentación del retardo justificada en “*término razonable*”, no constituye razón legítima y válida para justificar la inobservancia de la empleadora, pues ello equipararía subvertir el ordenamiento jurídico que impone la imperativa obligación de cancelar al empleado excepto las salvedades que en la misma categoría impone la norma, lo adeudado a la terminación del vínculo, precisamente porque por el carácter tuitivo de los derechos mínimos de los trabajadores, constituye la única forma de garantizarle recursos al quedar cesante; y, iii) de acuerdo con lo previsto en el artículo 28 del ordenamiento positivo del trabajo, el empleado no asume los riesgos o pérdidas de su empleadora, pues dentro la actividad empresarial estas son previsibles, de suerte que el estado de “*iliquidez*” no constituye un argumento válido para sustraerse del imperativo legal de cancelar las acreencias laborales a la terminación del vínculo.

En ese orden se condena a la demandada a pagar a favor del accionante la suma de \$431.200.00, por concepto de indemnizatoria moratoria correspondiente a 21 días de retardo entre el 14 de octubre de 2014 fecha de terminación del vínculo y el 5 de noviembre de 2014 fecha en que se efectuó el pago de acreencias laborales.



Respecto de la reclamación del impugnante de la activa de indexación de la suma que por concepto de indemnización por despido irrogó el juzgado, también está llamada a su prosperidad, considerando que ha sufrido la pérdida del poder adquisitivo al momento en que sea cancelada, pues esta figura tiene por objeto suplir el envilecimiento del dinero, en cuanto la no cancelación oportuna de una obligación no se tiene por satisfecha en su totalidad sino hasta cuando se efectúe su corrección monetaria, la cual necesaria y obligadamente debe correr a cargo del deudor incumplido sin que ello implique una sanción, y para tales efectos se tomará el IPC certificado por el DANE vigente entre el 14 de octubre de 2014 <<data de terminación del contrato de trabajo>> y el IPC vigente a la fecha en que se produzca el pago efectivo.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### **RESUELVE**

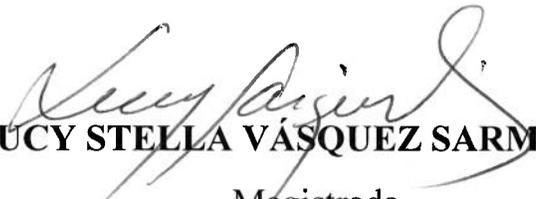
**PRIMERO.- REVOCAR** el numeral segundo de la sentencia impugnada y en su lugar **CONDENAR** a la demandada, a pagar a favor de la demandante los siguientes conceptos: 1). \$431.200.00 por concepto de indemnizatoria moratoria. 2). Indexación de la condena irrogada por concepto de indemnización por despido, tomando el IPC certificado por el DANE vigente entre el 14 de octubre de 2014 y el IPC vigente a la fecha en que se produzca su pago efectivo.



**TERCERO.- CONFIRMAR** en todo los demás la providencia impugnada en lo que fue objeto de inconformidad para los recurrentes.

**CUARTO.-** Costas de instancias a cargo de la pasiva, inclúyase la suma de \$500.000.00 por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-032-2019-00201-01. Proceso Ordinario de Mariela Álzate Villarraga contra Colpensiones y Otras (Consulta Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada frente a la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de octubre de 2020.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare la nulidad del traslado efectuado al RAIS con posterioridad al 1° de enero de 2010 y en su lugar, declarar que se encuentra válidamente afiliada al ISS hoy Colpensiones; y que como consecuencia de lo anterior, se condene a la AFP Protección a devolver los aportes de forma retroactivo desde el momento en que se generó el traslado inválido, junto con los rendimientos causados, respondiendo incluso con sus propios recursos, así



como, que se ordene a la DIAN en forma consecutiva realizar los aportes de la actora a Colpensiones y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que estuvo afiliada al RPM administrado por el ISS por el período comprendido entre el año 1979 y el año 1999, trasladándose al final de dicha anualidad a ING hoy Protección S.A.; que elevó solicitud ante Colpensiones el 24 de septiembre de 2009, en el sentido de retornar al RPM, pues tal régimen le era más favorable al ser beneficiaria del régimen de transición, no obstante, el ISS mediante oficio del 20 de octubre de la misma anualidad le solicitó una serie de documentos para el trámite respectivo; que la demandante reiteró la solicitud de traslado el 25 de noviembre de 2009, obteniendo respuesta favorable mediante oficio del 27 de enero de 2010, en el que se le informó que su afiliación se reactivó a partir del 1º de enero de 2010, por lo que los aportes del mes de febrero deberían realizarse a dicha entidad, decisión que fue comunicada a la Oficina de Talento Humano de la DIAN, quien es el empleador de la demandante; que mediante correo electrónico de la Dian de fecha 7 de marzo de 2016, se puso en conocimiento de la actora que Protección S.A. estaba solicitando el pago de los aportes en pensiones, situación ilógica, por cuanto el mismo se remitió 5 años y 9 meses después de realizado el traslado de régimen, que al revisar los desprendibles de nómina de 2016, se percató la señora Álzate Villarraga que los aportes se realizaron a Protección S.A., vulnerándose sus derechos a la igualdad, debido proceso y seguridad social; que la anterior situación ha generado gran incertidumbre frente al derecho pensional, pues no existe solicitud de traslado posterior a la realizada en el mes de noviembre de 2009, en la que peticionó retornar al RPM, demostrándose una negligencia administrativa; que elevó derecho de petición ante la DIAN el 22 de junio de 2017, mediante la cual solicitó información de su traslado, no obstante, la demandada guardó silencio; que el 22 de septiembre elevó solicitudes

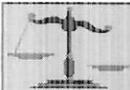


ante Colpensiones y Protección S.A., con el fin de que se restablecieran sus derecho, no obstante, la primera de las mencionadas guardó silencio y la segunda indicó que no se podía restablecer los derechos con ocasión del traslado de hecho efectuado, no obstante, pasó por alto que no existe solicitud de afiliación o documento alguno para retornar al RAIS.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones, ordenando a Protección S.A. a devolver los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones y a esta última entidad, a actualizar la historia laboral, incluyendo las cotizaciones que se efectuaron el RAIS y declaró probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva propuesta por la DIAN. Lo anterior, por cuanto si bien la demandante para el momento del traslado contaba con 53 años de edad y no había cotizado 15 años de servicio, también lo es, que en su momento tanto el ISS, como la administradora privada dieron el aval para que se mantuviera la afiliación en el entonces ISS, sin que se hubiere notificado decisión alguna que rechazara con posterioridad tal actuación administrativa, por lo que debería entenderse válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones a partir del 1º de enero de 2010

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### CONSIDERACIONES

Partiendo del hecho que no fue objeto de controversia el traslado efectuado por la demandante al RAIS, así como que la actora elevó solicitud de traslado ante el Instituto de Seguros Sociales el 24 de septiembre de 2009, el problema jurídico a resolver en esta instancia se circunscribe en determinar si en efecto la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones o si por el contrario, su vinculación se mantuvo en el RAIS administrado por Protección S.A.

Atendiendo lo anterior, aduce la demandante que le fue aprobado traslado por parte del entonces ISS hoy Colpensiones mediante oficio del 27 de enero de 2010, en el que se autorizó el mismo a partir del 1º de enero de 2010, ordenándose que el pago de aportes en pensiones se realizara a partir del mes de febrero de la misma calenda, situación que en efecto se encuentra acreditada por la activa conforme se logra extraer del folio 17 del expediente digital, no obstante, tal escrito no debe ser entendido de forma autónoma e independiente, toda vez, que la misma entidad mediante oficio No. 0621 – 10912 – 9, de fecha 28 de diciembre de 2009, le informó a la señora Álzate Villarraga que de acuerdo con su solicitud de traslado conforme lo disponía la sentencia C – 1024 de 2009, requería de la participación de la última administradora de pensiones del RAIS, por lo que se iba a solicitar a Asofondos verificar si cumplía con los 15 años de servicio cotizados al 1º de abril de 1994, requisito indispensable para retornar al RPM.



Las anteriores respuestas, guardan concordancia con lo manifestado por la propia demandante en sus solicitudes de traslado de fechas 24 de septiembre y del 26 de noviembre de 2009, en las que indicó “*De manera atenta solicito mi traslado del Fondo de Pensiones ING al Seguro Social, como fundamento cito la Sentencia No. C – 1024 del 20 de octubre*”, indicando como fundamentos, que tanto la sentencia en mención como la C – 789 de 2002, permitían retornar al RPM cuando se hubieren cotizado 15 años de servicio en cualquier tiempo.

