

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR OCTAVIO GARCÍA LEÓN
CONTRA SANITAS EPS Y COLSANITAS S. A. – J 2021-0679**

Bogotá, D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Se resuelve el recurso de apelación propuesto por la apoderada de la parte demandada SANITAS EPS, contra el fallo dictado el 1 de diciembre de 2022 por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud. En dicha sentencia se accedió parcialmente a las pretensiones de la demanda y se condenó a la EPS accionada a reembolsar al demandante la suma de \$9.566.885 con los que sufragó el procedimiento quirúrgico ordenado para el tratamiento de su osteomielitis crónica.

ANTECEDENTES

OCTAVIO GARCÍA LEÓN, a través de apoderado judicial, elevó solicitud ante la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD para que, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, ordene a SANITAS E.P.S. y a COLSANITAS S.A. el reembolso de \$18.367.129 (suma superior a 20 SMLMV en la fecha de presentación de la demanda) que pagó por el procedimientos *secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de tibia y peroné*, que le fueron ordenados para el tratamiento de una *osteomielitis crónica*.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que en marzo de 2021 fue valorado por el médico general de la EPS SANITAS -entidad a la que se encuentra afiliado- quien lo remitió a la especialidad de ortopedia, misma que

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

sólo tenía disponibilidad para el 15 de abril de ese mismo año. Asegura que el médico de la EPS ignoró y pasó por alto que se encontraba afectado por una *osteomielitis crónica, infección que se genera en los huesos*, en este caso en *la tibia de la pierna izquierda*, la cual *podía causar infección en tejidos blandos* según lo diagnosticó el médico ortopedista, traumatólogo e infectólogo SERGIO ALEJANDRO NOSSA ALMANZA de la IPS INSTITUTO ROOSEVELT a quien acudió de manera particular el 15 de marzo de 2021. Indica que el 16 de marzo de 2021 fue valorado por RODRIGO SOTO, especializado en cirugía reconstructiva, quien conceptuó que *“el paciente cursa con osteomielitis crónica, por lo cual se decide manejo integral y en conjunto requiriendo manejo intrahospitalario por 2 semanas y al menos 2 procedimientos quirúrgicos por lo cual se decide realizar procedimiento en Instituto de Ortopedia Roosevelt ya que esta institución cuenta con la experiencia y la posibilidad de manejo conjunto e interdisciplinario”*. Refiere que el 23 de marzo siguiente solicitó a la EPS accionada le autorizara, con carácter urgente y prioritario, la realización de la *“cirugía en dos tiempos primer tiempo desbridamiento óseo y escisión de piel, más colgajo de hemigastrocnemio y posible hemisferio soleo, toma de cultivos, ab inicial clindamicina, hasta manejo según antibiograma”* en el Instituto Roosevelt, la cual fue ordenada prioritariamente por el médico ortopedista SERGIO ALEJANDRO NOSSA ALMANZA, petición que fue resuelta de manera ambigua el 30 de marzo de 2021, pues sólo se hizo la transcripción de los artículos 153 y 168 de la Ley 100 de 1993 relacionados con la libertad de escogencia de la IPS con la cual la EPS haya celebrado convenios para la prestación de servicios. Alude que promovió acción de tutela contra la EPS la cual correspondió por reparto al Juzgado 56 Penal Municipal con Función de Control de Garantías, en la cual se declaró la carencia de objeto por hecho superado por haberse realizado el procedimiento ordenado de manera particular. Advierte que, como asumió el costo del procedimiento, el 5 de mayo de 2021 solicitó a la EPS el reembolso de la suma de \$18.367.129, petición frente a la cual esa entidad *volvió a ser evasiva y con barreras de carácter tecnológico*, motivo por el que el 21 de mayo de 2021 manifestó su rechazo a la comunicación. Asevera que mediante oficio DMS-EPS-00281-21 del 9 de

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

junio de 2021, SANITAS EPS negó el reembolso pedido aduciendo “*incumplimiento de los parámetros legales establecidos*” (archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 2 de septiembre de 2021 la Superintendencia Nacional de Salud admitió la demanda y requirió al Instituto Roosevelt con el fin de que informara: “*si Octavio García León (...) fue atendido como paciente particular, por el servicio de urgencias, por el servicio de consulta externa, o remitido por su entidad aseguradora; si realizó el proceso de verificación de derechos del usuario, identificando la entidad responsable del pago de los servicios de salud que demandara y el derecho a ser atendido; si hace parte de la red de prestadores de SANITAS EPS, y, de ser así, desde qué fecha; si el señor Octavio García León o alguno de sus familiares, informó su afiliación a SANITAS EPS; si informó a SANITAS EPS, el ingreso del señor Octavio García León; en caso de urgencia, si realizó el proceso de referencia y contra referencia del paciente*”. Además, le pidió que remitiera “*copia de la factura y/o certifique el pago con ocasión a los servicios de salud prestados y requeridos por el usuario*” y “*copia de la historia clínica del señor Octavio García León*” (folios 4 y 5 archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SANITAS E.P.S., a través de apoderada judicial, rechazó las pretensiones de la demanda por carecer de fundamento legal y jurídico. Asegura que no negó los servicios POS y, por el contrario autorizó, dentro de la red adscrita, los procedimientos, actividades y valoraciones requeridas por el demandante con el fin de tratar su enfermedad cuando éste lo solicitó. Sin embargo, fue el propio demandante quien decidió continuar con la atención particular a través de una *atención electivo programada* y no de urgencias, con lo cual se incumplen los requisitos establecidos en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, la Ley 1122 de 2011 y la Ley 1949 de 2019 para la procedencia del reembolso solicitado en el proceso. Sostiene que el demandante, el 11 de marzo de 2021, solicitó valoración por medicina general, pero con el fin de que se le indicara si la EPS cubría la cirugía ordenada por un especialista particular, esto es, buscaba una autorización para la continuidad del manejo

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

clínico particular que ya venía cursando con el Dr. Soto, fue por ello la decisión médica de remitir al paciente con la especialidad de ortopedia, *a fin de darle manejo al diagnóstico de osteomielitis* y definir si el procedimiento ordenado era adecuado conforme a los lineamientos de la Corte Constitucional. Advierte que el cuadro clínico del paciente no era nuevo, sino que lo presentaba desde el año 2013 y, en todo caso, según se consignó en la consulta del 11 de marzo de 2021, venía presentando sintomatología desde el 20 de noviembre con manejo en España y posteriormente con el médico particular. En su defensa propuso las excepciones de *improcedencia de la petición por imposibilidad de alegar propia culpa, inexistencia de obligación de reembolso por inexistencia de situación de urgencia e inexistencia de negativa injustificada o negligencia demostrada* (ver contestación archivo 3.2 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En respuesta al requerimiento efectuado, el INSTITUTO ROOSEVELT aportó la historia clínica de la atención recibida en esa institución a partir del 26 de marzo de 2021. Además informó que el demandante asistió a esa IPS de manera particular el 9 de abril de 2021 para procedimiento programado por la especialidad de ortopedia y traumatología con diagnósticos de *defecto por reducción longitudinal de la tibia (En estudio), M868 – Otras osteomielitis, I10X- hipertensión esencial (primaria)*; el 3 de mayo de 2021 se surtió la validación interna de derechos de afiliación y entidad responsable del pago. Respecto a los servicios facturados, aclara que el paciente ingresó el 9 de abril de 2021 de manera particular para *procedimiento programado bajo cotización No. 0396 por valor de \$17.772.927 previamente consignados por el paciente*, sin embargo, ese instituto realizó la devolución de \$8.303.021, pues se generó una diferencia entre el valor cotizado y facturado, cifra que consignó al demandante el 4 de mayo de 2021. Indicó que frente a la consulta por el servicio de prioritaria se encuentra registro de factura en base de datos por los servicios prestados a cargo de EPS SANITAS por valor de \$250.839 (ver archivo 3.1 del expediente digital trámite de primera instancia).

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

Terminó la instancia con sentencia proferida el 1 de diciembre de 2022 por la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - SUPERINTENDENTE DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, quien accedió de manera parcial a las pretensiones formuladas en la demanda. Para tomar su decisión, evidenció de las pruebas aportadas al expediente por las partes, la negativa injustificada de la EPS de autorizar el procedimiento en el Instituto Roosevelt de la ciudad de Bogotá pese a que era parte de su red de prestadores, con lo cual se vulneró el derecho a la salud del accionante. Además, en razón a que el tratamiento médico fue ordenado por un médico tratante externo, precisamente, ante el incumplimiento de las obligaciones legales a cargo de la demandada por no brindar atención oportuna e integral, como quiera que en los términos del artículo 12 de la Ley 1171 de 2007 tenía 48 horas para autorizar consultas médicas especializadas a adultos mayores de 62 años. Advirtió que la EPS no está autorizada a rechazar sin fundamento científico el concepto de un médico no adscrito a su entidad *pues el paciente tiene el derecho a saber las razones médicas por las cuales se avala o se desestima la opinión del médico que se ha consultado*. Dispuso el reembolso de \$9.566.885 por ser la suma que se acreditó pagada (folios 21 a 57 del archivo 2 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La parte resolutive de dicha providencia es del siguiente tenor: “*PRIMERO: ACCEDER PARCIALMENTE a la pretensión incoada por el señor Octavio García León, en contra de la EPS Sanitas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído. SEGUNDO: ORDENAR a la EPS Sanitas reembolsar al señor Octavio García León la suma de nueve millones quinientos sesenta y seis mil ochocientos ochenta y cinco pesos (\$9.566.885,00), en el término de cinco (5) días, contados a partir de la ejecutoria de la presente providencia. TERCERO: APELACIÓN. La presente sentencia puede ser objeto de del recurso de apelación para que de ella conozca, en segunda instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial, Sala Laboral, del domicilio del apelante, el cual deberá interponerse ante este despacho, dentro del término de tres (3) días, contados a partir del día*

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

siguiente a la notificación de la sentencia, de conformidad con lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019”

APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, SANITAS EPS la apeló. Afirma que el servicio de salud se garantizó de manera efectiva, completa, oportuna y adecuada a través de su red prestadora, fue así como el 11 de marzo de 2021 el demandante acudió a valoración por medicina general y en abril de 2020 (sic) con la especialidad de ortopedia que indicó manejo con fisioterapia más no quirúrgico. Asegura que no hubo negativa del servicio y, por el contrario, validó el ordenamiento médico con el especialista par del médico particular ordenante, quien determinó un manejo diferencial al que se presentó y, en este caso, el paciente *prefirió el manejo particular bajo su total autonomía*. Sostiene que el demandante venía con manejo particular de larga data y fue sólo cuando requirió la autorización del procedimiento particular que decidió consultar al sistema obligatorio de salud para la atención de su padecimiento. De otro lado, indicó que el Instituto Roosevelt tiene convenio con esa entidad pero únicamente para pacientes pediátricos, no así para paciente mayor adulto, por lo que no es cierto que se generó una negativa en la libre escogencia de la red adscrita. Asegura que del informe técnico elaborado por la Superintendencia debió correrse traslado por configurarse como una prueba. Insiste en que la solicitud de reembolso no cumple con ninguno de los requisitos indispensables para su procedencia, pues no hubo negativa, ni negligencia de su parte en la autorización de servicios, y el que solicita no fue urgente. Pide que se revoque la sentencia y en su lugar se declare la prosperidad de las excepciones propuestas por esa EPS. En subsidio, se declare la nulidad de lo actuado conforme la causal 5 del artículo 133 del C.G.P. al impedirse por parte de la Delegada *el acceso a las pruebas fundantes de la decisión, como lo es el dictamen o experticia rendido* y, en ese sentido, previo a la emisión de la sentencia se le permita controvertir la prueba conforme a los parámetros

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

establecidos en el código general del proceso (archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue motivo de controversia en el trámite del proceso, ni lo es ahora, que OCTAVIO GARCÍA LEÓN está afiliado en el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en la EPS SANITAS. Tampoco se discute que el demandante asumió directamente el pago del procedimiento *“COLGAJO NEUROVASCULAR (EN ISLA), Vía A, Región Topográfica Extremidad Inferior Izquierda, 866101 - INJERTO DE PIEL PARCIAL EN AREA GENERAL HASTA EL DIEZ 10% DE SUPERFICIE CORPORAL TOTAL, Vía B, Región Topográfica Extremidad Inferior Izquierda, 770702 - SECUESTRECTOMIA, DRENAJE, DESBRIDAMIENTO DE TIBIA Y PERONE”* (archivo 3.1 del expediente digital) en cuantía de \$9.566.885, cifra a la que accedió la juez de primera instancia y frente a la cual no se presentó reparo.

En ese orden y atendiendo las materias de apelación, corresponde a la Sala determinar si resulta procedente el reembolso de la suma pagada por el demandante.

Para resolver lo que corresponde, los numerales 4 del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 y 12 del artículo 13 de la Ley 1438 de 2011 disponen para los afiliados del Sistema General de Salud la posibilidad de escoger libremente la entidad promotora de salud (EPS) que atenderá sus contingencias, selección de la cual depende la red de instituciones prestadoras de salud (IPS) a las que pueden acudir en casos de enfermedad. Sobre la limitación señalada, la Corte Constitucional ha dicho que *“la libertad de escogencia constituye un derecho en doble vía, pues en primer lugar es la facultad que tienen los usuarios para escoger las EPS a las que se afiliarán para la prestación del servicio de salud y las IPS en las que se suministrarán los mencionados servicios, y por el otro representa la potestad que tienen las EPS de elegir las IPS con las que se*

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

celebrarán convenios y la clase de servicios que se presentarán a través de ellas” (Corte Constitucional, sentencia T-171 de 2015, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

En igual sentido la sentencia T-238 de 2003, M.P. ALFREDO BELTRÁN SIERRA, dijo: *“las EPS’s (...) tienen la libertad de decidir con cuáles instituciones prestadoras de salud suscriben convenios y para qué clase de servicios. Para tal efecto, el único límite constitucional y legal que tienen radica en que se les garantice a los afiliados la prestación integral del servicio. De allí que, salvo casos excepcionales o en atención de urgencias, los afiliados deben acogerse a las instituciones donde son remitidos para la atención de su salud, aunque sus preferencias se inclinen por otra institución”.*

Por ello, y en principio, los afiliados están obligados a acudir para la atención de las contingencias de salud que se presenten a las IPS’s que forman parte de la red a la cual se encuentran vinculados.

Sin embargo, cuando en dichas instituciones no se garantiza la prestación integral del servicio al afiliado, por *incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones*, el usuario podrá acudir a otras entidades que no estén vinculadas a la red de servicios.

La excepción referida se encuentra regulada normativamente en el literal B del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, y en el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, que permiten el reembolso económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por: (i) la atención de urgencias en instituciones no adscritas a la red de con la cual existe convenio de su EPS; (ii) cuando los servicios hayan sido autorizados expresamente por la EPS, o (iii) *“en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”.*

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

Con este marco normativo y jurisprudencial y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que ordenó el reembolso de los gastos en que incurrió OCTAVIO GARCÍA LEÓN para la realización de los procedimientos “*colgajo neurovascular (en isla), injerto de piel parcial en área general de hasta el diez 10% de superficie corporal total, secuestrectomía, drenaje, desbridamiento de tibia y peroné*” ordenado de manera conjunta por los especialistas en cirugía plástica y ortopedia para el tratamiento de *osteomielitis de la cortical*, pues en el expediente se demostró que la demandada incurrió en una *negativa injustificada* de garantizar la atención por cirugía del paciente.

De las pruebas aportadas y lo aceptado por la partes en la demanda y su contestación se concluye que dicho procedimiento le fue ordenado al demandante por parte de una junta quirúrgica conformada por las especialidades de ortopedia y cirugía plástica con carácter prioritario, como tratamiento de la *osteomielitis crónica en tibia izquierda* que le había sido diagnosticado, ya que había “*desalajo de fragmentos de hueso y posibilidad de colonización local por la infección*”, y que, aunque fue ordenado por un médico particular no adscrito a la red de prestadores de la EPS demandada, el demandante solicitó oportunamente autorización prioritaria del servicio pero este le fue negado con el argumento de que la institución en la que se sugería la realización del procedimiento no hacía parte de la red de prestadores, y por ello debía continuar el manejo institucional.

Adicionalmente, se probó que el demandante buscó la validación de la ordenada por el médico particular, y fue por ello que el 11 de marzo de 2021 acudió a consulta con medicina general, quien a su vez lo envió a la especialidad de ortopedia, pero la cita con esta especialidad no estaba disponible de manera prioritaria y debía esperar casi dos meses para su agendamiento, pese a que el artículo 12¹ de la Ley 1171 de 2007 la obligaba a otorgarla dentro de las 48

¹ “ARTÍCULO 12. CONSULTAS MÉDICAS. Sin perjuicio de los derechos que les asisten a los niños y a las niñas, las Empresas Promotoras de Salud deberán asignar los servicios de consulta externa médica, odontológica y por médico especialista y apoyos diagnósticos a los

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

horas siguientes, por ser un paciente que tiene más de 62 años de edad –tenía 65, según la historia clínica- (ver archivos 01, 02 y 03 del expediente digital).