Para resolver lo anterior, se debe advertir que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, aduce que perderán el régimen de transición quienes voluntariamente se acojan al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, momento en el cual se acogen a las normatividades de régimen pensional, por lo que se hace necesario traer a estudio lo normado en los artículos 2º y 12 del Decreto 3995 de 2008, que disponen:

*“Artículo 2º. Afiliación válida en situaciones de múltiple vinculación. Está prohibida la múltiple vinculación. El afiliado sólo podrá trasladarse en los términos que establece la Ley 797 de 2003. Cuando el afiliado cambie de régimen o de administradora antes de los términos previstos en la ley, esta última vinculación no será válida y el afiliado incurrirá en múltiple vinculación. La vinculación válida será la correspondiente al último traslado que haya sido efectuado con el cumplimiento de los términos legales antes de incurrir en un estado de múltiple vinculación.*

(...)

*Artículo 12. Traslado de personas con menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a pensión. Las personas vinculadas al RAIS a las que les falten menos de 10 años para cumplir la edad para la pensión de vejez del Régimen de Prima Médica, podrán trasladarse a este únicamente si teniendo en cuenta lo establecido por las Sentencias C-789 de 2002 y la C-1024 de 2004, recuperan el régimen de transición. La AFP a la cual se encuentre vinculado el afiliado que*



*presente la solicitud de traslado, deberá remitir toda la información necesaria para que el ISS realice el cálculo respectivo conforme a lo señalado en el artículo 7° del presente decreto. Una vez recibida la información contará con 20 días hábiles para manifestar si es viable el traslado.”.*

De acuerdo con las normas transcritas, las mismas establecen que cuando exista cambio de régimen o de administradora sin el cumplimiento de los términos previstos en la Ley, ésta no será válida y el afiliado estaría en un caso de multi-vinculación; así como, que no es permitido el traslado entre regímenes pensionales a quienes les falten menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, excepto para quienes cumplan los requisitos establecidos en las sentencias C – 789 de 2002 y C – 1024 de 2004, momento en el cual recuperan el régimen de transición y para lo cual la entidad cuenta con 20 días hábiles para manifestar la viabilidad del traslado.

Así las cosas, se advierte que para el 24 de septiembre de 2009 la demandante contaba con 53 años de edad, por lo que no podía retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida de forma directa, sino que por el contrario, era necesario que la actora acreditara las exigencias contenidas en las sentencia emitidas por la H. Corte Constitucional.

En ese orden de ideas, se advierte que la sentencia C – 789 de 2002, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil, respecto al retorno al RPM, doctrinó:

*“En tal medida, la Corte establecerá que los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 resultan exequibles en cuanto se entienda que los incisos no se aplican a las personas que tenían 15 años o más de trabajo cotizados para el momento de entrada en vigor del sistema de pensiones consagrado en la Ley 100 de 1993, conforme a lo dispuesto en el artículo 151 del mismo estatuto.*

*Por supuesto, esto no significa que las personas con más de 15 años cotizados, y que se encuentran en el sistema de ahorro individual con solidaridad, se les*



*calcule su pensión conforme al régimen de prima media, pues estos dos regímenes son excluyentes. Como es lógico, el monto de la pensión se calculará conforme al sistema en el que se encuentre la persona.*

*Adicionalmente, resulta indispensable armonizar el interés en proteger la expectativa legítima de las personas que habían cumplido quince años o más cuando entró en vigencia el sistema, con el interés en que el régimen de prima media tenga los recursos suficientes para garantizar su viabilidad financiera. También resultaría contrario al principio de proporcionalidad, que quienes se trasladaron de este régimen al de ahorro individual, y después lo hicieron nuevamente al de prima media, reciban su pensión en las condiciones del régimen anterior, sin consideración del monto que hubieran cotizado.*

*Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:*

- a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y*
- b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.*

*En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida.”.*

A su vez, la sentencia C – 1024 de 2004, M.P. Dr. Rodrigo Escobar Gil mantuvo el requisito del tiempo de servicio para retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, así:

*“De suerte que, a juicio de esta Corporación, siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido<sup>[16]</sup>, no puede desconocerse la potestad*



*reconocida a las personas previstas en las hipótesis normativas de los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas, conforme lo expuso esta Corporación en Sentencia C-789 de 2002 (M.P. Rodrigo Escobar Gil).*

Así las cosas, para poder retornar en cualquier tiempo del RAIS al RPM, el afiliado debería haber cotizado un total de 15 años de servicios o como ha sido entendido, su homologación en 750 semanas cotizadas durante su vida laboral, requisito que tampoco cumple la demandante, pues cotizó un su vida laboral un total de 468.71 semanas, que son equivalentes a casi 10 años de cotización, por lo que en efecto no podía retornar al régimen pensional administrado en su momento por el Instituto de Seguros Sociales hoy Administradora Colombiana de Pensiones, pues no cumplía con el requisito de cotizaciones dispuesto tanto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 e interpretado en las sentencias a las que se ha hecho mención, por lo que la decisión de traslado adoptada por el ISS en el escrito de fecha 27 de enero de 2010, no sería válida.

Al respecto, es necesario señalar que contrario a lo aducido por el fallador de primer grado, el error administrativo en que incurrieron tanto el entonces ISS, como la administradora de pensiones privada, no puede convalidar el traslado efectuado por la demandante Mariela Álzate Villarraga, pues el mismo no cumplió con los requisitos establecidos en la ley, para que en realidad se pudiese materializar el mismo. Aunado a lo anterior, es preciso advertir que si bien la actuación negligente y en todo caso reprochable de parte de la administradora de pensiones privada de no informar a la demandante en momento anterior al 2016 la imposibilidad de su traslado y de efectuar un cobro de aportes pensionales a la DIAN, tampoco es suficiente argumento para pasar por alto los requisitos necesarios para poder



trasladarse en cualquier tiempo entre regímenes pensionales, por lo que se revocará la decisión de primer grado en su integridad y en su lugar se absolverán de las súplicas de la demanda.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la demandada DIAN, se advierte que la misma ha venido dando cumplimiento al pago de los aportes en la administradora de pensiones a la que se encuentra afiliada la demandante, por lo que no hay lugar a imponer declaración o condena alguna en su contra.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primer grado quedan a cargo de la demandante y sin ellas en el grado jurisdiccional de consulta.

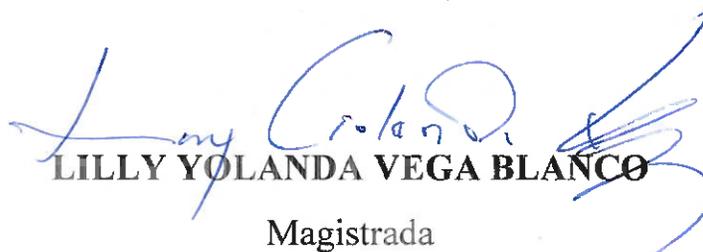
#### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: REVOCAR** la sentencia proferida el 27 de octubre de 2020 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. **COSTAS.** Sin lugar a su imposición en el grado jurisdiccional de consulta y las de primer grado a cargo de la demandante. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**

  
LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO  
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-032-2019-00201-01. Proceso Ordinario Mariela Álzate Villarraga contra Colpensiones y Otras (Consulta Sentencia).

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



**República de Colombia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-034 2019 00530 01. Proceso Ordinario de Javier Fernando Corredor Barriga contra Colpensiones. (Apelación sentencia).**

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, así como el grado jurisdiccional de consulta en su favor en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 9 de diciembre de 2020.

**ANTECEDENTES:**

Solicitan el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral que previa declaración de que le asiste el derecho al reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el Decreto 758 de 1990 a partir del 12 de octubre de 2014; o en subsidio de la anterior pretensión solicitó se declare su estado de invalidez de origen común y que como consecuencia de ello se condene a la demandada reconocimiento y pago de la pensión de invalidez a



partir del 26 de octubre de 2016. Finalmente solicitó se ordene la devolución de los dineros que debió cotizar al régimen subsidiado administrado por Colombia Mayor, por ser la demandada quien lo obligó a seguir cotizando para poder acceder al reconocimiento de la pensión de vejez.

Como fundamento de sus pretensiones señala en esencia que 12 de octubre de 1954 y que es beneficiario del régimen de transición que establece el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al contar 750 semanas a su entrada en vigencia, y que tiene derecho a extender su aplicación hasta el año 2014, conforme lo establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

Afirmó que en el año 2004 dejó de efectuar cotizaciones bajo el convencimiento de que contaba con el número de semanas necesarias para acceder al reconocimiento de su pensión de vejez; y que en el año 2014 se acercó a la demandada a solicitar el reconocimiento de dicha prestación y los asesores le indicaron que aun no le asistía el derecho porque debía completar 1.300 semanas, y que por esa razón decidió cotizar al a Colombia Mayor a partir del 1° de febrero de 2017.

Indicó que de acuerdo con su historia laboral actualizada hasta el año 2019 cuenta con un total de 1.185 semanas con antelación al año 2004, y que a pesar de que en ésta se indica que existió simultaneidad en 74 semanas ello no es posible en la medida que laboró en dos empresas en forma coetánea; y que por tal razón dicha información es errónea.

Señaló que mediante la Resolución SUB99790 de 27 de abril de 2019, la demandada negó el reconocimiento de la pensión bajo el argumento de que no cumplía con el requisito del tiempo de cotizaciones, dado que solo contaba



con 1.043 semanas de cotización; decisión que fue confirmada con la Resolución DPE 5102 del 25 de junio de 2019.

Adujo que la pensión de invalidez le fue negada en tanto que su pérdida de capacidad laboral era inferior al 50% a pesar de que en el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de la Pérdida de Capacidad Laboral, el cual se encuentra ejecutoriado, indica que el mismo es del 68,98%.

Una vez notificada la entidad accionada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia, que el demandante no acredita la densidad de semanas cotizadas que exige el Acuerdo 049 de 1990 en tanto que en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad reúne 86 semanas y un total de 961 semanas; de otra parte indicó que el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez señala que el origen de su estado de invalidez es laboral. Propuso en su defensa las excepciones que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, compensación, entre otras.

La *aquo* condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 13 de octubre de 2014 en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, al considerar en esencia que el demandante sí ostenta la condición de beneficiario del régimen de transición que establece la Ley 100 de 1993, al acumular un total de 1.283,14 semanas. De igual forma accedió al reconocimiento de los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y declaró probada la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas antes del 19 de enero de 2016.



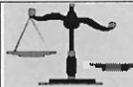
Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandada interpuso recurso de apelación.

### **FUNDAMENTOS DEL RECURSO**

Aduce la apoderada de la entidad demandada en primer término que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, a pesar de que efectuarse el estudio contaba con el computo de semanas, para la entrada en vigencia del Acto Legislativo no contaba con la densidad de semanas establecido en el Decreto 758 de 1990, puesto que el mismo exige que se acrediten más de 1000 semanas de cotización, pero el demandante tan solo tenía reportadas 961 semanas dentro de su histórico laboral.

En relación con los periodos que dispuso computar la juez de primer grado por el periodo comprendido entre el 1° de marzo de 2003 y el 30 de julio de 2004, que se encontraba con la novedad de no registro de relación laboral, aduce que se presenta la figura del allanamiento a la mora pro parte del empleador y que es este quien tiene la obligación de realizar las cotizaciones, pues su representada no puede reconocer tiempos ni valores que no fueron efectivamente cotizados al sistema.

Aduce en tal sentido, se tenga en cuenta que a partir de la promulgación del Acto Legislativo 01 de 2005, uno de los ejes fundamentales es el principio de sostenibilidad financiera; y que esas moras por partes de los empleadores contravienen dicho principio, en tanto que obligan a las administradoras a asumir un cargo respecto del cual no han sido empleadores y no se tiene previsto.



De otra parte, expuso que respecto de los periodos en que no se tiene claridad si se solicitó una relación laboral, pero que en apariencia existió una mora patronal, existió una omisión tanto en el reporte de las cotizaciones como de las novedades de retiro o de afiliación; y frente a ello existen varias tesis por parte de la Corte Suprema de Justicia, como lo son que el afiliado cause cotizaciones con su trabajo y que además se le deduzcan las sumas que corresponden al salario mensual y por tanto no debe soportar un grave perjuicio por causa ajena, la que a su juicio también se puede establecer respecto de su representada, puesto que nada a tenido que ver con la relación laboral y por tanto, de acuerdo con el principio de sostenibilidad no puede asumir valores sobre los cuales no fueron cotizados efectivamente al sistema.

Señaló que se intentó dar el estatus de pensionado respecto de la prima desafiliación, pero el demandante continuó cotizando al sistema, y que la Ley 797 de 2003 establece que la desafiliación se tiene que dar para adquirirlo, la cual en el asunto no se había prestado para tal calenda.

Finalmente, en relación con los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se ha dicho que son un castigo respecto de una omisión que se da al reconocer unas mesadas pensionales, pero que en el asunto al accionante no se reconoció la mesada pensional porque se estableció que a este no le nacía ningún derecho pensional y en razón a ello tampoco lo nació el derecho accesorio.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la anterior determinación fue adversa a una entidad respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir el conocimiento de la decisión



de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si es procedente el reconocimiento de la prestación de vejez a favor del demandante y de ser así, si la misma se reconoció en debida forma por parte de la servidora judicial de primer y si hay lugar al pago de los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Con tal propósito corresponde tener en cuenta que, no es objeto de discusión entre las partes que el demandante nació el 12 de octubre de 1954, que se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y que para la entrada en vigencia de dicho conjunto normativo reunía más de 750 semanas de cotización; razón por la que en principio es beneficiario del régimen de transición que establece este conjunto normativo en su artículo 36 y que en virtud del mismo tiene derecho a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Sin embargo, dado que con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se introdujeron modificaciones al tema pensional y entre ellos, estableció en su párrafo transitorio número 4<sup>1</sup> un límite temporal a la vigencia

---

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



del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 al señalar que no podría aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, el 29 de julio de 2005 hubieren acumulado por los menos 750 semanas de cotización, pues para este grupo de afiliados el régimen se mantiene hasta el año 2014; corresponde establecer si la demandante se encuentra dentro de alguno de estos supuestos.

Así las cosas, se ha de tener en cuenta que conforme con lo dispuesto en el artículo 12 Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo año, los hombres pueden acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en él establecida con 60 años de edad y la cotización de 500 semanas en los 20 años anteriores a su cumplimiento o 1000 semanas en cualquier tiempo.

En el asunto se advierte que al tenor de tal disposición la demandante cumplió la edad mínima para pensionarse el 12 de octubre de 2014 y en lo que respecta a la densidad de cotizaciones, dada la discrepancia existente entre las partes, corresponde a esta Corporación analizar el material probatorio allegado al proceso, a efectos de establecer si es procedente el cómputo de las semanas que tuvo en cuenta la servidora judicial de primer grado, esto es, el periodo comprendido entre el mes de marzo de 2002 y el mes de junio de 2004, y la totalidad de los días reportados respectos los ciclos de septiembre de 1999 y noviembre y diciembre de 2000.

En este punto interesa precisar a la recurrente, que los periodos cuyo cómputo dispuso la servidora judicial de primer grado, sí fueron cancelados, de esa forma se establece del reporte de semanas cotizadas expedido el 18 de febrero de 2020 y que aportó la propia entidad demandada, en el que se advierte que el pago del periodo de aportes comprendido entre el mes de marzo de 2002 y el mes de junio de 2004, se efectuó el 28 de mayo de 2015; y los demás ciclos fueron pagados y reportados en un número de días superior al que



efectivamente computó la demandada; sin embargo, frente al periodo de cotizaciones entre los años 2002 y 2004 la demandada se consignó la observación “No registra la relación laboral en afiliación para este pago”.

En respuesta dada al demandante el 21 de septiembre de 2016, mediante el oficio SEM-1087703<sup>2</sup>, la demandada reconoció el pago del referido periodo, sin embargo, aduce<sup>3</sup> que no efectúa su cómputo en tanto que fueron cancelados en forma extemporánea por el empleador y que para ese momento no se encontraba vigente la relación laboral; trámite administrativo que a juicio de la Sala no tiene porqué soportar el demandante; máxime cuando el referido periodo en mora debió ser objeto de cobro coactivo oportunamente por la demandada en virtud de la obligaciones que tenía como administradora, pues tal como lo recordó la máxima Corporación de Justicia Laboral, entre otras en sentencias del 22 de julio de 2008, dentro del radicado 34270 y del 8 de octubre de 2014 dentro del radicado 46591, una de las principales funciones y responsabilidades a cargo de las Administradoras de Fondo de Pensiones es la de garantizar los derechos conferidos por el sistema a sus afiliados en términos de eficiencia, eficacia y oportunidad.

Bajo tal perspectiva ningún reproche merece a la Sala la determinación que adopto la servidora judicial de primer grado, al efectuar el cómputo del referido periodo.

En tal sentido, tampoco merece reparo alguno el reconocimiento de la pensión de vejez a favor del demandante en los términos del Acuerdo 049 de

<sup>2</sup> Cfr Expediente administrativo, archivo GEN-ROS-CO\_2016\_2413972\_20160922.