Como se ve, y a pesar del carácter prioritario dado por los galenos al procedimiento para el tratamiento de su patología, la EPS no brindó una alternativa al actor para su realización en alguna institución que sí estuviera adscrita a su red, máxime que, tal como lo concluyó la juez de primer grado, se trataba de una atención en salud financiada por el plan de beneficios en salud y por tanto con cobertura de la UPC.

Vale la pena señalar que tampoco desvirtuó la orden del médico particular en razones científicas, como para negar la prestación por esa circunstancia. Sobre esto último, téngase en cuenta que la Corte Constitucional ha señalado que puede ser vinculante al concepto emitido por un médico tratante no adscrito a la EPS.- Así, si bien en principio la opinión del galeno tratante adscrito a la entidad constituye el principal criterio para determinar los insumos y servicios que requiere una persona, en tanto es la “(...) *persona capacitada, con criterio científico y que conoce al paciente*”², su criterio no resulta ser absoluto o exclusivo, pues en ciertos eventos lo prescrito por un médico particular puede llegar a ser vinculante para las entidades prestadoras del servicio de salud en circunstancias como las que refiere este expediente y que fueron señaladas en los párrafos precedente.

Para que proceda esta excepción, dice la Corte, debe configurarse alguna de estas hipótesis: (i) *La EPS conoce la historia clínica particular de la persona y al conocer la opinión proferida por el médico que no está adscrito a su red de servicios, **no la descarta con base en información científica.*** (ii) *Los profesionales de la salud adscritos a la EPS valoran inadecuadamente a la persona que requiere el servicio.* (iii) *El paciente ni siquiera ha sido sometido a la valoración de los especialistas que sí están adscritos a la EPS.* (iv) *La EPS*

afiliados mayores de 62 años dentro de las 48 horas siguientes a la solicitud por parte de estos

² Sentencia T-320 de 2009.

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

ha valorado y aceptado los conceptos rendidos por los médicos que no están identificados como “tratantes”, incluso en entidades de salud prepagadas, regidas por contratos privados (Sentencia T-508 de 2019). En estos eventos, el concepto médico externo vincula a la entidad promotora de salud y la obliga a “(...) confirmarlo, descartarlo o modificarlo con base en consideraciones suficientes, razonables y científicas, adoptadas en el contexto del caso concreto”^[124]³

En consonancia con ello, resulta contrario al derecho a la salud de una persona, la negativa de una entidad o institución prestadora de servicios de salud a acceder a un servicio o a un procedimiento médico tan solo bajo el argumento de que fue prescrito por un profesional de la salud que no integra su red de servicios a pesar de que: *“(i) Existe un concepto de un médico particular; (ii) Es un profesional reconocido que hace parte del Sistema de Salud; (iii) La entidad no ha desvirtuado dicho concepto, con base en razones científicas”⁴*, que es lo que aquí aconteció.

No resulta razonable afirmar, como se hace en la apelación, que se intentó validar la orden del médico particular con una consulta de ortopedia que se llevó a cabo el 21 de abril de 2021, pues para esa fecha ya se había efectuado la intervención quirúrgica -el 9 de abril de 2021- tal como se verifica incluso del *motivo de consulta* que se consigna en la historia clínica de esa fecha⁵. Por ello el *plan de manejo* ordenado en esa oportunidad de realizar terapia física integral, fue subsiguiente y consecuente al proceso de recuperación.

Ante la situación referida, se reitera, la EPS demandada no demostró haber tomado las medidas pertinentes para gestionar la realización del procedimiento en otra IPS como era su deber, al margen de que fuera o no parte de su red prestadora de servicios, de lo cual resulta clara su negligencia.

³ Negrilla y Subrayas de la Sala.

⁴ Sentencia T-637 de 2017.

⁵ “2 semanas de evolución limpieza osteomielitis tibia izquierda” (folio 21, archivo 3.2).

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679

Así las cosas, se demostraron los supuestos normativos para el reembolso de los gastos médicos en los que incurrió la parte actora por la cirugía requerida para el tratamiento de *osteomielitis crónica*, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a igual conclusión.

Finalmente, para responder a uno de los argumentos de apelación, la Sala estima que el informe técnico que realizó un médico adscrito a la SUPERINTENDENCIA sobre los documentos del expediente –en el cual se fundamenta parte de la decisión de primera instancia- no es una prueba en sí mismo, sino la valoración que hace la entidad en ejercicio de sus competencias de las pruebas que se aportaron. Además, en la decisión que se toma en segunda instancia se están valorando en conjunto *todas* las pruebas aportadas, según se señaló, y de ellas se obtiene la misma conclusión a la que arribó la juez de primer grado, sin que se adviertan omitidas las oportunidades para solicitar, decretar o practicar pruebas, ni que se hubiera omitido la práctica de alguna que, de acuerdo con la ley, sea obligatoria, razones suficientes para negar la anulación reclamada.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C.,

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR** la sentencia apelada.
- 2. COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

EXP. 00 2023 00297 01
Octavio García León contra Sanitas EPS y Colsanitas S.A. J 2021-0679



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 02 2019 00303 01
Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GUSTAVO EDUARDO VERGARA WIESNER
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. LA COMPAÑÍA
COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS - COLFONDOS S. A Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en su favor la sentencia dictada el 13 de marzo del 2023 por el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GUSTAVO EDUARDO VERGARA WIESNER presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S. A - COLFONDOS S. A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* del traslado al régimen de ahorro individual realizado el 6 de octubre de 1995 mediante afiliación a HORIZONTE hoy PORVENIR. Afirma que el fondo lo asesoró de manera

EXP. 02 2019 00303 01
Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.

errada e inadecuada sobre las desventajas del traslado y no le suministró información completa, verídica y comprensible sobre cuál era el régimen más conveniente para él antes de cumplir los 52 años. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR al traslado de los aportes, rendimientos y semanas cotizadas a COLPENSIONES, y a esta última a que aceptare la vinculación (ver demanda archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

El juzgado dispuso la vinculación al proceso como litisconsorte de la parte demandada de la AFP COLFONDOS.

Notificada la demanda, fue contestada por las demandadas mediante apoderados judiciales.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones afirmando que no se hizo incurrir en error al demandante ni existe algún vicio del consentimiento, y su voluntad se ratificó con la permanencia en el RAIS sin manifestar inconformidad. Por el contrario, afirma, las documentales aportadas con la demanda dan cuenta de que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria siguiendo los trámites señalados en las normas vigentes en esa época. Advierte que el actor no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y por ello le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es posible su traslado de régimen. En su defensa propuso las excepciones que denominó *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.*(ver contestación folios 73 a 108 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que el demandante realizó el traslado de forma libre, espontánea e informada y recibió del fondo la asesoría debida sobre condiciones, beneficios,

EXP. 02 2019 00303 01
Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.

características y las consecuencias del traslado de régimen pensional. Sostiene que las documentales allegadas permiten desestimar la existencia de algún vicio del consentimiento pues el demandante realizó traslados horizontales entre fondos, aportes voluntarios, y es, además, abogado y economista. Por lo anterior considera que la afiliación al RAIS es válida y no hay lugar a realizar traslado alguno de capital a Colpensiones. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y buena fe. (ver contestación folios 136 a 160 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS S.A. se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda. Afirma que las pretensiones no están dirigidas en su contra y quien debe pronunciarse es PORVENIR por tratarse de una situación ajena a COLFONDOS. Señala que se opone a lo solicitado por la demandante al no existir presupuestos de hecho y de derecho para acoger la pretensión. Señala que el deber de asesoría surge hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014, y que el demandante no hizo uso de su derecho al retracto. Asegura que el demandante no es beneficiario del régimen de transición al no contar 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la genérica* (ver contestación folio 4 a 15 archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de marzo de 2023, mediante la cual el Juez Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que HORIZONTE hoy PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y

EXP. 02 2019 00303 01

Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.

voluntaria caracterizada por la entrega de información suficiente sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que permitiera al demandante elegir la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado del señor GUSTAVO EDUARDO VERGARA WEISNER, identificado con cédula de ciudadanía 19.362.666 efectuado al régimen de prima media con prestación definida administrado por el Instituto de Seguros Sociales hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de la sociedad ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS HORIZONTES S.A. hoy PORVENIR S.A., según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior CONDENAR a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., y COLFONDOS S.A., pensiones y cesantías a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el bono de pensión y los rendimientos de igual modo, las citadas administradoras de fondo de pensiones deberán devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía mínima con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus valores junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, índice base de cotización, IBC, aportes y demás información relevante que lo justifique. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte al demandante en el régimen de prima media con prestación definida reactive su afiliación en el mismo, sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros que se le sean trasladados del régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). CUARTO: DECLARAR no probada las excepciones propuestas por las partes demandadas dentro de este asunto conforme quedo expuesto. QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR S.A. y a favor de la parte demandante se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo mensual legal*

EXP. 02 2019 00303 01
Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.

vigente. SÉPTIMO: CONSULTAR esta sentencia con el superior en lo desfavorable a COLPENSIONES de conformidad con el artículo 69 del código procesal del trabajo y la seguridad social” (Audiencia virtual, récord 51:57, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES afirma que el demandante, al momento de solicitar el traslado, se encontraba inmerso en la prohibición legal del artículo 2° de la Ley 797 de 2003¹ y permaneció por más de 24 años en fondos privados realizando diferentes traslados horizontales, por lo que no existió vicio alguno en su consentimiento. Sostiene que, si bien la AFP debió informar de manera suficiente al actor, esto no lo exoneraba de ilustrarse como persona capaz y profesional en derecho sobre las normas que

¹ “Gracias su señoría me permito respetuosamente presentar recurso de apelación frente a la presente decisión: En primer lugar teniendo en cuenta la previsión legal que recae sobre el demandante ya que al momento de solicitar el retorno se encontraba dentro de la prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 del 2003 la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100, igualmente sobre la no acreditación de los vicios del consentimiento teniendo en cuenta pues que el demandante decidió permanecer en fondos privados por más de 24 años y hizo diferentes traslados de forma horizontal quiere decir que entendía funcionamiento y se encontraba conforme con estos traslados y con el manejo que se le estaba dando a su cuenta de ahorro, respecto al deber de información pues si bien la AFP debió informar de manera suficiente al actor esto no lo exoneraba del deber de concurrir suficientemente ilustrado a la escogencia de su régimen pensional del cual dependían sus expectativas económicas y de plazo para acceder a la prestación por vejez como tampoco lo sustraiga la aplicación de la ley para darle un tratamiento desigual como si su capacidad para celebrar actos y contratos estuviese menguada frente a la definición de un acto de la mayor importancia en la medida de que de su elección dependerían las condiciones de cubrimiento de las contingencias amparadas por el sistema de seguridad social y en particular la de vejez lo que convierte en un afiliados en incapaces para suscribir contratos, igualmente luego la sala a tener en cuenta la calidad profesional del demandante ya que al momento de realizar el traslado era mayor de edad plenamente capaz profesional en derecho como lo indicó razón por la cual no debe considerarse al afiliado al afiliado como un afiliado lego y mucho menos alegar el desconocimiento de la norma para su propio beneficio ruego tener en cuenta pues que la declaración injustificada de declaratoria eficacia traslado a una afiliada al régimen de prima media al RAIS afecta a la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados en caso de no acogerse los argumentos expuestos por mi representada en consecuencia la sala confirme la providencia objeto alzada sin que ninguna manera se entienda reconocidas las pretensiones solicito se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de la administradora colombiana previo el cumplimiento de la devolución de la totalidad de la suma sobrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante por la AFP como son cotizaciones rendimiento financiero bonos pensionales cuotas abonadas gastos de administración y los demás a que hubiera lugar debidamente indexados por el periodo que permaneció afiliado al fondo privado, como quiera que mi representada no podrá dar cumplimiento del fallo hasta tanto la AFP reintegre los recursos y actualice la base de datos de la demandante respectivamente asimismo se ordena la AFP no realizar descuentos por concepto de seguro de invalidez o de vejez en estos términos de lo sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias.”.

EXP. 02 2019 00303 01
Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.

regularían su situación pensional. Señala que el traslado afecta la sostenibilidad financiera del Sistema Pensional y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados (Audiencia virtual, récord 1:03:23, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

EXP. 02 2019 00303 01

Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 38² años de edad y había cotizado 402,71³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (la historia laboral allegada acredita 6 años, 11 meses, 3 días⁴), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de acceso a la pensión (le faltaba solo un año -ver folio 5 del archivo 1 del expediente digital).

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

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

² Nació el 21 de octubre de 1957.

³ Ver historia laboral expedida por Ministerio de Hacienda para Bono Pensional, folio 193 archivo 01 del expediente digital.

⁴ *Ibidem*.

⁵ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia "(...) dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la

EXP. 02 2019 00303 01

Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.

Según dicho criterio, los jueces deben declarar la ineficacia del traslado de régimen cuando ocurran las circunstancias que definen (entre otras) las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020.

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

nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados.

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

EXP. 02 2019 00303 01
Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.

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

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las características del régimen sino también sobre las desventajas que pudiera tener de forma específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información “*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”, hecho que no confesó ocurrido el demandante al absolver el interrogatorio de parte, pues allí dijo que el asesor junto con el personal de

EXP. 02 2019 00303 01
Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.

recursos humanos en una corta reunión indicaron que el ISS iba a desaparecer sin informar sobre los rendimientos o cuál era el capital requerido para pensionarse, o si tenía derecho al traslado (Audiencia virtual del 13 de marzo de 2023, récord 32:00).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de COLFONDOS S.A. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA), pues para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las comisiones conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de

EXP. 02 2019 00303 01
Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.

1993⁷, los cuales se deben entregar “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

⁷ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de

EXP. 02 2019 00303 01
Gustavo Eduardo Vergara Wiesner contra Colpensiones y otros.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 07 2020 00030 01
Nydia Elizabeth González Barrios contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE NYDIA ELIZABETH GONZÁLEZ BARRIOS
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 17 de enero de 2023 por el Juez Séptimo (07) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NYDIA ELIZABETH GONZÁLEZ BARRIOS presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad por ineficacia* del traslado al régimen de ahorro individual, con fundamento en la *omisión al deber de información, engaño, error y asalto a la buena fe de la actora*. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional y demás dineros aportados durante la afiliación, y a esta última a inscribir a la demandada sin solución de continuidad y a contabilizar las semanas cotizadas en el RAIS (ver demanda archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 07 2020 00030 01
Nydia Elizabeth González Barrios contra Colpensiones y otro.

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones, con fundamento en que no se aporta prueba que demuestre que a la demandante se le hizo incurrir en error o que existe algún vicio del consentimiento. Por el contrario, afirma, las documentales dan cuenta de que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, sin constreñimientos o presiones indebidas. Advierte que la actora no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y por ello le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que impide su traslado de régimen. En su defensa propuso las excepciones que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.*(ver contestación folios 3 a 43 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PORVENIR S.A se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que la afiliación de la actora, en el año de 1996, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada lo que se evidencia del documento de vinculación en el que consta la declaración escrita del artículo 114 de la Ley 100 de 1994. Asegura que realizó la respectiva asesoría en la cual informó de manera clara, precisa y veraz las características del RAIS las implicaciones de la decisión y el estudio individual de su afiliación. Advierte que a la demandante le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica* (ver contestación folios 2 a 44 del archivo 3 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 07 2020 00030 01
Nydia Elizabeth González Barrios contra Colpensiones y otro.