<sup>3</sup> “...le informamos que los ciclos 2000/03, y 2002/03 a 2004/07, fueron cancelados por SIDAUTO S A de forma extemporánea, fecha para la cual no tiene relación laboral con dicho empleador, razón por lo cual no contabilizan en la Historia Laboral; [p]ara solucionar dicha inconsistencia le sugerimos requerir al empleador copia de la liquidación de la reserva actuarial con pago expedida por el ISS o Colpensiones; [u]na vez tenga los documentos deberán radicarlos en un Punto de Atención al Ciudadano. En caso de no contar con los soportes mencionados el empleador deberá solicitar la devolución de los aportes en mención y posteriormente solicitar el cálculo actuarial a Colpensiones de dichos aportes, para que le sean aplicados en su Historia Laboral.”



1990 dada su condición de beneficiario del régimen de transición pues además de cumplir con el supuesto establecido en el párrafo transitorio 4 del Acto Legislativo 01 de 2005, causó el derecho en el año 2014; ello en cuanto incluso para el 29 de julio de 2005 ya contaba con 1.283,14 semanas de cotización y como se advirtió, cumplió los 60 años de edad el 12 de octubre de 2014.

Ahora, en lo que respecta a la fecha a partir de la cual se debe reconocer el derecho pensional, es del caso recordar que la jurisprudencia laboral, reiterada entre otras en la sentencia SL5603 de 2016, ha considerado que, una cosa es la causación del derecho y otra es su disfrute, materializándose el primero, con el cumplimiento de los requisitos de semanas o tiempo de servicio y el acaecimiento de la edad respectiva que trae la norma; mientras que el disfrute, al tenor de lo que establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, se presenta una vez se produzca la correspondiente desafiliación.

En tal sentido, si bien el cumplimiento de los requisitos mínimos en cabeza del afiliado, no implica por sí solo el reconocimiento de la prestación de vejez, en tanto para ello es necesaria la desafiliación; interesa señalar que la jurisprudencia laboral también ha enseñado que existen algunas excepciones a tal criterio general siendo procedente bajo ciertas circunstancias el reconocimiento del derecho pensional aun cuando el afiliado no se haya desafiliado y registre aportes con posterioridad a la causación del derecho, bien porque se haya visto apremiado a seguir cotizando ante la renuencia de la administradora de fondo de pensiones al reconocimiento del derecho, o porque es inducido a error, de esa forma lo adoctrinó la alta Corporación entre otras en sentencia del 6 de julio de 2011, dentro del radicado 38.558, en sentencia del 15 de mayo de 2012, dentro del radicado 37.798 y en la sentencia SL6159 del 11 de mayo de 2016.



El anterior criterio es plenamente aplicable al presente asunto, pues a pesar de que el demandante solicitó la corrección de su reporte de semanas cotizadas mediante múltiples derechos de petición desde el año 2016, la demandada no accedió a ello, lo que a lo sumo lo indujo a efectuar nuevas cotizaciones a partir del año 2017; de manera que se confirmará la decisión que en punto a la fecha de reconocimiento de la prestación adoptó la servidora judicial de primer grado.

En lo que respecta al monto de la prestación, tampoco merece objeción la determinación de primera instancia, al reconocerla en cuantía equivalente al salario mínimo mensual legal vigente, no solo por el ingreso base de liquidación sobre el que se realizaron los aportes, sino porque tal determinación no mereció ningún reparo al actor y el grado jurisdiccional de consulta se suerte en favor de la entidad pública demandada.

### **INTERESES MORATORIOS**

En punto al reconocimiento de los intereses de mora, corresponde a la Sala recordar que acorde con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los mismos se encuentran concebidos en relación con la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo que significa que su reconocimiento pende del retardo en que incurra la entidad pagadora en la no cancelación oportuna de la prestación a la que legalmente se tiene derecho, pues su objeto es precisamente que una vez se solicite el derecho por parte de su titular y se verifiquen los requisitos que causan la prestación, el responsable u obligado la reconozca y pague dentro del término legalmente establecido a efectos de no causar al aspirante a pensionado un verdadero perjuicio por la tardanza injustificada de la entidad de pensiones.



En el caso objeto de estudio en tanto la demandante solicitó el reconocimiento de la prestación de vejez el 19 de enero de 2019, fecha en la que como se indicó, cumplía con los supuestos para el reconocimiento de la prestación de vejez, motivo por el que conforme con lo previsto en el artículo 4° de la Ley 797 de 2003, el término que se confirió al Legislador para el reconocimiento del derecho pensional es de cuatro meses, resulta procedente reconocer intereses de mora a partir del 19 de mayo de la misma anualidad, los que se reconocerán hasta la fecha en que se efectúe el pago correspondiente, de acuerdo con lo que para el efecto prevé el artículo 141 de la Ley 100 de 1993; tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

En lo que respecta a la prosperidad parcial de la excepción de prescripción se ha igualmente de confirmar la decisión de primera instancia pues si bien el derecho se causó con el cumplimiento de la edad por parte del demandante el 12 de octubre de 2014, éste elevó reclamación tan solo hasta el 19 de enero de 2019, de manera que, al tenor de lo dispuesto en los artículos 151 y 6° del C.P.T. y S.S., las mesadas causadas con anterioridad al 19 de enero de 2016 se encuentran prescritas, en tanto la demanda se radicó dentro del término trienal de prescripción.

Hasta acá el análisis del Tribunal. No se impondrá condena en costas en esta instancia en tanto el conocimiento del asunto también se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

### **DECISIÓN:**

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,



**RESUELVE:**

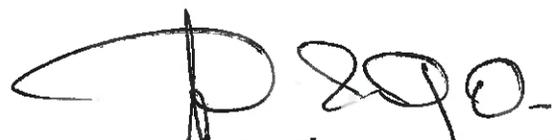
**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida el 9 de diciembre de 2020 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO.- COSTAS** sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 036 2018 00363 01 Proceso Ordinario  
Apelación de sentencia Blanca Cecilia Urrego Urrego contra  
Administradora Colombiana de Colpensiones y Otra.**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 2 de octubre de 2020.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la ineficacia de su afiliación a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., y como consecuencia de ello, la vigencia de su



afiliación al régimen de prima media con prestación definida; se condene a la demandadas a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes indebidamente realizados desde el 1° de agosto de 199 por su indebida afiliación al RAIS.

Como sustento de sus pretensiones, expresó en esencia, que nació el 28 de agosto de 1963 y estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales en forma ininterrumpida durante el periodo comprendido entre el 21 de julio de 1983 y el 31 de julio de 1999.

Señaló que el 30 de junio de 1999 atendió el requerimiento atendió la solicitud de traslado del régimen de prima media con prestación definida a Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A..

Afirmó que la representante de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., que le prestó el servicio de asesoría al momento del traslado no le suministró información con la transparencia necesaria para garantizar su derecho a la toma correcta de la selección de régimen pensional; ni le brindó la información idónea acerca de las ventajas y desventajas que se podían originar por el traslado de régimen pensional.

Refirió que el representante de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. le aseguró que podría pensionarse a la edad que quisiera, que el valor de la mesada no afectaría las expectativas del régimen que traía; y que de continuar afiliada al Instituto de Seguros Sociales su derecho pensional se podría ver afectado en la medida que dicha entidad iba a desaparecer.



Indicó que atendió la solicitud de traslado a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., el 31 de agosto de 2006, sin que para ese momento se le entregara información con la transparencia necesaria para garantizar el derecho a la toma correcta de la decisión de continuar afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad; que en virtud del deber de dar permanente asesoría a sus afiliados no le suministró por iniciativa propia ninguna clase de información relacionada con su expectativa pensional, ni le informó acerca del impedimento que se presentaría al cumplir los 47 años de edad de regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones<sup>1</sup> Adujo al efecto que dentro del expediente no obra prueba de que se haya hecho incurrir en error o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho para regresar el régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la causal, entre otras.

Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.<sup>2</sup> precisó que si bien afiliación de la demandante al fondo de pensiones por ella administrado, no se produjo como consecuencia del traslado de régimen pensional; a su juicio no basta con citar y/o invocar vicios del consentimiento, sino que se debe explicar y probar en que consiste cada uno de ellos; agregó que se encuentra la declaración de consentimiento de la demandante y que para el momento en que se produjo la afiliación la legislación vigente no le imponía a los fondos privados la obligación a los afiliados acerca de la posibilidad de cambiar de régimen

<sup>1</sup> Cfr fls 129 y 161 del expediente digital.

<sup>2</sup> Cfr. fls 177 a 195 del expediente digital.



pensional. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.<sup>3</sup> adujo que la afiliación del demandante con la AFP Horizonte fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como quedó consignado en el correspondiente formulario de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, buena fe, compensación e inexistencia de la obligación.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante que se hizo efectivo el 1° de agosto de 1999 con la AFP Porvenir S.A. y como consecuencia de ello condenó a la demandada Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar a Colpensiones los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos cotizaciones y rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por mesadas o gastos de administración.

Inconformes con la determinación la apoderada de Colpensiones, así como el apoderado de Old Mutual Skandia Pensiones y Cesantías S.A. interpusieron recurso de apelación los cuales les fueron concedidos.

## FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colpensiones indicó que si bien en las sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia se ha indicado que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos indistintamente de si los afiliados son o no beneficiarios del régimen de transición, también lo es que ese deber de

---

<sup>3</sup> Cfr fls 273 a



información ha venido variando con el tiempo, sin que para ese momento la Ley 100 de 1993 estableciera que se debieran realizar simulaciones comparaciones, máxime cuando de acuerdo con la edad de la demandante para ese momento era imposible prever en qué condiciones sería sus cotizaciones pensionales, que por tal razón la suscripción del formulario de afiliación es válida, y no hay lugar a declarar su ineficacia en tanto se suscribió de manera libre y sin presiones, rentre personas capaces de acuerdo con el ordenamiento legal que se exigía par la época.

Agrega que en consecuencia el deber de información exigido quedó debidamente acreditado con la firma del formulario de afiliación; y que adicionalmente no se puede dejar de lado que de acuerdo con el criterio de la Corte Suprema de Justicia cada caso se debe analizar de forma particular, y solicita en tal sentido se tenga en cuenta que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición ni contaba con una expectativa legítima de pensión.

Sostiene que en el evento en que la demandante hubiere recibido una asesoría adecuada por parte del fondo privado respecto a las características de cada régimen pensional, esta situación se vio saneada con el tiempo porque estuvo afiliada a dicho régimen pro espacio de 11 años, antes de estar inmersa en la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 del año 2003; teniendo tiempo de sobra para preocuparse por algo tan importante como su fututo pensional o enterarse, como fue de público conocimiento que Colpensiones pasó a ser la administradora del régimen de prima media; y que como la demandante no se acercó a averiguar por su futuro pensional, ello permite concluir que fue su voluntad permanecer en el régimen de ahorro individual.

Afirma que además se debe tener en cuenta que de acuerdo con el nivel académico y profesional de la demandante al momento del traslado tenía cierta facilidad para conocer sus deberes como consumidora financiera y las consecuencias del negocio jurídico que estaba suscribiendo; máxime cuando



la propia Corte Suprema en su precedente señala en la importancia de distinguir entre un afiliado experto y uno lego.

Por su parte la apoderada de la demandada Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A. recurrió la determinación relativa a deducir suma alguna por gastos de administración, aduce al efecto que la comisión que se deduce por este concepto no se encuentra destinada a financiar la prestación económica de la demandante, sino a retribuir o remunerar las actividades que los fondos de pensiones realizan en la gestión y consolidación de la cuenta del afiliado.

Agrega en tal sentido que como dichas actividades no fueron ejecutadas por la Colpensiones, no es posible ordenárseles trasladar unos recursos respecto los cuales no ha hecho ninguna gestión, porque ello conllevará un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

En relación con la prima del seguro previsional, aduce que el objeto del presente proceso es la pensión de vejez y no las contingencias de invalidez y de sobrevivencia, frente a las que la demandante se vio beneficiada durante toda su cobertura, y dichos recursos ya no se encuentran en poder de su representada, porque para tal efecto se contrató una aseguradora que cubriera dichos riesgos.

Agrega que si bien se está ante una ineficacia de la afiliación, no se puede dejar de lado la aplicación de la teoría de las restituciones mutuas, que debe operar en este tipo de situaciones, como lo sería en este caso el seguro previsional.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo



dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas las siguientes.

### CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que contrario a lo que plantean las recurrentes, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación de los Fondos de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, de allí que no sean de recibo los planteamientos expuestos por los recurrentes.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>4</sup>, posición que fue

---

<sup>4</sup> “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la

---

*afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:*

*"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."*

***Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".***

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

***En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."***



información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional; de igual forma es importante recalcar que en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., al momento del traslado debió dar a conocer a la demandante las posibilidades del futuro de su derecho pensional, exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.



Pues, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva; y que contrario a lo que plantea la apoderada de Colpensiones no es dable tener por saneadas por circunstancias accidentales que se presentan con posterioridad a tal acto como la permanencia del afiliado en el régimen de ahorro individual.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación de la demandante.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación efectuada a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia de ello las afiliaciones que se realizaron con posterioridad, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a



que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante se encuentra afiliada a Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Porvenir S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración, motivo por el que se adicionará la decisión de primer grado en éste último sentido; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado



En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si siempre hubiere permanecido en el régimen de prima media con prestación definida, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, *“Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social”* lo que de contera permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.



## DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

## RESUELVE

**PRIMERO.- CONDENAR** a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a COLPENSIONES el valor de los recursos que descontó por concepto de cuotas de administración, en los periodos en que la demandante estuvo afiliada a ella.

**SEGUNDO.- ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** lo demás la decisión de primer grado.

**TERCERO.- COSTAS.** Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada



*Lilly Yolanda Vega Blanco*  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

*P 292*  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado *Sede vob  
parcial*

*[Faint, illegible text]*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**SALA LABORAL**

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 110013105 037 2019 00189 01. Proceso Ordinario de Elkin Antonio Gutiérrez Velásquez contra Drummond Ltd. (Fallo de Segunda Instancia).**

En Bogotá D. C., treinta (30) de noviembre de dos mil veintiuno (2021), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, y de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

**SENTENCIA:**

ELKIN ANTONIO GUTIÉRREZ VELÁSQUEZ convocó a DRUMMOND LTD., para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de ineficacia de despido: reintegro y pago de salarios y prestaciones compatibles legales y extralegales dejadas de percibir; indexación y costas del proceso.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,

**HECHOS:**



Laboró para la convocada desde el 6 de agosto de 2000 hasta el 31 de agosto de 2015, cuando le comunicaron la terminación del contrato de trabajo a partir del 13 de agosto de 2015, data para la cual se encontraba desempeñando el cargo operario de mantenimiento, con salario promedio de \$14.737,61 hora.

Se encontraba afiliado al Sindicato “SINTRAMIENERGÉTICA”, beneficiario de la convención colectiva suscrita con Drummond Ltd., y la empresa previó a su retiro, no realizó el procedimiento previsto convencionalmente para el periodo 2010-2013 en el artículo 6°, el cual sanciona con ineficacia el despido cuando no se surte.

El 24 de abril presentó reclamación solicitando declaración de ineficacia del despido y como consecuencia su reintegro y pago de los demás derechos reclamados, la cual fue negada el 4 de mayo de 2017.

### **ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:**

La demanda fue admitida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 3 de abril de 2019. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderada procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos aceptó unos y otros no; propuso las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, pago y buena fe.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 3 de marzo de 2020, **ABSOLVIENDO** de las pretensiones e impuso costas a cargo de la activa.



Como la decisión fue totalmente adversa a la activa quien adujo la condición de trabajador y no se interpuso recurso, se procede a desatar el grado jurisdiccional de consulta.

### **CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:**

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo ya que no se avizora estructuración de nulidad que invalide lo actuado.

No habiendo sido objeto de controversia el vínculo que sostuvieron las partes, se entrara al análisis de las pretensiones de la demanda.

### **INEFICACIA DEL DESPIDO – REINTEGRO:**

El procedimiento extralegal que rememora la activa para sustentar su aspiración, se encuentra reglado en el artículo 6 de la convención colectiva de trabajo vigente para el periodo 2010-2013, para imposición de sanciones disciplinarias y terminación del contrato con justa causa legal, y su inobservancia acarrea como consecuencia que la decisión adoptada en uno u otro sentido, carezca de efecto.

A sazón de lo anterior, la activa reclama su reintegro al puesto de trabajo sobre la base que el fenecimiento del vínculo no surtió ningún efecto, y en esos términos, es necesario establecer los alcances del aludido precepto.



Emerge con meridiana claridad del texto normativo extralegal, que el procedimiento tiene razón frente a las infracciones o faltas que cometa el empleado en desempeño de su actividad, comprometiendo los intereses de la empleadora, su recta ejecución, su normal funcionamiento, la disciplina y orden, incumplimiento de obligaciones y deberes impuestos en el ordenamiento positivo del trabajo, y en general, cualquier otra situación que enrostre su recto proceder en la ejecución del vínculo, de tal suerte que con ese acontecer se garantice la posibilidad de exculparlas o derruirlas a través del ejercicio del derecho de contradicción y defensa y con ellos garantizando el debido proceso, el cual arrojará como su resultado mediante la valoración razonada de las mismas, su establecimiento y consecuencias correspondientes, pues en el caso de la sanción disciplinaria, lo que busca es corregir la conducta irregular del empleado, sin poner fin al vínculo, mientras que la terminación del vínculo tratándose de faltas imputables al empleado, puede surgir porque, i) la infracción implique valorar la conducta desplegada por el empleado para establecer con acierto su configuración <<subjetiva>>, ii) la falta impacte de tal manera la ejecución del contrato de trabajo, que no amerite valoración para concluir su configuración, o, iii) por razones objetivas que impidan su continuidad.