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de enero de 2023, mediante la cual el Juez Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria, pues no probó la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que permitiera elegir a la demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante NYDIA ELIZABETH GONZÁLEZ BARRIOS con la AFP PORVENIR contenido en el formulario número 685761 del 16 de febrero de 1996. SEGUNDO: Se ORDENA a PORVENIR a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante NYDIA ELIZABETH GONZÁLEZ BARRIOS dinero que debe incluir los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante desde 1996 tales como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden judicial para lo cual se le concede a PORVENIR el término de 30 días contados a partir de la notificación del auto de obediencia al superior deberá presentar un informe al despacho debidamente pormenorizado, discriminando los respectivos valores objeto de devolución, el detalle preciso de los ciclos, ingreso base de cotización, valor de los aportes, valor de los descuentos de los aportes que se devuelven a Colpensiones, el valor de la indexación y toda la información relevante que lo justifique y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad al régimen de prima media con prestación definida que*

EXP. 07 2020 00030 01

Nydia Elizabeth González Barrios contra Colpensiones y otro.

administra esto desde su afiliación inicial al instituto de seguros sociales en 1981. QUINTO: Dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR. SEXTO: Las costas son a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR, las agencias en derecho se tazan a favor de la demandante en dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del pago a cargo de cada fondo demandado. SÉPTIMO: ORDÉNESE la consulta de esta sentencia a favor de COLPENSIONES como entidad garantizada por la nación y a fin el superior revise la legalidad de lo decidido” (Audiencia virtual, récord 1:08:05, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado afirma que la demandante también tenía obligaciones como usuaria del sector financiero y es evidente la voluntad de permanecer en el RAIS por la cantidad de años que trascurrieron desde la vinculación. Señala que durante toda la afiliación tenía capacidad jurídica para informarse de los actos jurídicos, como lo indicó la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 del 2004 y C-062 del año 2010¹ (Audiencia virtual, récord 01:10:44, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“Si señor Juez, atendiendo a la oportunidad que aquí se me presenta quisiera presentar recurso de apelación respecto de la sentencia emitida, en el entendido que el Decreto 2241 del 2010 que establece el régimen de protección del consumidor financiero determina las obligaciones en cabeza de los afiliados que pertenecen al sistema general de pensiones entre ellas se encuentra la obligación de informarse adecuadamente de las condiciones del sistema general de pensiones aprovechar los mecanismos de divulgación e información y de capacitación para conocer de su funcionamiento y emplear la adecuada atención y cuidado al momento de tomar decisiones como son entre otras la afiliación, el traslado de administradora o de régimen, la selección de modalidad de pensión, obligaciones todas de las que se considera que no se probaron en el actual proceso, no se probó su cumplimiento por parte de la demandante, demostrándose en cambio su intención de permanencia en el RAIS. Por tanto, esta defensa considera que fue evidente la voluntad de permanencia en el régimen de ahorro individual por la cantidad de años que trascurrieron desde su vinculación al raíz hasta su intención de cambio de régimen, así como también por su desconocimiento de la variación en la situación pensional que tiene la demandante entre el RAIS y entre el régimen de prima media, que pues es administrado por Colpensiones en este caso, aunado al hecho que la demandante en todo momento de su vinculación contó con la suficiente capacidad jurídica para realizar informarse sobre los actos jurídicos que la envuelven en igual sentido, la Corte Constitucional, en sentencia C 1024 del 2004, enfatizada también en la sentencia C 062 del año 2010, señala expresamente que el juez constitucional no puede ser ajeno al hecho de que una afectación grave de los ingresos y recursos del sistema de Seguridad Social no solo perjudica la estabilidad financiera de la entidad administradora, sino también de los derechos prestacionales de sus afiliados. Por todo lo anterior, solicito admitir el presente recurso de apelación y darle el trámite pertinente, pues la decisión hoy tomada tanto la ineficacia del traslado como la condena en costas a mi defendida, contribuyen más al detrimento patrimonial del financiamiento del sistema pensional, más aún cuando está claramente establecido que mi defendida actúa entre los parámetros que rigen el sistema pensional colombiano y bajo el principio constitucional de buena fe.”.*

EXP. 07 2020 00030 01

Nydia Elizabeth González Barrios contra Colpensiones y otro.

En el recurso de PORVENIR, su apoderado pide que se revoque la condena a devolver los gastos de administración, seguros previsionales y Fondo de Garantía Mínima, al considerar que son porcentajes que no financian la prestación y están sujetos a prescripción² (Audiencia virtual, récord 1:13:24, archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de

² “Gracias su Señoría de manera muy respetuosa presentó recurso de apelación de manera parcial respecto a la sentencia emitida por el despacho solo a lo referente a la orden a Porvenir a retornar el porcentaje cobrado por los gastos de administración, primas de seguro y el Fondo de Garantía de pensión mínima conforme a lo siguiente: Señoría, como se dejó sentado en los alegatos de conclusión, esos gastos de administración y las primas de seguros al no corresponder valores que no pertenecen a sus afiliados en ninguno de los dos regímenes pensionales y que no financia la prestación de vejez en ese sujeto están sujetos al fenómeno de la prescripción previstos en el artículo 408 del Código sustantivo del trabajo y 151 de este mismo Código. Por lo tanto, comedidamente solicitamos al honorable Tribunal autorizar a Porvenir a descontar tal concepto las restituciones mutuas a que haya lugar como quiera que a la AFP no se le puede desconocer que realizó una gestión a favor de esta afiliada que le generó, pues unos referidos rendimientos financieros y es que en ordenar esas restituciones mutuas como se indicó en primera instancia, ni compensar estas suma sobre los rendimientos financieros generados resulta un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones al permitir que dicha entidad, pues se beneficie sin haber ejercido la administración de tales recursos durante los periodos, pues anulados y finalmente con fundamento en lo anterior resulta también señores magistrados, una doble sanción a cargo de mi representada, que se le ordene además de reintegrar estos valores distintos a los de establecidos por la ley, que esas sumas, además, sean indexadas en cuanto en forma para varia, se observa que los rendimientos financieros obtenidos por la gestión de mi representada en un acto jurídico que produjo plenos efectos jurídicos con creces, pues supera la posible pérdida del poder adquisitivo de los dineros de esta afiliada representados en sus aportes pensionales. Por lo anterior de manera muy respetuosa solicito al despacho acceder al recurso de apelación, el tribunal absorber a mi representada muchas gracias.”

EXP. 07 2020 00030 01

Nydia Elizabeth González Barrios contra Colpensiones y otro.

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente, que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 34³ años de edad y había cotizado 751,43⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios pues de acuerdo con la historia laboral allegada solo contaba 11 años, 11 meses, 3 días⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menso de 10 años para la edad de

³ Nació el 9 de diciembre de 1962.

⁴ Ver historia laboral Ministerio de Hacienda-bono pensional, folio 84 archivo 03 del expediente digital.

⁵ *Ibidem*.

EXP. 07 2020 00030 01

Nydia Elizabeth González Barrios contra Colpensiones y otro.

pensión (ya tenía 57 años de edad -ver archivo 01 y folio 70 del archivo 2 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción^{6, 7}. Según dicho precedente, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

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

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

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

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

EXP. 07 2020 00030 01

Nydia Elizabeth González Barrios contra Colpensiones y otro.

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

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

EXP. 07 2020 00030 01
Nydia Elizabeth González Barrios contra Colpensiones y otro.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, en su lugar de trabajo el personal de recursos humanos le informó que todos los empleados iban a ser trasladados a Porvenir, recibió el formulario diligenciado, y ella firmó sin alguna asesoría previa (Audiencia virtual del 17 de enero de 2023, récord 06:16).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA

EXP. 07 2020 00030 01
Nydia Elizabeth González Barrios contra Colpensiones y otro.

DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 07 2020 00030 01
Nydia Elizabeth González Barrios contra Colpensiones y otro.



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

Exp. 17 2019 00314 01-02
Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MANUEL BULLA MONTAÑA CONTRA
TECNICONTROL S.A.S HOY BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA.**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar i) el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra el AUTO de fecha 18 de noviembre de 2022, por el cual el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá negó el decreto de una prueba documental; y ii) los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la SENTENCIA dictada el 21 de noviembre de 2022 por ese mismo juzgado en la que se DECLARÓ que el auxilio extralegal de transporte y localización es salario y parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias causadas con anterioridad al 2 de mayo de 2016, y se CONDENÓ a la demanda a reliquidar las acreencias laborales del demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MANUEL BULLA MONTAÑA presentó demanda contra TECNICONTROL S.A.S. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que el auxilio extralegal de *transporte y localización* es salario y que la demandada está en la obligación de realizar los incrementos al salario de acuerdo con los índices de inflación anual. En consecuencia, se condene a reliquidar las prestaciones sociales, vacaciones

Exp. 17 2019 00314 01-02
Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

y aportes a seguridad social en pensión causadas en vigencia del contrato de trabajo, y a pagar la sanción por no consignación completa de las cesantías establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y los salarios del año 2012 adeudados.

Como fundamento de lo pedido, afirma que el 3 de noviembre de 2010 suscribió con TECNICONTROL S.A. (hoy S.A.S.) un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año para desempeñar el cargo de *almacenista*, el cual se clasificó como de dirección, confianza y manejo, devengando un salario mensual de \$800.000 más un auxilio *extralegal de transporte y locación* de \$200.000 Mediante otrosí del 11 de julio de 2011 las partes acordaron modificar la modalidad del contrato a indefinido. Asegura que para el año 2012 su salario era de \$922.000, sin embargo, durante ese año y pese a laborar el mes completo, le fueron canceladas sumas inferiores. Sostiene que desde el año 2013 devenga un salario de \$922.000, un auxilio extralegal de \$236.000, y el subsidio legal de transporte. Refiere que, a pesar de los múltiples requerimientos efectuados a su empleador, este no ha ajustado su salario anualmente, por lo que tuvo que soportar un *detrimento patrimonial* equivalente al 27.81% respecto de su ingreso de 2012. Aduce que laboró horas extras que fueron transadas en documento suscrito el 9 de octubre de 2017 en contravía de sus derechos mínimos (ver demanda y su subsanación folios 4 a 30 del archivo 02 y archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por TECNICONTROL S.A.S. a través de apoderado judicial. Admitió los hechos relativos a la suscripción del contrato entre las partes, los otrosíes, el salario pactado, el reconocimiento de un auxilio extralegal de transporte y locación, la mutación de la modalidad a indefinido, la invariabilidad del salario desde 2012, el pago del auxilio legal de transporte y el contrato de transacción en el que se estableció que ya no sería catalogado como trabajador de dirección, manejo y confianza. Los demás los negó. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que no adeuda suma alguna al demandante, de una parte, porque pagó el

Exp. 17 2019 00314 01-02
Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

salario conforme a lo pactado, y de otra, porque el auxilio extra legal de *transporte y localización* se pactó de mutuo acuerdo clara y específicamente que no sería constitutivo de salario, como lo permite el artículo 128 del C.S.T.- Además, dicho pago no tenía como fin retribuir el servicio prestado por el trabajador ni enriquecer su patrimonio, por lo que no cumple con los requisitos del artículo 127 del C.S.T. Indica que no hay norma que obligue al empleador a realizar incrementos salariales anuales a los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo. En su defensa propuso como excepciones *prescripción, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y buena fe* (folios 1 a 20 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

AUTO

En audiencia celebrada el 18 de noviembre de 2022, el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá negó el decreto de la prueba documental incorporada por el demandante mediante escrito del 19 de septiembre de 2022, consistente en la historia laboral expedida por SKANDIA y los desprendibles de nómina de diciembre y octubre de 2011 (ver archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia). Consideró que ello no era posible por cuanto los mismos fueron incorporados por fuera de las oportunidades procesales con las que cuenta ese extremo procesal para pedir pruebas a su favor. Adicionalmente, estimó que, acoger dicha solicitud, vulneraría derechos que también le asisten a la demandada (audiencia virtual, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con esta decisión, la apoderada de la demandante la apeló. Afirma que, si bien solicitó la incorporación de las pruebas con posterioridad a la oportunidad respectiva, fue la parte demandada quien trajo a colación hechos anteriores al 2012 sobre los que en realidad se funda la demanda. Adicionalmente, asegura que no fue posible acceder a la contestación de la

Exp. 17 2019 00314 01-02
Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

demanda ni al archivo completo del proceso sino dos días antes de la realización de la audiencia, momento en el que pudo hacer una revisión minuciosa del expediente. Pide se tenga en cuenta la documental para controvertir la prueba prestada por la demanda (audiencia virtual, archivo 24 del expediente digital, récord 0:44 trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES

Una vez revisado el expediente el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó el decreto de la prueba documental solicitada, en razón a que, tal como lo sostuvo el juez *a quo* con base en el artículo 173 del C.G.P., para que puedan ser apreciadas por el juez las pruebas se deben *solicitar*, practicar e *incorporarse* dentro de los términos y las oportunidades señalados para el efecto, y los documentos fueron allegados de manera extemporánea.

Para el caso en concreto, el demandante bien podía dentro de las etapas fijadas por el legislador, esto es la demanda y la reforma a la misma, solicitar y aportar todas las pruebas que considerara necesarias para respaldar su posición dentro del proceso, entre ellas, las que ahora pretende incorporar, las cuales, además y como lo reconoce el recurrente en el escrito petitorio, estaban en su poder antes de la interposición de la demanda.

Se **CONFIRMARÁ** entonces el auto mediante el cual se negó el decreto de la referida prueba.

Pasa la Sala ahora la Sala a estudiar la sentencia de primera instancia.

SENTENCIA

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de noviembre de 2022, en la cual el Juzgado Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que el auxilio extralegal de transporte y localización era salario y parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las acreencias causadas

Exp. 17 2019 00314 01-02
Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

con anterioridad al 2 de mayo de 2016, y CONDENÓ a la demanda a reliquidar las acreencias a favor del demandante que no estuvieran afectadas por el fenómeno prescriptivo, y pagar las diferencias resultantes, ABSOLVIÓ de las demás pretensiones incoadas en su contra.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor MANUEL BULLA MONTAÑA identificado con la cédula de ciudadanía 13.890.721 como trabajador y TECNICONTROL S.A.S, hoy BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA. como empleadora, existió un contrato de trabajo inicialmente a término fijo y luego, a término indefinido, entre el 3 de noviembre de 2010 y que se mantuvo hasta el 7 de septiembre de 2021, según las consideraciones expuestas. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de todas las acreencias pretendidas antes del 2 de mayo de 2016, según las consideraciones expuestas, y DECLARAR no probada la de cobro de lo no debido frente a la reliquidación anotada. TERCERO: DECLARAR que el denominado auxilio extralegal de transporte y localización es salario y, en consecuencia, CONDENAR a la demandada BUREAU VERITAS COLOMBIA LIMITADA, como sucesora de las obligaciones antes a cargo de TECNICONTROL S.A.S., a pagar al demandante señor BULLA MONTAÑA los siguientes valores y por los conceptos que a continuación se enuncian: a) \$708.000 por diferencia de auxilio de cesantía, b) \$84.960 por diferencia de intereses de cesantías, c) \$708.000 pesos por diferencia de primas de servicios, d) \$354.000 pesos por diferencia de vacaciones, valores estos, los anteriores que deberán ser debidamente indexados, según lo expuesto en precedencia desde la fecha de terminación del contrato y la reliquidación de los aportes o corrección del ingreso base de cotización de los aportes a pensión por el periodo del 2 de mayo de 2016 al 2 de mayo de 2019 teniendo en cuenta un ingreso base de cotización adicional al que tuvo en cuenta la empleadora en la suma de \$236.000 M/CTE. y que deberá ser pagado con destino a la entidad administradora y al régimen pensional, al que se encuentre afiliado el demandante. CUARTO: ABSOLVER a la demandada BUREAU VERITAS COLOMBIA LIMITADA de las demás pretensiones incoadas en su*

Exp. 17 2019 00314 01-02
Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

contra según lo analizado en precedencia. QUINTO: CONDENAR en costas procesales a la demandada en proporción del 70%. En firme esta sentencia por secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a cargo de la demandada por valor de \$1.000.000 M/CTE.”.

Para tomar su decisión el juez no encontró controversia frente a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido, el cual se ejecutó entre el 3 de noviembre de 2010 y el 7 de septiembre de 2021. Con relación al auxilio de transporte concluyó que dicho concepto se enmarca dentro de aquellos pagos que constituyen salario pues se trató de una suma fija pagada de manera periódica, respecto de la cual la demandada no demostró que su fin fuera diferente a la remuneración del trabajador o que no constituyera una contraprestación directa del servicio, razón por la cual debían reliquidarse las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social pagadas al trabajador, con su inclusión. Negó el pago de horas extras por no hallar prueba fehaciente del servicio prestado en jornada suplementaria ni haberse solicitado la nulidad de transacción suscrita entre las partes. No accedió a reajustar anualmente el salario del actor teniendo en cuenta el IPC, porque la suma que remuneraba al trabajador resultaba superior al salario mínimo legal mensual vigente y no existe una norma específica que obligue al empleador a reajustar el salario por encima del ordenado para el mínimo, además, la jurisdicción ordinaria laboral carece de competencia para solventar este tipo de discusiones, por tratarse de un conflicto *económico* y no *jurídico*. Declaró probada la excepción de prescripción respecto de los salarios adeudados del año 2012, así como de las diferencias por acreencias laborales caudas con anterioridad al 2 de mayo de 2016, por no haber sido reclamadas oportunamente. Absolvió del pago de la indemnización moratoria contenida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 porque *la demandada canceló cumplidamente todos los salarios y prestaciones al trabajador*, sin embargo, dispuso el pago de la indexación por la pérdida del valor adquisitivo (Audiencia virtual, archivo 29 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 28:50).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del demandante, su apoderada afirma que no había lugar a declarar probada la excepción de prescripción pues no le era dable al juez declararla de oficio. Aunque la demandada hizo mención a ella, solo realizó una *simple enunciación* que no puede tenerse en cuenta como excepción porque debió atacar de forma puntual y precisa las pretensiones. De otro lado, sostiene que no se apreciaron de manera correcta las planillas con las que busca acreditar las horas extras de las que se puede apreciar que las labores fueron realizadas en días domingos y festivos¹ (Audiencia virtual, archivo 29 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 32:05).

En el recurso de la demandada, su apoderada asegura que la prueba documental arrimada permite establecer que cumplió con la obligación de pagar los salarios del año 2012 de manera completa y de acuerdo a lo pactado entre las partes, y explicó que, si se dio un pago deficitario en el mes de enero de ese año, tal yerro se subsanó en el mes siguiente. Bajo tal entendido, dijo, la pretensión no debía prosperar, no por la excepción de prescripción sino

¹ “Gracias su Señoría, bueno, respecto a lo mencionado dentro de la parte absolutoria me manifiesto respecto al tema de la prescripción que no debe ser tomada en cuenta toda vez que este despacho no la puede decretar de oficio toda vez que si bien la demandada hizo mención en la parte de las excepciones a la prescripción, lo hizo de carácter genérico y debe advertirse que la simple enunciación de esta no puede ser tomada en cuenta como la expresión de una excepción, dado que si bien la misma puede ser llamada a ser próspera, esta debe ser encaminada o dirigida al ataque puntual y precisa de las pretensiones, caso que no se dio en la contestación de la demanda. Asimismo, lo reiterado en la jurisprudencia en la sentencia SL1297 del 2022 en la que reitera que, en materia laboral, una de las providencias de las salas de la descongestión de la Corte Suprema de Justicia, recordó que la prescripción corresponde a una de las excepciones que, en términos de la legislación procesal, no puede ser declarada de oficio. Y, en efecto, el Alto Tribunal en el caso concreto objeto de estudio concluyó que el juez de primera instancia no podía declararla probada respecto de todos los actores que hacían parte de un proceso laboral y, en palabras de la sala, el juzgado no podía declararla de oficio, pues la prescripción debe formularse por cada una de las partes interesadas por lo que al no haberlo hecho debe asumir las consecuencias de su actuar. Magistrada ponente Dolly Amparo Cagüasango. Así mismo, respecto al tema, al punto que se hacía mención de las de las planillas de las horas extras se hizo una indebida apreciación documental, toda vez que si bien reclama el despacho que no hay una manifestación clara de cómo deben ser interpretados estos documentos que se aportaron, los mismos fueron dados de acuerdo a los calendarios de cada anualidad y de la lectura de estos cuadros en comparación a los calendarios de las mismas fechas, da lugar que fueron los, las horas extras fueron ejecutadas en días domingos y festivos, pues de acuerdo a los ejemplos que el mismo despacho trajo a colación en la parte resolutoria. Con esto he sustentado mi recurso, su Señoría, muchas gracias.”

Exp. 17 2019 00314 01-02

Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

porque no existía obligación pendiente de pago. Respecto al auxilio extralegal asegura que los instrumentos contractuales suscritos definieron expresamente que este concepto no constituiría factor salarial y, en todo caso, dicho pago no hacía parte de aquellos que retribuyen directamente la prestación del servicio, pues no estaba destinado a enriquecer al trabajador sino que se otorgaba de forma liberal por el empleador para que mejorara su servicio y para cubrir el gasto de transporte que le implicaba trasladarse desde Bogotá hasta Chía donde ejecutaba su contrato. Pide que se revoque la sentencia y se le absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra, así como del pago de costas en ambas instancias² (Audiencia virtual, archivo 29 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 34:35).

² *“Gracias, señor juez. En este momento procedo a interponer el recurso de apelación en contra de la sentencia que acaba de proferir su despacho y procedo entonces a sustentarlo. Como primera medida, debo aclarar que, contrario a lo que afirmó el juez en su providencia con relación a la primera petición de la demanda, esto es, a las, a la falta de pago de los salarios de forma completa respecto del año 2012, se indicó que no existían pruebas porque las que se habían aportado corresponden al año 2014 y 2015, más sin embargo las solicitadas son del año 2012. No obstante, lo anterior, revisado el expediente digital que se encuentra en el expediente, en el perdón, en el link que nos fue aportado, se puede observar en la página 233 que se encuentra la liquidación anual de lo que se recibió por parte del trabajador respecto de salarios, auxilios de transporte, auxilio extralegal, hora extra diurna ordinaria, dominicales y demás emolumentos que se le fueron aportados entonces, contrario a lo afirmado por el despacho, la prueba sí se encuentra en el expediente y en ese sentido debió haberse valorado y con la misma podían plenamente llegarse a la conclusión que mi poderdante cumplió con la obligación que le correspondía y pagó los salarios de acuerdo a lo pactado durante cada periodo, según los otrosí, las cláusulas adicionales que se firmaron, que si bien hubo un pago deficitario en el mes de enero, este se corrigió en el mes de febrero, ya que se pagó la suma que se adeudaba en ese caso y por esta razón entonces no debe prosperar la pretensión, no por la excepción de prescripción propuesta oportunamente y debidamente fundamentada, sino porque no existe la obligación que se está reclamando ante la existencia del pago completo de los salarios y los emolumentos que el señor MANUEL BULLA causó durante la prestación de su servicio. Con relación al segundo punto, esto es el auxilio extralegal que se pactó entre las partes lo primero que se debe decir es que causa extrañeza la posición asumida por el despacho, por cuanto la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, es el juez límite de la jurisdicción ordinaria laboral, ha interpretado el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo de manera tal que considera que todos los factores que se han pactado expresamente como que no constituyen factor salarial y que se otorgan por mera liberalidad del empleador no constituyen precisamente factor salarial. De hecho, el mismo artículo establece que son los medios de transporte, aquellos factores que no son salariales y adicionalmente, en su parte final establece lo siguiente: no son tampoco serán las factor salarial, las prestaciones sociales de que tratan los títulos octavo y noveno, ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados de forma extralegal por el empleador cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie tales como alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de Navidad. Para el efecto no solamente traigo a colación la sentencia que se citó al momento de fundamentar los hechos y razones de la demanda, de la contestación perdón, y que se encuentra en el acápite 4.2. y que tiene como radicado, que tiene como radicado 18 de junio del 2014, radicado 43864, sino también una providencia reciente de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, cuyo número de providencia es la es SL-*

Exp. 17 2019 00314 01-02

Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

2420 del 2018, en la cual la Corte recuerda que no es la habitualidad con la que se efectuó el pago ni la forma como se pacta lo que determina su carácter salarial sino que dicha gratificación sea producto del servicio subordinado prestado, resultando accidental la denominación dada en el momento del pago. Adicionalmente, también se trae a colación la sentencia SL-4663 del 2021, en la cual la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral recuerda que el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial, debe ser expreso, claro, preciso y detallando en los rubros que cobija, por ello la duda sobre si un emolumento es o no salario, debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo. En el caso concreto tenemos que en cada uno de los otrosí y en la cláusula adicional donde se pactó este pago del auxilio extralegal de transporte, se definió y se pactó expresamente que el mismo no constituye factor salarial, se estableció, cuál era su valor y concretamente se indicó, “adicionalmente, las partes aquí firmantes hacen constar que conocen lo dispuesto en el artículo 128 del Código sustantivo del trabajo, según el cual no constituyen salario las sumas y, ocasionalmente, y por mera liberalidad, recibe el trabajador del empleador como primas, bonificaciones o gratificaciones ocasionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas y lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes”. Si bien es cierto que en la sentencia del despacho aduce que no se demostró que el auxilio se reconoció por mera liberalidad del empleador, lo cierto es que de forma expresa se dejó sentado también en otra cláusula adicional que la misma se otorgaba con la finalidad de mejorar su desempeño, es decir, este pago no hacía parte de aquellos que retribuían directamente la prestación del servicio, no estaba destinado a enriquecer de forma alguna al trabajador, sino que se otorgaba de forma liberal y de parte del empleador para que mejorara la prestación de su servicio, lo cual no quiere decir que estuviera retribuyendo sus funciones. Si esto no es suficiente, también debe verificarse que según el nombre determinado en las cláusulas donde se pactó este auxilio extralegal se dijo que él mismo era con el fin de retribuir o mejor pagar el auxilio de transporte, ya que el señor evidentemente ganaba una suma superior al salario mínimo legal mensual vigente y por tal motivo no tenía derecho al auxilio normal de transporte. Se trae a colación esto porque, de conformidad con las pruebas que obran en el expediente y concretamente me refiero al contrato laboral que suscribió MANUEL BULLA MONTAÑA con TECNICONTROL, se puede observar que su domicilio es la ciudad de Bogotá, que su residencia es la carrera 58 D 128 b 01 apartamento 204 y que la prestación de su servicio tendría que hacerla en el municipio de Chía. Esto quiere decir entonces que el auxilio extralegal de transporte se otorgaba con el fin de retribuir o de pagarle por lo menos el transporte que tenía que costear diariamente para poder acudir a su lugar de trabajo, en razón a que vivía en Bogotá y tenía que prestar sus servicios en el municipio de Chía. Si esto no es suficiente entonces considera la suscrita que se está vulnerando entonces o se está yendo en contravía de la misma jurisprudencia y la interpretación que le ha dado la Corte Suprema de Justicia al artículo 128 ya mencionado, según lo establecido en las diferentes sentencias que acabo de mencionar, y adicionalmente no se verificó entonces, que el mismo era necesario para que prestara de mejor forma sus servicios, dado que tenía que desplazarse en diferentes de diferentes municipios. Por lo anterior, solicito muy respetuosamente al superior que revoque la sentencia proferida por el despacho el día de hoy de forma y completa, ya que finalmente no se estaría exonerando a mi representada del pago de suma alguna por la prosperidad parcial de la excepción de prescripción, sino por la falta de prueba de haberse causado obligación alguna, ya que, como se ha dicho desde el momento en que se contestó la demanda, la empresa siempre ha sido respetuosa de los derechos laborales de los trabajadores, ha cancelado de forma completa tanto salarios como prestaciones laborales se hicieron los aportes a Seguridad Social de forma completa y según lo que el señor Manuel Bulla devengaba para cada mes y por esta razón, entonces no hay lugar a que se declare como factor salarial el auxilio de transporte, tampoco habría lugar a que se requieran las prestaciones reconocidas, que se pague indexadamente lo reconocido por el despacho, ni mucho menos a que se reliquiden los aportes a Seguridad Social, como se ordenó en en este caso. Tampoco habría lugar entonces a una condena en costas en contra de mi representada, porque se insiste, debe ser absuelta de todas las pretensiones incoadas por la parte demandante en su contra y, en ese sentido solicitó que se condene en costas de ambas

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos relevantes para la decisión que adoptará el Tribunal: (i) que entre el demandante y la sociedad TECNICONTROL S.A.S. hoy BUREAU VERITAS COLOMBIA LTDA existió un contrato de trabajo del 3 de noviembre de 2010 al 7 de septiembre de 2021; (ii) que en desarrollo de dicho contrato, el demandante se desempeñó como *almacenista*; (iii) que entre las partes se acordó el pago de una suma mensual adicional al salario reconocido por concepto de *auxilio extralegal de transporte y localización*, el cual era cancelado mensualmente al trabajador. A estas conclusiones arribó la juez de primera instancia y sobre ellas no se formuló reparo alguno en el recurso. Se prueban además con los documentos obrantes en folios 41 a 47 del archivo 02 y 21 a 36 del archivo 09 del expediente digital (cuaderno de primera instancia).

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con las materias que fueron objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se circunscribe a determinar: (i) si se acreditó lo no el derecho al pago de servicios prestados en horas extras y días de descanso dominical y festivo; (ii) si el “*auxilio extralegal de transporte y localización*” constituye o no factor salarial, y (iii) si procedía el estudio de la excepción de prescripción, y de no serlo, si la demandada adeuda valor alguno por salarios del año 2012.

(i) HORAS EXTRAS Y TRABAJO DOMINICAL Y FESTIVO. Para resolver la esta controversia de carácter probatorio que propone el recurso, el artículo 167 del CGP asigna, a quien alega el hecho del cual se derivan las consecuencias jurídicas que reclama en el proceso judicial, la carga de probarlo, y si bien faculta al juez, según las particularidades del caso, a distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso,

instancias a la parte demandante, según lo establecido en el Código General del Proceso aplicable a este proceso laboral, en virtud a la integración normativa. Dejó entonces sentados así los argumentos, muchas gracias”.

Exp. 17 2019 00314 01-02

Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

tal distribución se debe hacer antes de dictar la sentencia que resuelve las pretensiones de una demanda.

Tratándose de trabajo en jornada suplementaria, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha exigido -además- prueba clara y precisa del tiempo que efectivamente se ha trabajado por fuera del horario regula, como requisito ineludible para que un juez pueda dictar condenas en esta materia^{3,4}: *“(...) para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”⁵.*

Con estas premisas normativas y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues no obra prueba fehaciente y concreta del trabajo por fuera de los horarios o días de la jornada laboral ordinaria o de la máxima legal (artículos 159 y 161 del CST) que se reclaman en la demanda, ni que estas fueran diferentes a las reconocidas por la demandada en vigencia de la relación laboral (ver desprendibles de nómina

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

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

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

Exp. 17 2019 00314 01-02
Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

folios 124 a 153 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

No resultan útiles para ese efecto, las planillas *registros portería* de folios 49 a 109 del archivo 02 que informan una hora de entrada y una hora de salida, porque el tiempo que transcurre entre la primera y la segunda en ninguno de los casos supera 8 horas diarias, de hecho, algunas ni siquiera alcanzan a ser una hora. Tampoco dan certeza que durante ese lapso el actor estuviera laborando, ni corresponden a periodos completos sino a algunos días del mes; además de ellas ningún elemento obra dentro del expediente que dé cuenta de la jornada laboral que cumplía el demandante para establecer que con el tiempo que allí se registra se superó la jornada de trabajo (si esta fuera inferior a la jornada legal, hecho que de todas formas no se adujo en la demanda).

Tampoco resultan conducentes en la materia los testimonios de HERNÁN VALENCIA⁶ y NUBIA DAZA⁷, ni el interrogatorio de parte que absolvió el demandante⁸ pues nada ilustraron sobre este particular; ni la relación de horas extras de folios 115 a 120 pues se trata de un documento elaborado por el mismo demandante^{9,10}.

Correspondía al demandante demostrar labores por fuera de la jornada para que la demandada pudiera ejercer su defensa, carga que no se cumplió en el proceso.

Además de lo anterior, no puede perderse de vista que el 9 de octubre de 2017 las partes suscribieron un contrato de transacción con el fin de *arreglar cualquier tipo de controversia jurídica* sobre trabajo suplementario o en día

⁶ Audiencia del 18 de agosto de 2022, parte 2.

⁷ Audiencia del 18 de agosto de 2022, parte 3 y 4.

⁸ Audiencia del 18 de agosto de 2022, parte 1.

⁹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral, Sentencia SL3981-2021 Rad. 81902 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA

¹⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5109-2020 Rad. 70271 M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR.

Exp. 17 2019 00314 01-02
Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

dominical o festivo, en virtud del cual TECNICONTROL S.A.S. reconoció a favor del actor la suma de \$1.500.000, instrumento del que no se discutió su validez en esta instancia y con el que se zanjó cualquier discrepancia sobre este asunto (ver folios 121 a 123 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia). Tales derechos resultaban inciertos y discutibles en la medida en que no se probó en este proceso de forma clara y sin duda su existencia.

(ii) NATURALEZA SALARIAL DEL AUXILIO EXTRALEGAL DE TRANSPORTE: Para resolver sobre esta materia de apelación, se debe advertir que si bien el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 autorizó la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, dicha posibilidad solo cabe frente a una *duda razonable* que pudiera existir sobre la naturaleza salarial de los pagos que se pretenden excluir.

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

Exp. 17 2019 00314 01-02

Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

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

En consecuencia, para decidir controversias como la que se estudia, y en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del C.S.T. que permite la conciliación o transacción de derechos labores cuando tienen naturaleza incierta y discutible, el Juez laboral NO PUEDE otorgar validez al pacto de exclusión salarial que verse sobre pagos que tengan de forma cierta e indiscutible naturaleza salarial. Pero una duda razonable sobre esta situación (es decir sobre el carácter retributivo del pago, o sobre su habitualidad, o sobre si constituye o no un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador) habilitará la transacción o el *pacto* mediante la cual las partes lo excluyan de la liquidación de los derechos laborales.

Con este criterio, y revisadas las pruebas aportadas al expediente, el Tribunal confirmará también la sentencia de primera instancia en este punto, pues no encuentra una *duda razonable* sobre la naturaleza salarial del “*AUXILIO EXTRALEGAL DE TRANSPORTE Y LOCALIZACIÓN*” que se demostró recibido por el demandante como pago durante la relación de trabajo.

Las pruebas allegadas demuestran, por el contrario, (i) que tenía como causa directa la prestación del servicio pues a pesar de la denominación dada a dicho concepto, lo cierto es que su objeto era *contribuir a los gastos del trabajador en orden a obtener un mejor y más eficiente desempeño de sus labores*, según se lee de la *cláusula adicional al contrato de trabajo* suscrita entre las partes el 3 de noviembre de 2010 (folio 47 del archivo 01 y 24 del archivo 09 del expediente digital) y lo ilustró el testigo HERNÁN VALENCIA, quien fungió como Gerente Administrativo y Financiero de TECNICONTROL, de lo cual resulta claro que procedía su pago cuando efectivamente prestaba el servicio.