Conforme lo anterior, el procedimiento previo a la imposición de la sanción siempre operara, mientras que para el caso de fenecimiento del vínculo, quedará condicionado a la primera situación, pues en sólo en ese primer evento resulta admisible su aplicación, pues amén de que diga genéricamente para terminar los contratos con justa causa legal, valga decir, las consagradas en el ordenamiento positivo como justificativas para la terminación del contrato de trabajo por parte del empleador, no todas requieren para su constatación que se verifique el procedimiento previsto para tratar de preservarlo, que es lo que persigue el normativo extralegal, pues como se expresó algunas son de contenido objetivo o impactan de tal manera la ejecución del contrato de trabajo, que sólo basta atestar su configuración.



Interpretar lo contrario constituiría no sólo desviar el alcance del verdadero sentido y alcance de lo reglado extralegalmente, sino declinar el ordenamiento jurídico que establece un procedimiento especial para el caso de las justas causas establecidas del numeral 9º en adelante, del literal “a” del artículo 62 del código sustantivo del trabajo, precisamente por su naturaleza.

La razón que condujo a que la empleadora finiquitara el contrato de trabajo, consistió en que al empleado le fue reconocida pensión de invalidez, es decir, se fundamentó en causal objetiva para justificar su determinación, de tal suerte que no estaba atada a surtir el procedimiento previsto en el normativo extralegal que sólo tiene operancia cuando se trata de infracciones o faltas endilgadas al trabajador, por lo tanto, al ser inaplicable la disposición extralegal para que la empleadora procediera válidamente a terminarle el vínculo al empleado, y en la que la activa sustenta la ineficacia de la decisión para pretender el reintegro al puesto de trabajo, las pretensiones están llamadas a la improsperidad, no sin antes resaltar lo infundado de la pretensión, considerando que, la naturaleza misma de la prestación pensional de invalidez, desnaturaliza lo anhelado, pues ésta impide la capacidad de trabajo del empleado, la cual constituye precisamente, la razón fundante que da origen a su reconocimiento.

### **DECISIÓN:**

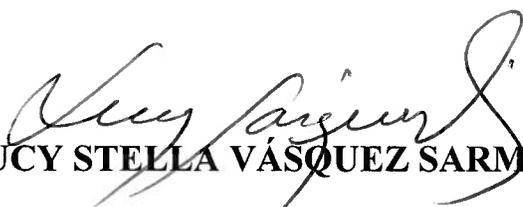
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

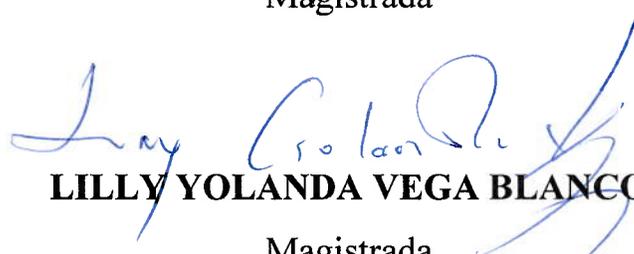


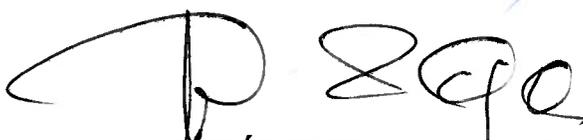
## RESUELVE

**CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia. Sin costas de instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada

  
**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-038 2019 00518 01. Proceso Ordinario de Justiniano Salguero Salguero contra Colpensiones. (Apelación sentencia).**

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 17 de noviembre de 2020.

**ANTECEDENTES:**

Solicita el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral que previa declaración de que dentro de los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión cotizó 526 semanas y que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez establecida en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; se condene a la demandada al reconocimiento y pago indexado de las mesadas pensionales a partir del mes de septiembre



de 2010, junto con los intereses moratorios que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Como fundamento de sus pretensiones señala en esencia que es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 por cuanto para el 1° de abril de 1994, contaba con 43 años.

Afirmó que comenzó a cotizar el Instituto de Seguros Sociales desde el año 1975 hasta el año 1978, y que a pesar de que laboró para el Consorcio ICA-Grandicon entre los años 1977 y 1985, pero que no fue afiliado por cuanto el Instituto de Seguros Sociales no tenía cobertura en donde se desarrolló el proyecto San Carlos, y que posteriormente volvió a realizar cotizaciones desde el mes de febrero de 1993 hasta el mes de febrero de 2004

Indicó que para el año 2004 acumulaba un total de 662 semanas de las cuales 526 se realizaron en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión, es decir, entre el 9 de septiembre de 1990 y el 9 de septiembre de 2010.

Finalmente indicó que tan pronto cumplió los 60 años de edad y posteriormente en el año 2014, solicitó el reconocimiento del derecho pensional, el cual fue negado en las dos oportunidades por la entidad demandada.

Una vez notificada la entidad accionada dio respuesta a la acción en oposición a las pretensiones, para lo cual adujo en esencia que si bien el demandante era beneficiaria del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, con ocasión a la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, para el año 2010



ya no era beneficiaria del mismo. Formuló en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

El *aquo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones, para lo cual consideró en esencia que si bien el demandante era beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 por la edad, no cumplió los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 dentro del límite temporal establecido en el Acto Legislativo 01 de 2005.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la anterior determinación fue adversa a los intereses del demandante y no fue recurrida, de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto para que se surtiera el grado jurisdiccional de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

### **CONSIDERACIONES**

El conflicto jurídico que dio origen a la iniciación del presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala, se contrae a establecer si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, así como los intereses de mora que establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.



Con tal propósito corresponde tener en cuenta que, no es objeto de discusión entre las partes que el demandante nació el 9 de septiembre de 1950, que se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, ni que acumuló hasta el año 2004 un total de 661,86 semanas de cotización. Aspectos que por demás se establecen de la copia del documento de identificación<sup>1</sup>, así como del reporte de semanas cotizadas<sup>2</sup>.

De acuerdo con las anteriores premisas, advierte la Sala que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el demandante cumplía el requisito de la edad para ser beneficiario del régimen de transición que dicho conjunto normativo establecía en su artículo 36, y que en virtud del mismo tiene derecho a la aplicación del Acuerdo 049 de 1990.

Sin embargo, dado que con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se introdujeron modificaciones al tema pensional y entre ellos, estableció en su párrafo transitorio número 4<sup>3</sup> un límite temporal a la vigencia del régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 al señalar que no podría aplicarse más allá del 31 de julio de 2010, salvo para quienes a la entrada en vigencia del referido Acto Legislativo, esto es, el 29 de julio de 2005 hubieren acumulado por los menos 750 semanas de cotización, pues para este grupo de afiliados el régimen se mantiene hasta el año 2014; corresponde establecer si la demandante se encuentra dentro de alguno de estos supuestos.

Así las cosas, se ha de tener en cuenta que conforme con lo dispuesto en el artículo 12 Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de ese mismo

<sup>1</sup> Cfr fl 11 expediente digitalizado.

<sup>2</sup> Expediente Aactivo. GRP-SCH-HL-2017\_7143694-20170711022632

<sup>3</sup> "Parágrafo transitorio 4o. El régimen de transición establecido en la Ley 100 de 1993 y demás normas que desarrollen dicho régimen, no podrá extenderse más allá del 31 de julio de 2010; excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas al menos 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presente Acto Legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014".



año, los hombres pueden acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en él establecida con 60 años de edad y la cotización de 500 semanas en los 20 años anteriores a su cumplimiento o 1000 semanas en cualquier tiempo.

En el asunto se advierte que al tenor de tal disposición el demandante cumplió la edad mínima para pensionarse el 9 de septiembre de 2010, esto es con posterioridad al límite temporal previsto en el Acto Legislativo 01 de 2005, motivo por el que la única posibilidad para que pueda acceder al reconocimiento de la prestación de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, es con la acreditación de 750 semanas al 29 de julio de 2005, a efectos de que el régimen de transición se le extienda hasta el año 2014.