Exp. 17 2019 00314 01-02
Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

Era por ello una *contraprestación directa* y adicional que remuneraba el servicio en las condiciones pactadas y no un acto de mera liberalidad del empleador, ni un rubro destinado a que el trabajador sufragara los gastos de transporte como se indicó en el pacto de exclusión y se alegó en el recurso por la demandada, porque, además, y contrario a lo que se sostuvo en la apelación, está probado que el demandante sí percibió el auxilio legal (ver comprobantes de nómina carpeta 21 del expediente digital, trámite de primera instancia); (ii) constituía un ingreso en el patrimonio del actor y (iii) se entregaban de forma habitual, aspectos estos que se verifican de los desprendibles de nómina incorporados al expediente (folios 124 a 123 del archivo 02, 32 a 36 del archivo 09 y carpeta 21 del expediente digital, trámite de primera instancia), de los que se deduce que las sumas ingresaban al patrimonio del demandante, y que los pagos por “*auxilio extralegal de transporte*” eran cancelados cada mes al trabajador. Ningún elemento de convicción arrimó la demandada del que se pudiera establecer que el accionante no podía destinar esos dineros libremente, carga procesal que estaba en cabeza suya, pues el artículo 127 del C.S.T. dispone una presunción general de naturaleza salarial para *todos* los pagos de carácter retributivo que reciba el trabajador de su empleador.

Demostrado que los pagos recibidos por el demandante a título de *auxilio extralegal de transporte y localización* tenían claramente las características que la Ley asigna al salario, resulta ineficaz el pacto que pretendió excluirlos de la base de liquidación de sus prestaciones sociales y otros derechos laborales y, por ende, debe imputarse el valor recibido por este concepto en la liquidación de prestaciones sociales y de aportes a seguridad social en pensión del demandante, tal como lo determinó el juez de primera instancia.

iii) PRESCRIPCIÓN: El artículo 2513 del Código Civil señala: “*el que quiera aprovecharse de la prescripción debe alegarla; el juez no puede declararla de oficio. (...)*”, y el artículo 282 del C.G.P¹¹, aplicable al asunto por remisión del

¹¹ “ARTÍCULO 282. RESOLUCIÓN SOBRE EXCEPCIONES. En cualquier tipo de proceso, cuando el juez halle probados los hechos que constituyen una excepción deberá reconocerla

Exp. 17 2019 00314 01-02
Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

artículo 145 del C.P.T. y la S.S., prevé que el juez no puede resolver de forma oficiosa, entre otras, la excepción de prescripción, la cual debe ser expresamente alegada al contestar la demanda.

Con estas premisas y como quiera que la accionada al contestar la demanda sí formuló la excepción de prescripción (ver folio 5 del archivo 09 del expediente digital¹²) la cual sustentó en los términos del artículo 488 del C.S.T., bien podía el juez definir si en el asunto operó o no el término prescriptivo con base en dicha preceptiva y el artículo 151 del C.P.T.S.S, sobre los derechos afectados con dicho fenómeno -tal como se pidió en la contestación a la demanda-, se confirmará también esta parte de la decisión apelada.

Finalmente, la Sala se releva del estudio de los argumentos de apelación propuestos por la demandada encaminados a que se declare probada la excepción de inexistencia de la obligación frente a los salarios del año 2012, por falta de objeto, pues la sentencia en ese aspecto le fue favorable a dicha parte en tanto se le absolvió del pago reclamado, y en esta medida, carecía de legitimación e interés para atacar la decisión de primera instancia.

Por el resultado impróspero de ambos recursos, no se dictará condena en COSTAS de segunda instancia.

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

oficiosamente en la sentencia, salvo las de prescripción, compensación y nulidad relativa, que deberán alegarse en la contestación de la demanda.

Cuando no se proponga oportunamente la excepción de prescripción extintiva, se entenderá renunciada.”

¹² “3.1. **PRESCRIPCIÓN:** Sin que implique el reconocimiento de derecho alguno del demandante, se propone esta excepción respecto de aquellos derechos que tuvieren más de tres años de exigibilidad a la fecha de la presentación de la demanda conforme lo dispuesto en el artículo 488 del C.S.T.”

Exp. 17 2019 00314 01-02
Manuel Bula Montaña contra Tecnicontrol S.A.S. hoy Bureau Veritas Colombia Ltda.

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** el auto dictado el 18 de noviembre de noviembre de 2022 por las razones expuestas.
2. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
3. **SIN CONDENA EN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE CLEMENTINA GUERRA BUITRAGO CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta en su favor, la sentencia dictada el 13 de febrero de 2023 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se DECLARÓ que la actora en calidad de cónyuge supérstite es beneficiaria en un 100% de pensión de sobrevivientes por la muerte de JOSÉ DE LOS ÁNGELES LIMAS PACANCHIQUE y se condenó al pago de intereses moratorios

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CLEMENTINA GUERRA BUITRAGO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES DE COLOMBIA, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca a su favor la sustitución de la pensión de vejez que devengaba en vida su cónyuge JOSÉ DE LOS ÁNGELES LIMAS PACANCHIQUE, junto con el retroactivo debidamente indexado e intereses moratorios.

Afirma que la entidad demandada reconoció al causante pensión de vejez mediante resolución 17113 de 1999, en cuantía inicial de \$828.116, la cual percibió hasta la muerte, ocurrida el 16 de abril de 2019. Contrajeron matrimonio el 28 de diciembre de 2012 y ambos aportaban de manera conjunta para la manutención del hogar, el causante con su mesada pensional y la demandante con el salario que recibía como empleada doméstica. Asevera que desde agosto de 2010 hasta junio de 2018 prestó servicios en el cargo de cuidadora de la señora ELVA SOFÍA DE CARREÑO (QEPD) y como empleada doméstica interna de lunes a viernes en la casa de habitación de NEPOMUCENO CARREÑO REMOLINA y AIDA MARÍA CORREDOR, a partir del año 2018 se ha desempeñado como empleada domestica por días. Relató que en septiembre de 2018 tuvo una crisis de esquizofrenia, lo que llevó a que su progenitora le brindara los cuidados necesarios hasta cuando mejorara el estado de salud para regresar al hogar, y que el cónyuge falleció el 16 de abril de 2019 antes de que ello ocurriera. Reclamó ante la administradora la sustitución pensional que le fue negada mediante la resolución 197183 de 2019, decisión confirmada en resolución SUB 295689 de 2019. Considera que allí no se valoraron de manera adecuada los testimonios y las demás pruebas a tener en cuenta, que dan cuenta de situación psiquiátrica (Ver demanda en carpeta 01 archivo 01 folios 1 a 8 trámite de primera instancia expediente digital).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante apoderado, contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que no se acreditó convivencia con el causante en los 5 años previos al deceso en la investigación administrativa que se realizó. Propuso como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del I.P.C. ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción,*

presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Ver contestación en carpeta 11 folios 3 a 25).

Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de febrero de 2023, a través de la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá concedió las pretensiones de la demanda. Para tomar la decisión, encontró acreditada la convivencia de la pareja con los testimonios y las declaraciones extrajudiciales que fueron ratificadas en el proceso. Accedió a los intereses moratorios y negó la pretensión de indexación.

La parte resolutoria tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que la señora CLEMENTINA GUERRERA BUITRAGO, es beneficiaria de la pensión de sobreviviente conforme al artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por la ley 797 de 2003, con ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ DE LOS ÁNGELES LIMAS PACANCHIQUE, dada la acreditación de la convivencia de conformidad con la parte motiva de la presente providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a la señora CLEMENTINA GUERRERA BUITRAGO, en calidad de cónyuge supérstite en ocasión del fallecimiento del señor JOSÉ DE LOS ÁNGELES LIMAS PACANCHIQUE en un 100% de la mesada pensional a partir del 16 de abril de 2019, junto con las mesadas adicionales y los respectivos reajustes de ley. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle a la demandante los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 de las mesadas causadas desde el 16 de abril de 2019. Los cuáles deberán ser liquidados desde el 12 de diciembre de 2019, hasta el momento que se haga efectivo el pago de las mesadas pensionales. CUARTO: ABSOLVER a la demandada a la COLPENSIONES, de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES. Tásense por Secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a TRES (3) SMMLV. SEXTO: Si la presente providencia es o no apelada envíese a la Sala*

Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada a través del grado jurisdiccional de consulta teniendo en cuenta que fue adversa a COLPENSIONES.” (Audiencia virtual del 13 de febrero de 2023 – archivo 19 Hora 1:14:22).

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de COLPENSIONES pide se revoque en su integridad la decisión tomada en primera instancia. Afirma que, no se demostró la efectiva convivencia de la demandante con el causante, al respecto resalta las discordancias en los primeros testimonios. Adicional a ello en el lapso que la demandante no laboró como empleada interna no convivió con su cónyuge ni se hizo presente en las honras fúnebres. Afirma que no proceden los intereses moratorios, ni la condena costas, pues existían razones para negar la prestación, que se evidenciaron en la investigación interna realizada para el efecto (Audiencia virtual del 13 de febrero de 2023– archivo 17 Hora 1:17:30)¹.

¹ “Muchas gracias su señoría, su señoría me permito interponer recurso de apelación para que el honorable tribunal de Bogotá sala laboral revoque la sentencia por usted proferida, señores magistrados en este caso no se ha logrado demostrar la convivencia efectiva entre la demandante y el causante, debido a que una de las pruebas que demuestran la convivencia son los testimonios, tenemos que primero, los primeros testimonios la ratificaciones tienen inconsistencias hay incongruencia en la forma en que relatan los hechos ya que indica, primero que la señora vivía con la mamá y los hermanos, después indica vivían en una habitación con el señor, ahora bien en cuanto a los testimonios de los empleadores en su momento de la señora demandante, también se demuestra que la señora no trabajo después o no trabajo todo el tiempo hubo dos años, en lo que ella no estuvo trabajando conforme a dichos testimonios y aun así no convivió con el señor, no asistió a las honras fúnebres lo cual crea bastante suspicacia sobre si en verdad se quería mantener el vínculo más haya de meramente de un contrato o un acuerdo de voluntades celebrado por las partes, pero no se cumplía el socorro y la ayuda mutua que exige la jurisprudencia para que dichas convivencia sea efectiva, ahora bien de conformidad si debe contar el tiempo o los 5 años de convivencia en cualquier tiempo pues se tiene que efectivamente se tiene que demostrar eso demostrar que efectivamente, por más haya de temas laborales, se hayan separado momentáneamente de cuerpos ahí una intención de mantener dicho vinculo, pero pues como lo he indicado pues el hecho de que cese de es impedimento laboral y no se socorra a su cónyuge en el momento de su muerte no se acompañe en las honras fúnebres esta más que clara que no se quería tener con dicho vínculo marital, el vínculo no se disolvió no quedo o quedo más bien un acto jurídico en firme, ahora bien señores magistrado de ratificar la sentencia de primera instancia y condenar a Colpensiones al reconocimiento de la sustitución pensional, hay que tener en cuenta que Colpensiones se negó por capricho al reconocimiento de la sustitución pensional,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que JOSÉ DE LOS ÁNGELES LIMAS PACANCHIQUE falleció el 16 de abril de 2019 (página 40 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital) fecha para la cual recibía pensión de vejez otorgada por el ISS, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, mediante Resolución No. 17113 de 1999, hecho que se desprende de los actos administrativos que negaron la sustitución pensional (*ibídem* folio 22 a 35). Tampoco se controvertió que la demandante, CLEMENTINA GUERRA BUITRAGO, contrajo matrimonio con JOSÉ DE LOS ÁNGELES LIMAS PACANCHIQUE el 28 de diciembre de 2012, y que la sociedad conyugal no se había disuelto para la fecha de muerte del causante (ver registro civil de matrimonio en *ibídem* folio 39).

El Tribunal debe definir si CLEMENTINA GUERRA BUITRAGO acreditó o no los requisitos legales para ser beneficiaria de la sustitución de la pensión que en vida recibía JOSÉ DE LOS ÁNGELES LIMAS PACANCHIQUE.

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

se negó porque no había suficiente material probatorio que pudiera demostrar o que pudiera dilucidar si se debía reconocer o no por lo que no se debe condenar en este caso a los intereses moratorios y pues conforme a lo ya expresado por la constitución, el mandato constitucional que se tiene los dineros de la seguridad social que maneja Colpensiones del régimen de prima media debe solamente ser usados para el pago de las mesadas pensionales, también le solicito a ustedes que se absuelva en caso de ratificar la providencia del a quo, al no pagar las costas del proceso su señoría muchas gracias señores magistrados muchísimas gracias”.

Sobre este último requisito cuando existe cónyuge con sociedad conyugal no disuelta, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho reiteradamente que el esposo o la esposa pueden reclamar la prestación, siempre y cuando demuestren convivencia por 5 años en cualquier época dentro del matrimonio², incluso existiendo compañero o compañera permanente con quien se dispute la prestación pensional³, pues -en palabras de la Corte- “ (...) *de esta manera se protege a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social*”⁴.

Resulta razonable tal entendimiento, a juicio del Tribunal, pues si bien la separación de cuerpos puede implicar un distanciamiento en la vida afectiva de la pareja, la permanencia de la sociedad conyugal implica una *comunidad económica* que se mantiene pese al distanciamiento físico. Para el caso presente, además, se debe tener en cuenta que la pensión cuyo destino es el sostenimiento de las personas que integraban una familia, debe continuar en favor de quienes pese a temporales separaciones de cuerpos “*han mantenido vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo – elemento esencial del matrimonio según el artículo 113 del C.C.- entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico, aún en casos de separación y rompimiento de la convivencia*”⁵.

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

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

⁴ Sentencia SL 5260 de 29 de septiembre de 2021, M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR.

⁵ Sentencia del 15 de septiembre de 2015 de la Sala Laboral de la CSJ rad 47173 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ.

La carga de demostrar estas situaciones la tiene la parte que alega el hecho a tenor de lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, y las pruebas que acrediten convivencia por el lapso referido deben ser claras y suficientes, pues en este tipo de pensión –también ha dicho la Corte- se protege únicamente a quienes integraron y construyeron el grupo familiar del que formaba parte el afiliado o el pensionado, y no a otras personas (sentencias SL 1548 de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA, y SL 11940 de 2017, M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO).

Con estos criterios y una vez revisadas en conjunto las pruebas del expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, pues además de que probó convivencia de la demandante durante más de 5 años con el pensionado mientras aquel vivía persistiendo la sociedad conyugal -lo que da derecho a la prestación-, también se probó que en los periodos en que hubo separación de cuerpos se mantuvieron *lazos afectivos, de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua* continua entre la demandante y JOSÉ DE LOS ÁNGELES LIMAS PACANCHIQUE.

Se demostró que el vínculo matrimonial con sociedad conyugal no disuelta existió desde el 28 de diciembre de 2012 hasta el 16 de abril de 2019 fecha de deceso del causante, con las pruebas testimoniales practicadas en audiencia (Audiencia virtual del 13 de febrero de 2023 – archivo 19), las declaraciones *extraproceso* allegadas (carpeta 01 archivo 01 folios 43 a 44, 46 a 47), y la historia clínica.

Los testimonios fueron claros y espontáneos en manifestar lo que conocieron los hechos por percepción directa, dados los vínculos de amistad con la pareja, y si bien se trata de personas cercanas a la demandante, por ser sus empleadores vecinos y amigos, es justamente dicha cercanía la que les permitía un conocimiento directo de muchas de las situaciones narradas. Al respecto ALBA LUCIA RUÍZ ALARCÓN en la ratificación de la declaración extra juicio, dijo ser amiga de la demandante y conocer al causante, relató que

no asistió al matrimonio pero sí dio cuenta de la convivencia de la pareja y de las ocupaciones de cada uno de ellos. ARON GUTIÉRREZ SILVA en la declaración, dijo que conoce a la pareja desde hace 15 años aproximadamente, informó que lo invitaron al matrimonio pero no asistió por motivos laborales, además que la pareja tenía su residencia cerca de su lugar de residencia y que los veía juntos. Dichas manifestaciones fueron enteramente concordantes con lo declarado por NEPOMUCENO CARREÑO REMOLINA, quien afirmó conocer a la demandante porque fue su empleador y fue invitado al matrimonio. Además, señaló que la actora trabajaba interna de lunes a viernes. En el mismo sentido, la testigo ESPERANZA CARREÑO CORREDOR dijo que la actora trabajo interna de lunes a viernes en la casa de sus progenitores, desde el año 2010 hasta el año 2018 cuando falleció la abuelita. Le consta que el causante en las tardes, llamaba a su esposa.

Tales declaraciones, como se dijo, lucen espontáneas y dan clara cuenta, no sólo de la convivencia de la pareja durante más de los 5 años *en cualquier tiempo* exigidos por la norma y la jurisprudencia para acceder a la pensión de la esposa, sino también de la persistencia del vínculo pese a la separación física por la salud de la demandante y la necesidad de buscar ingresos superiores para el mantenimiento del hogar. Nótese que estos hechos no fueron ocultados, por el contrario, se afirmó dicha situación desde el principio y se proporcionó suficiente material probatorio para establecer que no sólo existió convivencia como esposos superior a 5 años *en cualquier tiempo*, sino que el vínculo afectivo y de apoyo mutuo estuvo vigente hasta el fallecimiento del causante.

En punto de la declaración de la demandante, si bien no precisa las direcciones de los lugares de habitación de la pareja, no se puede dejar de lado su condición de salud, la que se acreditó con el aparte de la historia clínica allegado al proceso (ver página 37 y 38 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

Conforme lo anterior, procede el reconocimiento de la sustitución pensional a favor de la demandante a partir del 16 de abril de 2019. No transcurrió el término de prescripción de 3 años (artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS), pues la primera mesada se causó el 16 de abril de 2019- y la demanda se radicó el 16 de diciembre de 2020 (ver página 52 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

INTERESES MORATORIOS. Frente al pago de intereses moratorios, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 estableció a cargo de las entidades del Sistema de pensiones intereses de mora por el retardo en el pago de las mesadas de pensión a sus afiliados. Tratándose de la primera de ellas, en pensiones de sobrevivientes, el interés corre cuando transcurre el plazo de dos meses que tienen las entidades del Sistema para agotar el trámite administrativo y de investigación pertinente a la asignación del derecho, contado desde la fecha en que el afiliado presenta la solicitud con los documentos pertinentes (artículo 1° ley 717/2003).

En palabras de la Corte Constitucional (sentencia C-601 de 2000) dicho interés procede para todas las pensiones reconocidas con posterioridad a la entrada en vigor del Sistema General de Pensiones, pues la Ley 100 de 1993 no creó “*privilegios entre quienes han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos*” ni distinguió entre pensionados. Además, en situaciones como la que se decide en esta audiencia, la Sala Laboral de la Corte ha estimado la procedencia del interés moratorio (sentencia del 28 de marzo de 2006, radicación 26223 y sentencia SL 464 de 2021).

Así las cosas, y dado que a la demandante se le adeudan las mesadas de una pensión de sobrevivencia causadas desde el 16 de abril de 2019, tiene derechos a recibir intereses moratorios. Estos correrían transcurridos dos meses desde la fecha de la reclamación, esto es, desde el 12 de agosto de 2019. No obstante, como se estudia esta condena en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de COLPENSIONES, no se

modificará la sentencia que ordenó el pago de los intereses desde el 12 de diciembre de 2019.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **SIN CONDENA EN COSTAS** de segunda instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

Exp. 20 2021 00121 01
Fideligno Armando Avelino Flechas contra la Administradora Colombiana de pensiones –
Colpensiones.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE FIDELIGNO ARMANDO AVELINO FLECHAS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto la parte demandante, contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 2023 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de pagar pensión de vejez de alto riesgo por desempeñar actividades de minería en socavones.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FIDELIGNO ARMANDO AVELINO FLECHAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca a su favor pensión especial de vejez por prestar sus servicios en actividades de alto riesgo, a partir de la fecha en que adquirió el estatus pensional junto con las mesadas causadas y no pagadas, los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y la indexación.

Exp. 20 2021 00121 01

Fideligno Armando Avelino Flechas contra la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que nació el 5 de diciembre de 1957; que toda su vida laboró en socavones o minera bajo tierra a través de diferentes empleadores desempeñando funciones como técnico minero, y cotizó *de manera especial*. Asegura que mediante Resolución 26119 del 26 de julio de 2012 el Instituto de Seguros Sociales negó el reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez, decisión que fue reiterada por Colpensiones mediante actos administrativos GNR 377942 del 30 de diciembre de 2013, 2015-914819 del 21 de abril de 2016. Sostiene que la entidad demandada le indicó que las cotizaciones especiales efectuadas como independiente no se podían incluir dentro de las semanas válidas para este tipo de prestación (ver demanda folios 1 a 11 del archivo 01 del expediente digital).

Enterada de la demanda y corrido el traslado legal, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES la contestó a través de apoderada. Se opuso a las pretensiones afirmando que el demandante no cumple los requisitos legales para causar la prestación que reclama, particularmente la existencia de actividades laborales de alto riesgo realizadas a favor de sus presuntos empleadores y cotizaciones adicionales. En su defensa propuso como excepciones las de *inexistencia del derecho reclamado, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica* (ver contestación folios 4 a 17, archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de febrero de 2023, mediante la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –

Exp. 20 2021 00121 01

Fideligno Armando Avelino Flechas contra la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones.

COLPENSIONES. Para tomar la decisión, señaló que no se encuentran acreditados los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez de alto riesgo, pues si bien al 26 de julio de 2003 acreditó 1.051,93 semanas, de las pruebas aportadas no se logra establecer que esas cotizaciones fueron por una actividad de alto riesgo, carga que tampoco se cumplió frente a las efectuadas como trabajador independiente ni frente a la cotización especial en la labor minera bajo tierra, situación que no podía inferirse de los alegatos sino que debía ser demostrada con los medios de prueba.

La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas por el señor FIDELIGNO ARMANDO AVELINO FLECHAS a partir del 01 de abril del año 2015 de conformidad con la parte de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS al demandante y a favor de COLPENSIONES. Tásense por secretaría incluyendo la suma equivalente a medio salario mínimo legal vigente. TERCERO: De no ser apelada la presente decisión, remítase al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta que fue adversa a los intereses del trabajador, afiliado, demandante.”* (Audiencia virtual del 27 de febrero de 2023, récord 1:13:49)

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado del demandante la apeló. Afirma que no se tuvo en cuenta que sí acreditó funciones como técnico de minería bajo tierra y no solamente como gerente o administrador, lo cual puede verificarse con el interrogatorio de parte que absolvió. También se puede constatar que realizó los aportes a riesgos profesionales los cuales fueron certificados por POSITIVA desde el año 2017. Asegura que completa más de

Exp. 20 2021 00121 01
Fideligno Armando Avelino Flechas contra la Administradora Colombiana de pensiones –
Colpensiones.

1300 semanas cotizadas en alto riesgo¹ (Audiencia virtual del 27 de febrero de 2023, récord 1:15:08).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La controversia que debe resolver el Tribunal, en consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se circunscribe en determinar si al demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una pensión especial de vejez por el desarrollo de actividades que implicaran una cotización especial por *alto riesgo*.

Para desatarla, en primer lugar advierte la Sala que el demandante no es beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues para el 1°

¹ “Gracias su señoría frente a la misma procedo a instaurar el recurso de reposición en subsidio del recurso de apelación con fundamento en lo siguiente, manifiesta el despacho que parte la mayoría de funciones que ejerció el señor Avelino Flechas fueron de actividades gerenciales o de dirección, vale la pena mencionar que este tan solo nombró una de las acciones que realizaba pero no fue tenido en cuenta cuando demostró lo que hacía como técnico de minería bajo tierra, con esto se quiere demostrar que las funciones que este realizó fueron como técnico de minería bajo tierra, las cuales están plenamente certificadas y como consta en el expediente se hicieron los respectivos aportes a riesgos profesionales certificados por positiva compañía de seguros desde el año 2017 si se quiere . Aunado a eso es suficientemente claro al tenor del Decreto 2090 de 2003 que en el artículo 2 nos dice “trabajos en minería que empiecen a prestar servicio en socavones o por subterráneo al tenor a eso merece que la sentencia se reponga o en su defecto surja o se aplique el recurso de apelación toda vez que mi poderdante sí realizó trabajos de minería toda su vida bajo tierra o en socavones, si bien es cierto y se presentó un mal entendido cuando se hablaba de dirección solamente se enfocó en este despacho en decir que este era tema administrativo, no tuvo en cuenta cuando se indicó que este ingresaba a socavones, se puso en una hora promedio 3, 4 horas, pero eso no quiere decir que con la misma hora mi poderdante ingresara todo un día todos los días a la semana, por lo cual se demuestra que este si estaba amparado bajo este decreto, aunado a lo anterior mi poderdante para la fecha completa más de 1300 semanas cotizadas en alto riesgo, por lo tanto de no ser tenidas en cuenta se estaría violando no sólo el estatuto laboral sino el estatuto donde menciona los derechos mínimos del trabajador, cuando a toda luces en la conciliación, que le ofrecen de manera tacita lo dijo en la conciliación, lo que le ofrecen era inconciliable, lo que le estaban ofreciendo era simplemente un reconocimiento de la pensión que ya lo tenía si no hubiera cotizado en alto riesgo, por lo tanto acá no había lugar a ninguna conciliación, sino simplemente a un reconocimiento de una pensión disfrazada bajo una conciliación. Agradezco el espacio y espero su señoría sean tenidos en cuenta estos alegatos para efectos del recurso de reposición y en subsidio de apelación”.

de abril de 1994 tenía 36 años de edad², y había efectuado cotizaciones al sistema por 13 años, 1 mes y 25 días³.

Por ello su situación pensional se debe estudiar bajo los lineamientos del Decreto Ley 2090 de 2003, norma vigente en el momento en que afirma haber cumplido el requisito de edad y pudo por ello consolidar el derecho.

Dicho decreto (2090 de 2003) define cuales son las actividades de alto riesgo para la salud del trabajador sobre las cuales se debe efectuar una cotización adicional para financiar el retiro anticipado del servicio por el riesgo al cual se encuentra expuesta la salud del trabajador. Entre ellas establece los “[t]rabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos”. Además, la norma regula los escenarios que permiten anticipar o disminuir el requisito de edad para causar la pensión de los trabajadores que asumen un riesgo adicional en su salud por las condiciones en que deben desarrollar el trabajo, con lo cual se limita en el tiempo la exposición a las sustancias o actividades que les son perjudiciales.

Específicamente el artículo 3 de tal disposición prevé que los trabajadores que se dediquen en forma permanente al ejercicio de actividades catalogadas como de alto riesgo tendrán derecho a una pensión especial de vejez, cuando reúnan los siguientes requisitos: i) que hayan realizado cotizaciones al sistema por el período mínimo que establece el artículo 9º de la Ley 797 de 2003⁴ (para la situación del actor las 1125 que exigía la norma para el año 2012 cuando cumplió 55 años), de las cuales deben efectuarse cotizaciones “especiales”

² Nació el 5 de diciembre de 1957, folio 14 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia.

³ Ver historia laboral expedida por Colpensiones actualizada al 6 de marzo de 2020, expediente administrativo, carpeta 11 del expediente digital, trámite de primera instancia.

⁴ Artículo 9º Ley 797 de 2003 “(...) A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 en el año 2015 (...)”

Exp. 20 2021 00121 01

Fideligno Armando Avelino Flechas contra la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones.

durante al menos 700 semanas⁵; y iv) que cumplan 55 años, edad que puede disminuir hasta 50 años deduciendo 1 año por cada 60 semanas adicionales de cotización especial efectuadas después de las primeras 700.

Para sufragar los costos que implica el anticipo de estas pensiones, el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 dispuso a cargo del empleador el pago de un porcentaje adicional del 6% en las cotizaciones al Sistema de pensiones, monto que a partir del 28 de julio de 2003 quedó en el 10% por aplicación del Decreto 2090 de ese año.

Con los anteriores referentes normativos y una vez revisadas las pruebas del expediente, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó la pensión especial de vejez, pues, si bien el actor demostró haber cotizado en total 1301,86 semanas al Sistema con lo cual superó el mínimo de 1225 que exigía el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, para la fecha en que cumplió la edad de 55 años, sólo demostró **531** semanas cotizadas con puntos adicionales, de las 700 exigidas, tal como lo reconoció el otrora Instituto de los Seguros Sociales en la Resolución No. 26119 del 26 de julio de 2012, y se verifica con los documentos que reposan en el expediente administrativo aportado por Colpensiones (archivos 83 a 89 de la carpeta 11, trámite de primera instancia),

Sobre este último aspecto es del caso indicar que los medios de prueba para demostrar las cotizaciones adicionales efectuadas a favor del demandante, son contradictorias. Así, Colpensiones dentro de la historia laboral actualizada al 6 de marzo de 2020 certifica únicamente 4,28 semanas *con tarifa de alto riesgo*⁶, sin embargo, aporta una relación elaborada por esa misma entidad el 18 de abril de 2016 en la que constan **492.85** semanas cotizadas con el porcentaje adicional por alto riesgo, aun teniendo en cuenta aquellas

⁵ El monto de la cotización especial para las actividades de alto riesgo es el previsto en la Ley 100 de 1993, más diez puntos adicionales a cargo del empleador.(art. 5° D 2090/03)

⁶ Archivo “GRP-SCH-HL-2020_3177986-20200306084618.PDF”

efectuadas como trabajador independiente⁷, pero en una de las Resoluciones que negó el reconocimiento pensional (VPB 25491 del 16 de junio de 2016) sólo tuvo como válidas 437 semanas cotizadas con alto riesgo. Ante tal disparidad, el Tribunal tiene en cuenta aquellas que convalidó en su momento el Instituto de Seguros Sociales⁸, por tratarse de cotizaciones efectuadas en vigencia de dicha entidad⁹.

Ahora, si bien el demandante alega que prestó sus servicios en la actividad minera en socavones o subterráneos por más de 20 años –más de 1300 semanas-, es decir, por un tiempo superior al que se efectuaron las cotizaciones adicionales por alto riesgo y que fueran consideradas por la entidad pensional demandada, no se aportó prueba suficiente de su desempeño en este tipo de actividades, o de exposición a un riesgo en la salud por la exposición a sustancias peligrosas, caso en cual debía demostrar que la sustancia es peligrosa y que el trabajador estuvo expuesto a ella en su sitio *específico* de trabajo, lo cual no ocurrió.

Al respecto, el Decreto 2090 de 2003 estableció los criterios que se deben seguir para determinar la presencia de un factor de riesgo en el sitio de trabajo. Norma que fue objeto de control de constitucionalidad en la sentencia C-853 de 2013 (M.P. Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO) en la cual la Corte advirtió claramente que *“[l]a inserción de una actividad en la clasificación de alto riesgo en los términos del Decreto 2090 de 2003, debe obedecer a un criterio técnico y objetivo que verifique que la labor desempeñada conduce a una degradación en la calidad de vida y la salud del trabajador, parámetro que puede variar dependiendo de las circunstancias sociales, los avances de la tecnología y el mismo desarrollo en la prestación del servicio”*. En este orden

⁷ Archivo GEN-REQ-IN-2015_9149819-20160418111721.pdf

⁸ Archivo “0003623300000011336118003901A.tif” expediente administrativo, carpeta 11 del expediente digita, trámite de primera instancia.

⁹ El último aporte se efectuó en octubre de 2008 y la función pensional a cargo de este instituto fue asumida por Colpensiones hasta el año 2012.

de ideas, la evidencia aportada al expediente para demostrar la exposición a sustancias peligrosas debe acreditar con criterios técnicos y objetivos la presencia del riesgo en la salud del trabajador en el sitio específico en el cual prestó el servicio. La carga de aportar dicha prueba la tiene quien reclama las consecuencias jurídicas del riesgo, es decir la parte demandante, en los términos del artículo 167 del CGP.

Sin embargo, en el expediente la Sala no se encuentra evidencia de que el actor hubiera laborado con exposición a *sustancias peligrosas* en los sitios en los que trabajó, ni que hubiese desempeñado *trabajos en minería que impliquen prestar el servicio en socavones o en subterráneos*.

No resulta útil para el efecto el interrogatorio de parte rendido por el mismo demandante¹⁰ (en el que explicó que es técnico minero y que toda su vida se desempeñó en este tipo de actividades dentro de un socavón) pues conforme al principio general del derecho que señala que nadie puede fabricar su propia prueba^{11,12} no tienen validez; así como tampoco las certificaciones laborales que se incorporan al expediente administrativo expedidas por HIGUERA RAMÍREZ SOCIEDAD DE HECHO, RODRÍGUEZ FARÍAS E HIJOS LTDA., COOPERATIVA INTEGRAL DE PRODUCTOS DE CARBÓN, RODRÍGUEZ RINCÓN JAIRO, MINAS SOECAL LTDA., MINA CANDELARIA, MAGDALENA AVELINO FLECHAS, MINAS SECHA LTDA y MARTHA SOFÍA AVELINO DE SOCHE¹³, por cuanto lo que allí se hace constar –que era técnico minero en socavón- no resulta consistente con el dicho del actor en su declaración en la que especificó que sus actividades eran gerenciales y administrativas, ni se enlistan las tareas específicas que desarrolló para poder concluir que el

¹⁰ Audiencia del 27 de febrero de 2023, récord. 40:34

¹¹ Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación laboral, Sentencia SL3981-2021 Rad. 81902 M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA

¹² Cfr. Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL5109-2020 Rad. 70271 M.P. OMAR ÁNGEL MEJÍA AMADOR.