Pese a lo anterior, como se indicó en forma precedente el accionante acumuló hasta el año 2004 un total de 661,86 semanas de cotizaciones ante la demandada, y a pesar de que afirma haber prestado servicios para el Consorcio ICA- Grandicon entre los años 1977 y 1985, no es procedente el cómputo del referido periodo, en tanto que, como bien lo reconoce el demandante, no fue afiliado por cuenta de éste ante el Instituto de Seguros Sociales, de manera que no se puede obligar a la demandada a asumirlo, de acuerdo con el criterio sentado por la máxima Corporación de Justicia Laboral, entre otras en sentencias del 22 de julio de 2008, dentro del radicado 34270 y del 8 de octubre de 2014 dentro del radicado 46591.

En ese orden, dado que el demandante no acreditó el cumplimiento de los requisitos previstos en el Acuerdo 049 de 1990 para el reconocimiento de la pensión de vejez, dentro de los límites establecidos por el Acto Legislativo 01 de 2005, para la aplicación del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 del que era beneficiario; no resta más que confirmar la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado; no sin antes advertir que en todo caso tampoco resulta procedente acceder al reconocimiento de tal derecho con los nuevos requisitos previstos en la propia Ley 100 de 1993 y las normas que lo



modificaron, pues para la data en que cumplió la edad mínima debía acreditar por lo menos 1.300 semanas de cotización.

Hasta acá el análisis del Tribunal. No se impondrá condena en costas en esta instancia en tanto el conocimiento del asunto también se asumió en el grado jurisdiccional de consulta.

### **DECISIÓN:**

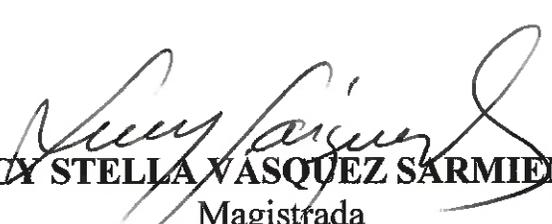
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

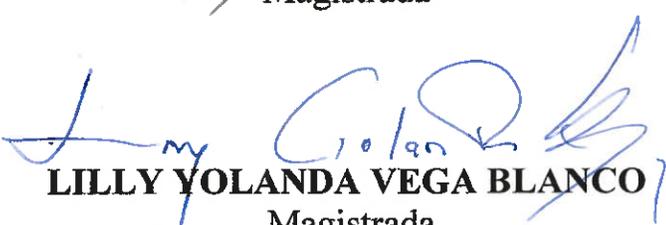
### **RESUELVE:**

**PRIMERO.- CONFIRMAR** la sentencia proferida el 17 de noviembre de 2020 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO.- COSTAS** sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
**LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**  
Magistrada

  
**LILLY YOLANDA VEGA BLANCO**  
Magistrada



**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**  
Magistrado



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 038 2019 00530 01 Proceso Ordinario  
Apelación de sentencia Martha Flórez Archila contra Administradora  
Colombiana de Colpensiones y Otra.**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el día 3 de junio de 2021.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado o afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A., que su consentimiento fue viciado por error al momento de tomar la decisión de



trasladarse por falta de información, clara, expresa y detallada, la cual omitió suministrar la AFP Porvenir S.A.; se ordene a esta última permitir su traslado y transferir de manera inmediata los recursos depositados su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos que se hubiesen generado durante todo el tiempo que estuvo vinculada, y se ordene a Colpensiones aceptar el traslado.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, expresó que nació el 22 de septiembre de 1960, que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de enero de 1978 hasta el 7 de octubre de 1997.

Indicó que no recibió por parte del asesor de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, al momento de su afiliación una explicación clara, detallada y precisa sobre las consecuencias que le traería el cambio de régimen, tampoco se realizó una proyección de manera concreta sobre el monto de la pensión que la actora recibiría al cambiarse.

Aduce que en consecuencia nunca se le suministraron elementos de juicio suficientes al momento de vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad, con el fin de tomar una decisión informada y con discernimiento sobre el particular y de esa forma determinar qué era lo más conveniente y beneficioso.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual, pues el traslado se efectuó con plena voluntad de la demandante, quien la solicitó al suscribir el formulario de afiliación; y que no acreditó error, fuerza o dolo en la afiliación: Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de



derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo que la afiliación de la demandante fue una decisión libre e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, acerca del funcionamiento del RAIS y en especial de sus condiciones pensionales individuales. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; y como consecuencia de ello condenó a esta última a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que recibió de los empleadores de la demandante, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

Inconformes con la determinación las apoderadas de las demandadas AFP Porvenir y Colpensiones interpusieron recurso de apelación los cuales les fueron concedidos.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión de primer grado, o en su defecto se ordene a la AFP Porvenir S.A. devolver todas las sumas que percibió por concepto de aportes en forma indexada.



Con tal propósito aduce en primer término que no es viable requerir las mismas formalidades de la asesoría que solamente fueron exigidas hasta el año 2009, con la Ley 1328, cuando dicho deber se convirtió en el de asesoría y buen consejo.

Sostiene en el mismo, que darle el mismo alcance a un deber que solo se ha dado con el transcurso del tiempo no es jurídicamente viable, pues comporta exigir a las administradoras de pensiones obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento en que se efectuó el traslado de régimen, desconociendo el principio de confianza legítima, de legalidad y el debido proceso, en virtud de los cuales se da la exigencia de ajustarse a las normas existentes al acto que se juzga; lo que afirma vulnera los derechos de su representada al ser un tercero que no participó en el acto del traslado y ser quien eventualmente tenga que reconocer el derecho prestacional correspondiente.

Indica que debe realizarse el análisis de cada caso en particular con el objeto de evitar reglas generales y automáticas que permitan el traslado de régimen pensional; y que en el presente asunto se está ante una afiliada que contó con una información que en su momento le permitió tomar la decisión de realizar su traslado, la cual efectuó de manera voluntaria, al considerar que era más beneficiosa para sus intereses futuros; y que una motivación económica sean razones suficientes para considerar que no se le suministró toda la información necesaria para predecir las consecuencias de su futuro pensional.

Solicita se tenga en cuenta frente a la afiliación voluntaria lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, el cual establece la obligación de aceptar a todos los afiliados que lo soliciten siempre que cumplan con los requisitos para afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, de manera que no le es dable rechazar las afiliaciones o desincentivarlas, pues ello podría



constituirse como un mecanismo de selección inversa que se encuentra proscrito de nuestro ordenamiento jurídico.

Aduce en el mismo sentido que el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 dispone las únicas personas que podrían ser excluidas del régimen de ahorro individual con solidaridad

Por su parte la apoderada de la AFP Porvenir S.A. solicita se revoque en su totalidad la decisión de primer grado, para lo cual aduce que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, el mismo no se puede aplicar de manera objetiva, sino que se debe analizar las circunstancias de cada caso en concreto, tal como lo ha indicado el Tribunal.

Sostiene que no es dable declarar la ineficacia en la afiliación con base en la falta al deber de información cuando el mismo no era obligatorio para su representada, teniendo en cuenta la circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual estableció como única exigencia para que se entendiera materializado y valido el traslado, que la afiliada expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario de conformidad con la normatividad vigente sobre el particular, y que como consecuencia de ello su representada cumplió con todas las obligaciones a su cargo; pues las obligaciones que se le exigen surgieron con ocasión a la expedición de la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014, de manera que para el momento del traslado de la demandante no le era exigible a su representada la entrega de documentos y bastaba una asesoría verbal.

Agrega que la permanencia de la actora en el régimen de ahorro individual ratifica la existencia de una decisión libre, voluntaria e informada, en los términos en que lo prevé el artículo 1752 del Código Civil, relativo al saneamiento del consentimiento por ratificación.



Expresa que tampoco es razonable deducir que la ineficacia del traslado sea por falta de consentimiento o vicios en el mismo, toda vez que su representada le brindó a la demandante una asesoría oportuna en donde se le informó ampliamente acerca de las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, lo que a su juicio se aprecia en el formulario suscrito por la demandante.

Finalmente señala que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, en tanto que de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media también se destina un 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, los que no forman parte integral de la pensión y que en razón a ello están sujetos a la prescripción; y que la Superintendencia Financiera expresó en concepto del 17 de enero de 2020 que las únicas sumas a retornar ante la ineficacia del traslado son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros en consideración que la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual; determinación que a su juicio constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas las siguientes.

## CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que contrario a lo que plantean las recurrentes, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, de allí que no sea de recibo el planteamiento expuesto por el recurrente.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>1</sup>, posición que fue

---

<sup>1</sup> “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

*"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a*



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional; de igual forma es importante recalcar que en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de

---

*colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."*

***Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".***

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

***En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."***



entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió dar a conocer a la demandante al momento del traslado las posibilidades del futuro de su derecho pensional, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas; exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Pues, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta



Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, contrario a lo que plantean los recurrentes, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también



lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante continúa afiliada a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.



Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** lo demás la decisión de primer grado.

**TERCERO.- COSTAS.** Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO  
Magistrada

  
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO  
Magistrada



**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**

Magistrado *Solus vobis  
parcial*



*República de Colombia*

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL**

**ACTA DE SALA**

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

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

**Ref.: Radicación N° 11-00-131-05 038 2019 00530 01 Proceso Ordinario  
Apelación de sentencia Martha Flórez Archila contra Administradora  
Colombiana de Colpensiones y Otra.**

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para proferir la decisión de fondo que en derecho corresponde dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, el día 3 de junio de 2021.

**ANTECEDENTES:**

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de su traslado o afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad con la AFP Porvenir S.A., que su consentimiento fue viciado por error al momento de tomar la decisión de



trasladarse por falta de información, clara, expresa y detallada, la cual omitió suministrar la AFP Porvenir S.A.; se ordene a esta última permitir su traslado y transferir de manera inmediata los recursos depositados su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos que se hubiesen generado durante todo el tiempo que estuvo vinculada, y se ordene a Colpensiones aceptar el traslado.

Como sustento de sus pretensiones, en lo que interesa al asunto, expresó que nació el 22 de septiembre de 1960, que estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales desde el 20 de enero de 1978 hasta el 7 de octubre de 1997.

Indicó que no recibió por parte del asesor de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, al momento de su afiliación una explicación clara, detallada y precisa sobre las consecuencias que le traería el cambio de régimen, tampoco se realizó una proyección de manera concreta sobre el monto de la pensión que la actora recibiría al cambiarse.

Aduce que en consecuencia nunca se le suministraron elementos de juicio suficientes al momento de vincularse al régimen de ahorro individual con solidaridad, con el fin de tomar una decisión informada y con discernimiento sobre el particular y de esa forma determinar qué era lo más conveniente y beneficioso.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. La Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones argumentó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual, pues el traslado se efectuó con plena voluntad de la demandante, quien la solicitó al suscribir el formulario de afiliación; y que no acreditó error, fuerza o dolo en la afiliación: Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de



derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción e imposibilidad jurídica para cumplir las obligaciones pretendidas.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. adujo que la afiliación de la demandante fue una decisión libre e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de su decisión, acerca del funcionamiento del RAIS y en especial de sus condiciones pensionales individuales. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del del acto de traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizado a través de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.; y como consecuencia de ello condenó a esta última a trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores que recibió de los empleadores de la demandante, por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima.

Inconformes con la determinación las apoderadas de las demandadas AFP Porvenir y Colpensiones interpusieron recurso de apelación los cuales les fueron concedidos.

### **FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS**

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión de primer grado, o en su defecto se ordene a la AFP Porvenir S.A. devolver todas las sumas que percibió por concepto de aportes en forma indexada.



Con tal propósito aduce en primer término que no es viable requerir las mismas formalidades de la asesoría que solamente fueron exigidas hasta el año 2009, con la Ley 1328, cuando dicho deber se convirtió en el de asesoría y buen consejo.

Sostiene en el mismo, que darle el mismo alcance a un deber que solo se ha dado con el transcurso del tiempo no es jurídicamente viable, pues comporta exigir a las administradoras de pensiones obligaciones y soportes de información no previstas en el ordenamiento jurídico vigente al momento en que se efectuó el traslado de régimen, desconociendo el principio de confianza legítima, de legalidad y el debido proceso, en virtud de los cuales se da la exigencia de ajustarse a las normas existentes al acto que se juzga; lo que afirma vulnera los derechos de su representada al ser un tercero que no participó en el acto del traslado y ser quien eventualmente tenga que reconocer el derecho prestacional correspondiente.

Indica que debe realizarse el análisis de cada caso en particular con el objeto de evitar reglas generales y automáticas que permitan el traslado de régimen pensional; y que en el presente asunto se está ante una afiliada que contó con una información que en su momento le permitió tomar la decisión de realizar su traslado, la cual efectuó de manera voluntaria, al considerar que era más beneficiosa para sus intereses futuros; y que una motivación económica sean razones suficientes para considerar que no se le suministró toda la información necesaria para predecir las consecuencias de su futuro pensional.

Solicita se tenga en cuenta frente a la afiliación voluntaria lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley 100 de 1993, el cual establece la obligación de aceptar a todos los afiliados que lo soliciten siempre que cumplan con los requisitos para afiliarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, de manera que no le es dable rechazar las afiliaciones o desincentivarlas, pues ello podría



constituirse como un mecanismo de selección inversa que se encuentra proscrito de nuestro ordenamiento jurídico.

Aduce en el mismo sentido que el artículo 61 de la Ley 100 de 1993 dispone las únicas personas que podrían ser excluidas del régimen de ahorro individual con solidaridad

Por su parte la apoderada de la AFP Porvenir S.A. solicita se revoque en su totalidad la decisión de primer grado, para lo cual aduce que si bien existe un precedente del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, el mismo no se puede aplicar de manera objetiva, sino que se debe analizar las circunstancias de cada caso en concreto, tal como lo ha indicado el Tribunal.

Sostiene que no es dable declarar la ineficacia en la afiliación con base en la falta al deber de información cuando el mismo no era obligatorio para su representada, teniendo en cuenta la circular 19 de 1998, emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, la cual estableció como única exigencia para que se entendiera materializado y valido el traslado, que la afiliada expresara su voluntad a través del diligenciamiento del formulario de conformidad con la normatividad vigente sobre el particular, y que como consecuencia de ello su representada cumplió con todas las obligaciones a su cargo; pues las obligaciones que se le exigen surgieron con ocasión a la expedición de la Ley 1328 de 2009 y la Ley 1748 de 2014, de manera que para el momento del traslado de la demandante no le era exigible a su representada la entrega de documentos y bastaba una asesoría verbal.

Agrega que la permanencia de la actora en el régimen de ahorro individual ratifica la existencia de una decisión libre, voluntaria e informada, en los términos en que lo prevé el artículo 1752 del Código Civil, relativo al saneamiento del consentimiento por ratificación.



Expresa que tampoco es razonable deducir que la ineficacia del traslado sea por falta de consentimiento o vicios en el mismo, toda vez que su representada le brindó a la demandante una asesoría oportuna en donde se le informó ampliamente acerca de las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, lo que a su juicio se aprecia en el formulario suscrito por la demandante.

Finalmente señala que no es factible ordenar la devolución de los gastos de administración, en tanto que de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en el régimen de prima media también se destina un 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia, los que no forman parte integral de la pensión y que en razón a ello están sujetos a la prescripción; y que la Superintendencia Financiera expresó en concepto del 17 de enero de 2020 que las únicas sumas a retornar ante la ineficacia del traslado son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de primas de seguros en consideración que la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual; determinación que a su juicio constituye un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones.

### **GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas las siguientes.

## CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que contrario a lo que plantean las recurrentes, la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse, de allí que no sea de recibo el planteamiento expuesto por el recurrente.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga<sup>1</sup>, posición que fue

---

<sup>1</sup> “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

*"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a*



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional; de igual forma es importante recalcar que en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de

---

*colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."*

***Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".***

*Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.*

***En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."***



entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En tal sentido, el sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., debió dar a conocer a la demandante al momento del traslado las posibilidades del futuro de su derecho pensional, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que, a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas; exponiéndole en todo caso de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder a los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra y comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida.

Pues, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo debe ofrecer un formulario de vinculación, sino acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta



Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva.

No desconoce la Sala que tal como lo ha reconocido la máxima Corporación de Justicia Laboral, el cumplimiento obligaciones que se han impuesto a las administradoras de fondos de pensiones ha tenido diversas etapas; sin embargo, contrario a lo que plantean los recurrentes, la obligación de suministrar la información clara, comprensible y oportuna se desprende de lo que al efecto estableció el Decreto 663 de 1993, norma vigente para el momento de la afiliación.

Sentado lo anterior, es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”, por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también



lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados; y aun cuando los gastos de administración no hacen parte del derecho pensional, no es procedente declarar la prosperidad de la excepción de prescripción en la medida que la obligación de su devolución surge como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante continúa afiliada a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros, incluyendo en ellos las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS; y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado

En igual sentido, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional de la demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle, por lo que se adicionará el fallo de primer grado en dicho sentido.



Hasta aquí el análisis de la Sala. Sin costas en esta instancia.

### DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

### RESUELVE

**PRIMERO.- ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá dentro del presente asunto, en el sentido de **AUTORIZAR** a COLPENSIONES a reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

**SEGUNDO.- CONFIRMAR** lo demás la decisión de primer grado.

**TERCERO.- COSTAS.** Sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

  
LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO  
Magistrada

  
LILLY YOLANDA VEGA BLANCO  
Magistrada



**LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL**

Magistrado *Solvo voto  
parcial*