¹³ Ver expediente administrativo, carpeta 11.

servicio efectivamente se llevaba a cabo al interior de un socavón o en un subterráneo. No se incorporaron más elementos de convicción a partir de los cuales se pueda verificar lo que allí se hace constar, máxime cuando se trata de compañías que tienen una relación de familiaridad con el actor. De hecho, llama la atención de la Sala que en todas consta el mismo cargo de *técnico en minas carbón en socavón*, se expidieron en la misma fecha -13 de abril de 2009-, y algunas son suscritas por sus hermanos, otra incluso por el propio demandante como representante legal de MINA CANDELARIA.

Adicionalmente, los periodos posteriores al año 1995 ya aparecen con cotización de alto riesgo dentro de la historia laboral y por ende fueron consideradas en el acápite anterior¹⁴.

Tampoco resultan pertinentes las certificaciones de afiliación expedidos por la ARL POSITIVA (folios 35 a 39 del archivo 01 del expediente digital), pues estas dan cuenta de la afiliación al sistema de riesgos laborales -el cual es diferente al sistema general de pensiones-, y que cotizaba en un riesgo alto, lo cual no implica, necesariamente, que fue en desarrollo de las actividades que el Decreto 2090 de 2003 define como de *alto riesgo*.

Además de los medios relacionados, en el plenario no hay otras evidencias de las actividades de minería en socavón a las que alude el demandante en su demanda que pudieran sumarse a las que ya constan en su historia laboral, a efectos de acreditar el requisito mínimo para hacerse acreedor de la pensión especial que reclama; y en todo caso, ninguno de los medios de prueba allegados da cuenta de exposición a sustancias dañinas para su salud. Téngase en cuenta que los presuntos empleadores del actor tampoco fueron vinculados al proceso para poder exigir de ellos las responsabilidades derivadas de posibles o eventuales omisiones en sus obligaciones.

¹⁴ Archivo GEN-REQ-IN-2015_9149819-20160418111721.pdf

Exp. 20 2021 00121 01

Fideligno Armando Avelino Flechas contra la Administradora Colombiana de pensiones – Colpensiones.

COSTAS en la apelación a cargo del demandante.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia dictada en primera instancia.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE VÍCTOR HUGO LEÓN CHACÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y COLPENSIONES, así como para estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 1° de marzo de 2023 por el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha sentencia, se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, VICTOR HUGO LEON PACHON presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad o ineficacia* de su vinculación al régimen de

ahorro individual del 18 de diciembre de 1998, sin solución de continuidad, por inducir en error al demandante al no brindar una información honesta, veraz y eficiente sobre las modalidades pensionales, bono pensional, y las ventajas y desventajas entre los regímenes. En consecuencia, pide que se condene a COLFONDOS a devolver a COLPENSIONES todas las sumas depositadas junto con los frutos, rendimientos e intereses, y a COLPENSIONES a recibir dichas sumas con previa verificación de la integridad de los aportes y a actualizar la historia laboral (ver demanda y subsanación folios 1 a 19, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, las demandadas la contestaron mediante apoderado judicial.

PORVENIR S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones con sustento en que van dirigidas contra terceros ajenos al fondo, por lo que no le es dable algún pronunciamiento. Preciso que el demandante no ha tenido vínculo de carácter pensional con ese fondo de pensiones. Formuló como excepción previa la *falta de legitimación en la causa por pasiva* y como excepciones de fondo las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y restituciones mutuas* (ver contestación folios 3 a 21, archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. también se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas que la involucran, en especial a que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado. Afirma que brindó asesoría integral y completa respecto de las implicaciones del traslado de régimen, informando las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias, ventajas y desventajas así como la rentabilidad que generan los aportes en este régimen, por ello, la afiliación se hizo de manera libre y con consentimiento expreso conforme al artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que el demandante, dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden, no manifestó inconformidades ni retornó al régimen de prima media.

En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago* (ver contestación folios 5 a 29, archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLPENSIONES se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que no se aporta prueba alguna que determine un error o vicio del consentimiento o alguna inconformidad del demandante, al contrario, se observa de las pruebas documentales allegadas que la afiliación se hizo libre y voluntariamente. Advierte que el demandante está inmerso en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el cual modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y no procedencia del pago en costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* (ver contestación folios 3 a 45, archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En la etapa de resolución de excepciones previas realizada en audiencia del 1° de marzo de 2023, se dispuso DESVINCULAR a PORVENIR S.A del proceso, al corroborar que el demandante nunca estuvo afiliado a ese fondo de pensiones.

Terminó la primera instancia con sentencia de 1° de marzo de 2023, mediante la cual el Juez Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la

ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que no se probó haber brindado una información suficiente, comprensible, clara y oportuna sobre las características de los dos regímenes, sin que para el efecto resulte útil la suscripción del formulario de afiliación. Consideró que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, ni de los seguros previsionales al ser beneficios que el actor disfrutó durante su afiliación.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación del traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, efectuado por el señor VÍCTOR HUGO LEÓN CHACÓN a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES COLFONDOS, el día 28 de diciembre de 1998, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: DECLARAR como aseguradora del demandante para los riesgos de invalidez, vejez y muerte a COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS devolver los aportes girados, por concepto de cotización obligatoria a pensiones de VÍCTOR HUGO LEÓN CHACÓN junto con los rendimientos financieros causados con destino a COLPENSIONES y los bonos pensionales si los hubiese. CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. QUINTO: CONDENAR en costas a COLPENSIONES y a COLFONDOS a favor de la parte actora, tócase por secretaria incluyendo como agencia en derecho una suma igual a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes. SEXTO: Sea o no apelada la presente decisión permítase la misma y el expediente al Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional, teniendo en cuenta que fue condenada COLPENSIONES entidad de régimen en atenciones del cual es garante. “(Audiencia virtual, récord 50:01 archivo 13 trámite de primera instancia del expediente digital).*

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso del demandante, su apoderado afirma que al declararse la ineficacia de la afiliación del traslado de régimen todo debe volver a su estado anterior, por lo que solicita se ordene la devolución a Colpensiones de los gastos de administración y de los seguros provisionales. Afirma que, si bien tal pretensión no se solicitó en la demanda, se debió otorgar en uso de las facultades ultra y extra petita¹ (Audiencia virtual, récord 52:21, archivo 13 del expediente digital).

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado sostiene que el traslado vulnera la prohibición legal que señala la Ley para quienes faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión. Afirma que el traslado de régimen se hizo libremente cumpliendo todos los requisitos normativos exigidos, y el único motivo del traslado es una pretensión económica. Advierte que el régimen de prima media es un sistema subsidiado, por lo que este tipo de traslados afecta la sostenibilidad financiera del sistema al tener que cubrir dicha atención COLPENSIONES con sus propios recursos. Solicita, en caso de no ser revocada la sentencia, que no se le condene en costas, y que se ordene la devolución de los gastos de administración y del seguro previsional, junto con la totalidad de las sumas de dinero que se encuentren en Colfondos² (Audiencia virtual, récord 53:49 archivo 13 del expediente digital).

¹ *Gracias señoría, siendo la oportunidad procesal presentó recurso de apelación parcial referente a los gastos de administración que como bien lo traduce la institución de la ineficacia debe volverse todo a su estado en el que se encontraba eso quiere decir que efectivamente los gastos de administración no pueden ser descontados ni ningún gasto por gastos de póliza o además todo ello debe hacer parte integrante de los valores que tenga que devolver a Colpensiones así las cosas solicito a los honorables magistrados verificar el punto de la devolución de los dineros para que con ello tengan en cuenta como lo dice la institución de la ineficacia todos los gastos de administración teniendo en cuenta que si bien no se presentó en el libelo de la demanda existe el fallo ultra y extra petita facultad del juez o magistrado para poder acceder a dicha pretensión así no más, solicito se pueda verificar dicha entrega de los valores ya dichos y así interpongo este recurso de apelación a los honorables magistrados, gracias señoría.*

² *Muchas gracias su señoría, su señoría me permito interponer recurso de apelación a la sentencia por usted transferido, para que el Tribunal Superior de Bogotá sala laboral revoque la misma conforme a los siguiente: señores magistrados al trasladarse al demandante del*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

régimen de ahorro individual al régimen de prima media se está vulnerando el mandato legal la prohibición legal que nos indica que una persona que le falta menos de 10 años para cumplir la edad con la cual accedería a la pensión no puede trasladarse de régimen pensional, ahora bien en cuanto a lo explicado por el a quo en declarar la ineficacia hay que tener en cuenta que el traslado de régimen se hizo con el lleno de los requisitos legales la AFP cumplió con todos los requisitos normativos que se exigía fue la libre escogencia del señor Víctor al régimen que quiere estar, lo hizo con pleno uso de sus capacidades, era su voluntad dio el consentimiento para dicho para dicho acto jurídico, el acto jurídico el traslado se celebra sobre un objeto de una causa lícita por lo cual consideramos que este traslado debe ser declarado eficaz, además que hay que tener en cuenta que no hay una lesión injustificada a los derechos pensionales o al derecho constitucional a la seguridad social del demandante única y exclusivamente lo que lo trae al proceso y a solicitar el traslado a régimen y quiere estar en el régimen de prima media es única y exclusivamente una pretensión económica, la cual reitero no vulnera los derechos a la seguridad social del demandante además señores magistrados, hay que tener en cuenta que en este tipo de procesos y tantos traslados que se han hecho contrarios a derecho por vía judicial con los demandantes por desinformación personas que pues primero la desinformación no se muestra ya que pues hay asesorías, además que también es un deber de una persona que trata o que hace un acto jurídico tener la información del mismo y pues ya sabiendo las personas que pueden trasladarse y después de la asesoría con sus respectivos apoderados saben que si alegan desinformación se les va a declarar una ineficacia de traslado como ha sido la postura judicial, este tipo de casos pero eso está afectando la sostenibilidad financiera del sistema reitero personas que nunca han estado o casi nunca estuvieron en el régimen de prima media y manejaron sus dineros o sus aportes a la seguridad social como cuentas de ahorro individual y a puertas para pensionarse quieren trasladarse al régimen de prima media esto afecta a la sostenibilidad financiera hay que tener en cuenta que los dineros que maneja Colpensiones del régimen de prima media, son de un régimen subsidiado del cual dependen tanto las pensiones que se están pagando como las futuras pensiones y tantos traslados, si bien es cierto eventualmente las AFP en este caso la AFP trasladara los aportes eventualmente Colpensiones tendrá que sacar de sus arcas para cubrir dicha atención y reitero esto afecta la sostenibilidad del sistema y pone por encima el interés de esos particulares por encima del interés general. Ahora bien señores magistrados de ratificarse la sentencia de primera instancia y declararse la ineficacia del traslado en cuanto a la condena del a quo en costas le solicitó no imponer dicha condena debido a que Colpensiones no es el causante de la ineficacia si se llegara a platicar la sentencia no tuvo ninguna injerencia y no podía oponerse al traslado que se realizó además los dineros que maneja la seguridad social que maneja Colpensiones en el régimen de prima media única y exclusivamente deben ser usados para pagos de mesadas pensionales por mandato constitucional. En cuanto a la no condena de gastos de administración por edad también le solicito a los señores magistrados que los dineros sean devueltos en su totalidad incluyendo gastos de administración seguro provisional o cualquier otra suma de dinero que este en manos de la AFP ya que si se declara la ineficacia del traslado pues no podría la AFP mantener ningún dinero ni ningún rubro de un negocio jurídico que nunca nació a la vida y además que si reitero se ratifica la sentencia de primera instancia la ineficacia del traslado sería oponible a quien debía dar la asesoría y no la dio, en este caso la AFP dejando cualquier tipo de rubro sería premiar ese traslado viciado que se realizó, muchísimas gracias

regímenes pensionales existentes y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigencia el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1° de abril de 1994).

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

reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente, que para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones, el demandante tenía 32³ años de edad y había cotizado 293,43 semanas⁴, para la fecha entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 3 años, 1 mes y 4 días)⁵, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 56 años – ver archivo 01 folio 136).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{6, 7}.

³ Nació el 27 de diciembre de 1965

⁴ Ver historia laboral Colpensiones – archivo 08 folio 46.

⁵ *Ibidem*.

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

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

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

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

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

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

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen del demandante, pues la AFP COLFONDOS S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente del Sistema* en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Corte estima necesario no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener el traslado específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no demostró con las pruebas documentales allegadas al proceso ni se reconoció en las declaraciones.

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

produjo efectos” (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* o *ratificación* de la afiliación la permanencia o los posteriores traslados del actor al interior del RAIS.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A. la devolución de los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y bonos pensionales pertenecientes a la cuenta del demandante, pero en virtud de las apelaciones se adicionará para ordenar a COLFONDOS la devolución de los gastos de administración y de los seguros previsionales por el tiempo que estuvo afiliado (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). La declaración de ineficacia –a juicio de la Corte- obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), y sobre dichos pagos no opera la prescripción. Lo anterior implica también, a juicio de la Corte, la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes⁸ los cuales se deben entregar *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causan por asumir la obligación pensional del demandante en montos no

⁸ *“En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.*

previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondo de pensiones.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS devolver los gastos de administración y de los seguros provisionales correspondientes a la cuenta del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES-.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por tener que asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrió el fondos de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 20 2022 00043 01
Víctor Hugo León Chacón contra Colpensiones y otro.



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 21 2022 00219 01
Sandra Judith Serrano Salazar contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE SANDRA JUDITH SERRANO SALAZAR
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, la sentencia dictada el 21 de marzo del 2023 por la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, en el cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SANDRA JUDITH SERRANO SALAZAR presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare *nulo* el traslado de régimen realizado el 31 de agosto de 1994 del ISS hoy Colpensiones al régimen de ahorro individual, con fundamento en que los asesores de PROTECCIÓN *omitieron el deber de información al no explicar las ventajas, desventajas* y el monto de capital requerido para obtener una pensión anticipada, además por inducir en error a la actora al indicarle que el ISS se iba a acabar. En consecuencia, pide que se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora, cuotas de administración y bono

EXP. 21 2022 00219 01
Sandra Judith Serrano Salazar contra Colpensiones y otro.

pensional, con sus respectivos rendimientos, y a esta última a recibir a la demandante sin solución de continuidad con los dineros provenientes del RAIS y a actualizar la historia laboral (ver demanda archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificado el auto admisorio, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

COLPENSIONES se opuso a las pretensiones con fundamento en que al expediente no se aporta prueba que demuestre que a la demandante se le hizo incurrir en error o que existe algún vicio del consentimiento, o que hubiera presentado inconformidad alguna con su afiliación al RAIS. Por el contrario, afirma, las documentales dan cuenta que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria sin observaciones, constreñimientos o presiones. Advierte que la actora no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es posible su traslado de régimen. En su defensa propuso las excepciones que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.*(ver contestación folios 3 a 39 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S. A, se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado se hizo mediando un acto válido exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se acredita con el formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó de forma libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Sostiene que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no puede ser motivo de nulidad al estar contemplada en la Ley 100 de 1993. Advierte que la demandante pudo ejercer el derecho al retracto, pero no lo hizo, y que actualmente se encuentra inmersa en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 al estar a menos de 10 años de

EXP. 21 2022 00219 01

Sandra Judith Serrano Salazar contra Colpensiones y otro.

cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Presentó como excepciones las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y por qué afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica.* (ver contestación folios 3 a 22 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de marzo de 2023, mediante la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Siendo prueba insuficiente el formulario de afiliación y los comunicados de prensa.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora SANDRA JUDITH SERRANO SALAZAR al régimen de ahorro individual, el 31 de agosto de 1994, con fecha de efectividad al 1 de septiembre de esa anualidad por intermedio de PROTECCIÓN S. A, en consecuencia declárese como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por COLPENSIONES. SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S. A a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación por cambio de régimen de prima media con prestación definida al RAIS de la demandante tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados*

EXP. 21 2022 00219 01
Sandra Judith Serrano Salazar contra Colpensiones y otro.

para la Garantía de Pensión Mínima, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional debidamente indexados desde su afiliación inicial y hasta que se efectúa el pago, los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades sin deducción alguna por gastos de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora SANDRA JUDITH SERRANO SALAZAR. A ello se le concede el término de un mes siguiente a la ejecutoria de esta providencia, al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado del ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que lo justifique. TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S. A y COLPENSIONES conforme a lo motivado en las consideraciones de esta providencia. QUINTO: Condenar en costas de esta instancia a las demandadas a favor de la demandante liquidense por secretaria incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de PROTECCIÓN S. A y la suma de \$300.000 a cargo de COLPENSIONES. SEXTO: CONSULTAR esta decisión con el honorable Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá en favor de los intereses de COLPENSIONES en caso de no ser apelada oportunamente.” (Audiencia virtual, récord 57:25, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES afirma que la demandante realizó el traslado de forma libre y voluntaria cumpliendo las solemnidades legales. Indica que para la fecha de traslado no era obligatorio generar un registro documental del mismo por lo que los fondos cuentan exclusivamente con el consentimiento descrito en el formulario de afiliación. Señala que el motivo de la actora para volver al RPM obedece únicamente al monto de la mesada pensional pretensión que no es protegida en las decisiones de la Corte Suprema de Justicia. Solicita que no se le condene en costas por no haber

EXP. 21 2022 00219 01

Sandra Judith Serrano Salazar contra Colpensiones y otro.

participado en el acto que se declara ineficaz¹ (Audiencia virtual, récord 1:00:00, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

¹ “Su señoría, siendo esta la oportunidad procesal me permito respetuosamente interponer recurso de apelación ante el honorable Tribunal Sala Laboral de Bogotá para que así revoque en su totalidad la sentencia que acaba de proferir pues en el presente proceso se evidencia que la demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria, sin presiones, sin medidas y en cumplimiento de las solemnidades legales por lo cual produjo los efectos del traslado válidos a dicho régimen. Respecto a la carga de la prueba el deber de información en primer lugar pues en este caso particular la más afectada es Colpensiones teniendo en cuenta que es por la sostenibilidad del sistema de pensiones máximo cuando la afiliación se logra en el año 1994 queriendo decir que han transcurrido aproximadamente 28 años a la fecha configurándose imposible probar las circunstancias que rodearon la suscripción del traslado fecha para la cual no era obligatorio dejar un registro documental del mismo aunque el precedente pues que la Corte Suprema utiliza como norma de aplicación, el deber de información del Decreto 673 de 1993, sin embargo pues este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 del 2015 por lo que los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento descrito en el formulario de afiliación para probar el conocimiento libre voluntario, sin precisiones, informado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1993 y el año 2014 no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba el querer pertenecer al régimen de ahorro individual como es el caso de la señora demandante la cual suscribió el formulario y realizó el respectivo traslado para el año de 1994 con la AFP PROTECCIÓN también se debe analizar si la presunta falta de información se produce un efecto cierto y adverso como lo es perder el régimen de transición pensional o si bien se trata de una situación donde la afiliada no puede trasladarse de régimen y por no estar de acuerdo con la mesada pensional como es el caso de la demandante encuentra en esta clase de acciones la oportunidad ideal para obtener un beneficio indebido al juzgar las normas que regulan de manera clara los términos y oportunidades en que debe ser surtida la movilidad entre regímenes siendo claro que este último escenario no es objeto de protección, ni de alcance de las decisiones de la Corte Suprema de Justicia. Por último en caso de no acoger los argumentos expuestos por mi representada y en consecuencia la sala confirme la providencia objeto de alzada solicito respetuosamente a los honorables magistrados se comisione el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones previo al cumplimiento de la devolución de la totalidad cuenta de ahorros de la demandante como son las cuotas ahorradas al Fondo de Garantía de pensión Mínima, rendimientos, bonos pensionales, porcentajes destinados al pago de seguros previsionales y gastos de administración y los demás a los que hubo lugar debidamente indexados por el tiempo que permaneció afiliada la demandante al fondo privado toda vez que mi representada no podrá dar cumplimiento hasta tanto la AFP no reintegre los recursos. En igual sentido solicito a los honorables magistrados no se condene en costas a mi representada toda vez que no participo en el acto que se presume ineficaz y es una tercera a la que se le causa un daño injustificado por partes ajenas a Colpensiones, en ese sentido dejo sustentado mi recurso de alzada y solicito a los honorables magistrados se absuelva a Colpensiones de todas y cada una de las ordenes y condenas impartidas en su contra, gracias.”

EXP. 21 2022 00219 01

Sandra Judith Serrano Salazar contra Colpensiones y otro.

el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1° de abril de 1994).

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 24² años de edad y había cotizado 291.14³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994)

² Nació el 9 de agosto de 1970.

³ Ver historia laboral expedida por Protección, folio 32 archivo 10 del expediente digital.

EXP. 21 2022 00219 01

Sandra Judith Serrano Salazar contra Colpensiones y otro.

no tenía 15 años de servicios (de acuerdo con la historia laboral tenía 2 años, 10 meses, 3 días⁴), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para acceder al derecho pensional (tenía 51 años de edad -ver archivo 1 y folio 1 del archivo 5 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁵, ⁶. Según dicho precedente se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar toda la información pertinente del Sistema pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia,*

⁴ *Ibidem* e historia laboral expedida por Colpensiones folio 4 del archivo 08 del expediente digital.

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

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”.*

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PROTECCIÓN no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala

EXP. 21 2022 00219 01
Sandra Judith Serrano Salazar contra Colpensiones y otro.

Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, el personal del banco donde trabajaba junto con los asesores de Protección, indicaron a los trabajadores que el ISS iba a desaparecer por lo que la mejor opción era trasladarse a Protección, le entregaron el formulo diligenciado y ella lo firmó (Audiencia virtual del 21 de marzo de 2023, récord 10:58).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo cotizaciones, rendimientos, y las sumas destinadas a garantizar la pensión mínima, así como los gastos de administración y los montos de las primas previsionales a cargo de aquella (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues*

EXP. 21 2022 00219 01
Sandra Judith Serrano Salazar contra Colpensiones y otro.

desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver “debidamente indexados” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Finalmente, se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos como ocurrió en el caso bajo estudio con Colpensiones como se indicó al inicio de esta sentencia (ver contestación folios 3 a 29 del archivo No. 9 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SIN COSTAS en esta instancia

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

RESUELVE

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

EXP. 21 2022 00219 01

Sandra Judith Serrano Salazar contra Colpensiones y otro.

2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE MARÍA ESPERANZA MONTAÑEZ
PIRAGAUTA CONTRA COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 17 de agosto de 2022 por el Juez veinticinco (25) Laboral del circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales procuraba la ineficacia de la terminación del vínculo laboral por estabilidad laboral reforzada por la salud de la demandante.

ANTECEDENTES

MARÍA ESPERANZA MONTAÑEZ PIRAGAUTA presentó demanda contra COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare ineficaz la terminación del contrato de trabajo celebrado del 30 de agosto de 2017 y como consecuencia que se ordene la reinstalación junto con el pago de los salarios prestaciones y aportes al sistema de seguridad social por el lapso comprendido entre el 30 de agosto al 22 de septiembre de 2017. De manera subsidiaria solicita que se declare la existencia del contrato de trabajo a término fijo de un año, que terminó por un despido sin justa causa por no contar con autorización del inspector de trabajo, y se ordene el pago de la liquidación de prestaciones sociales, indemnización

moratoria, por despido sin justa causa y la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 30 de agosto de 2016, COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA suscribió contrato de trabajo a término fijo por un periodo inicial de 6 meses, para desempeñar la labor de auxiliar de aseo, en jornada legal máxima semanal y devengando salario mínimo. En vigencia del contrato fue diagnosticada con Mialgia (dolores musculares), y desviación septial (desviación de tabique) por lo que recibió tratamientos médicos por parte de la EPS SALUD TOTAL. El 28 de julio de 2017 se le notificó la terminación del contrato de trabajo y finalizó sus servicios el 30 de agosto de 2017, sin que mediara la autorización del Ministerio del trabajo y sin el pago de las prestaciones sociales ni la indemnización del art 26 de la Ley 361 de 1997. En consecuencia, interpuso acción de tutela el 9 de septiembre de 2017, en virtud de la cual se ordenó su reintegro, lo que se cumplió el 22 de septiembre de 2017 (ver páginas 6 a 18 y 136 a 139 archivo No 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada sobre la acción, y corrido el traslado legal, COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA contestó la demanda. Aceptó la relación laboral y se opuso a las demás pretensiones bajo el argumento que no tuvo conocimiento sobre los diagnósticos médicos que ahora refiere la demandante. Dijo que la terminación del contrato se dio el 30 de julio de 2017 por expiración del plazo fijo pactado, lo que constituye una causa legal y objetiva. Afirmó que la demandante no era una persona que se encontrara en estado de incapacidad para el momento en que se dio la terminación del vínculo, no se encontraba en licencia por enfermedad ni existían recomendaciones médicas vigentes, además las inasistencias por incapacidades durante la relación fueron mínimas. Afirma que no actuó de manera discriminatoria y que el contrato finiquitó por una causa legal y objetiva. Propuso como excepciones de fondo las de *inexistencia de la obligación, falta de causa y cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, compensación, buena fe y prescripción* (ver página 170 a 190 archivo 01 trámite de primera instancia expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 17 de agosto de 2022 que absolvió a la demandada de todas las pretensiones incoadas. Para tomar su decisión el juzgado no encontró elementos de juicio para establecer que la demandante al momento de la finalización del vínculo se encontraba en estado de discapacidad, y menos aún que esa hubiera sido la causa de la terminación. En punto de las pretensiones subsidiarias, específicamente en relación con el despido injusto, dijo que se acreditó el preaviso que envió el empleador, que fue admitido por la actora, y por ello el contrato finalizó por expiración del plazo pactado.

La parte resolutive de la decisión tiene el siguiente tenor literal: “PRIMERO: ABSOLVER a la demandada *COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA S. A* de todas y cada una de las pretensiones tanto principales y subsidiarias incoadas en su contra. SEGUNDO SIN COSTAS en esta instancia. TERCERO por ser totalmente adversas las pretensiones de la demandante en caso de no ser apelada envíese a la sala laboral del honorable Tribunal de Bogotá para que se surta Grado Jurisdiccional de Consulta” (Archivo No 7 del expediente digital, trámite de primera instancia desde min 42:10).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante afirma que se acreditó la presunción de despido discriminatorio con las pruebas allegadas al plenario, entre ellas la historia clínica que demuestra que al 27 de julio de 2017 la demandante tenía *fibromialgia, artritis reumatoide a síncope vasovagal, hipotiroidismo, dolor en medias articulares, dolor en columna cervical posterior, dolor en manos*. En cuanto a las recomendaciones emitidas por la clínica Shaio, precisa que se encontraban vigentes al momento del despido. Dice que las incapacidades fueron recurrentes desde octubre de 2016, así mismo que de las actuaciones surtidas al interior de la acción de tutela se advierte que el empleador si tuvo conocimiento de las incapacidades médicas. En cuanto al dictamen médico, dice que se probó una PCL el 70.24% y si bien la fecha de estructuración es posterior, lo cierto es que la tenía para la finalización del contrato. Solicita no se considere que el contrato terminó por expiración del

plazo, pues en trabajadores con discapacidad ello no constituye una causal objetiva (Audiencia virtual del 17 de agosto de 2022, récord 43:00, archivo 07 expediente digital, trámite de primera instancia)¹.

¹ “Dr. Deisy Yamile Peralta tiene la palabra, gracias señor juez, si procedo a interponer recurso de apelación contra la decisión que se acaba de emitir contra la sentencia que se acaba de proferir conforme a los argumentos que me permito exponer a continuación. Este recurso de apelación lo formulo para que ante el Tribunal Superior de Bogotá se revoque la decisión y en su lugar se acceda a todas y a cada una de las pretensiones formuladas en la demanda en el proceso de la referencia por las razones que me permito exponer: bueno en primer lugar considero que se evidencia en la sentencia un error interpretativo pues en varias partes de su motivación indican que la parte demandante no cumple con la carga probatoria de demostrar “que la terminación del contrato lo fue por la presunta limitación en salud” a ese efecto me permito recordar que de acuerdo a las normas relacionadas con el fuero de estabilidad laboral reforzada por la condición de salud, dispone en una presunción, ¿Cuál es esa presunción? Esa presunción consiste en que la carga probatoria de la parte demandante consiste en acreditar que si tiene un estado de salud que conlleva a una limitación en el ejercicio normal de sus funciones, y además que el empleador conocía el estado de salud para de ello derivar o concluir de esa presunción que la terminación del contrato fue con causa o colocación de esas razones, en este proceso también existieron errores en cuanto a la apreciación de las pruebas debemos indicar o solicito tenerse en cuenta pruebas documentales sobrantes en el expediente especialmente las relacionadas con la historia clínica y con las incapacidades médicas y con las sentencias de tutela así: 1. Además con el interrogatorio de parte de la parte demandada y la declaración testimonial rendida por DIANA REINA por qué, Porque con estas pruebas se acredita que la trabajadora al momento de la terminación del contrato de trabajo, tenía unas patologías que si limitaban su estado de salud, la historia clínica cuenta que inclusive al 27 de julio de 2017 la demandante tenía diagnosticado fibromialgia , artritis reumatoidea, síncope vasovagal, hipotiroidismo , dolor en medias articulares, dolor en columna cervical posterior, dolor en manos y no bastando con esa historia clínica es oportuno indicar que el empleador si tenía pleno conocimiento de dichas limitaciones y que dichas limitaciones impedían el ejercicio normal de las labores, porque dentro de los anexos, documentos anexos a la contestación de la demanda, existen todos los comprobantes de nómina que informan que a partir de octubre de 2016, es decir en octubre de 2016, en la nómina de 2016, diciembre de 2016, enero 2017, febrero de 2017 y hasta abril del año 2017 si usted lo pueden verificar en los anexos de folio 55 a 63 de los anexos de la contestación de la demanda, en todos esos desprendibles de nómina emitidos por la empresa empleadora, se da cuenta que por lo menos en cada uno de esos meses la demandante tuvo incapacidad médica de por lo menos 15 días continuos, es decir que todos los meses que precedieron a la terminación del contrato la trabajadora estuvo en situación de incapacidad médica, claro vamos a verificar, en la sentencia se afirma que, que si bien existieron recomendaciones médicas de la clínica Shaio obrantes al folio 82, con 92 donde ahí le dan unas recomendaciones por tratamiento Síncope que ya me voy a referir a este tratamiento y para la artritis reumatoide, lo cierto es que tiene plena validez, ese documento nunca fue tachado de falso no fue presentado otro documento que diera duda frente a dicha veracidad de su contenido, entonces solicito a su despacho le dé plena validez a estas recomendaciones que en efecto eran las vigentes al momento del despido. Pero no bastando con eso siguiendo con trascurrieron los hechos desde la evaluación de las pruebas y la forma en las que ocurrieron los hechos claro desde octubre de 2016 ella presenta 15 días de incapacidad noviembre igual, diciembre igual, enero, febrero, marzo, abril del 2017 en junio ya empieza el tema de las recomendaciones de la clínica Shaio. Inmediatamente en julio le pasan el preaviso de terminación de contrato y le dicen el 28 de julio le entrego el preaviso que son las pruebas documentales que aporta la parte demandada para decirle que a partir de agosto del 2017 se le termina el contrato, bajo una supuesta terminación por periodo, por vencimiento del periodo pactado, entonces con esto que podemos concluir, claro 1. Que se desvirtúa la supuesta conclusión de que la empresa no tenía conocimiento de las enfermedades que tenía la demandante. 2. Evidentemente si la demandante tiene durante cada mensualidad que precede a los seis meses anteriores a la terminación del contrato, 15 días de incapacidad durante cada mes evidentemente las incapacidades le impiden a ella ejercer de manera

normal sus labores cotidianas, pero no bastando con eso la empresa también confesó que, a pesar de haber conocido y demostrado aquí las incapacidades, nunca le realizó un seguimiento por salud ocupacional para determinar. ¿Cuáles eran las restricciones o recomendaciones médico-laborales? Recordemos que, de acuerdo con las normas, quien tiene el deber legal de efectuar las recomendaciones y las restricciones es el empleador. De manera que es muy conveniente que el empleador no lo haga a efectos de no activar este esté fuero que se está demandando. Pero también es importante tener en cuenta que no se le puede castigar al trabajador por no contar con esas restricciones medicolegales que el mismo empleador no quiere emitir. Eso, por un lado, por otro solicitó se tenga en cuenta también todo el contenido del análisis de las acciones de tutela porque (sic) porque allí queda claro que, al momento de contestar la acción de tutela, la empresa demandada si acepta haber conocido de todas las incapacidades médicas que aquejaban a la demandante y cuando contesta dice que sí, que, en múltiples oportunidades, además le concedió el permiso para que la demandante asistiera al médico a todas sus consultas médicas. Entonces, estás otra prueba del conocimiento. Además de todo lo dicho, es importante destacar que. La prueba relacionada con el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral que da cuenta que la demandante tiene un porcentaje equivalente al 70.24% de la pérdida de la capacidad laboral. Voy a destacar dos cosas, lo primero es que este porcentaje, si bien es cierto, establece como una fecha de estructuración en julio del 2020, es decir, una fecha posterior a la terminación del contrato esto no es óbice para descartar que esas patologías que le fueron calificadas ya las tenía al momento de la terminación del contrato y para ello me permito solicitar al honorable Tribunal de aplicación a dos precedentes. Jurisprudenciales el primero, el de la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, determinado en la sentencia, es el 4860 del 2020, a través del cual la sala laboral aclara que no se requiere acreditar una calificación del 15% de la pérdida de la capacidad laboral al momento del despido para poder un trabajador cobijarse o ampararse. Este fue porque la misma corte en esta sentencia dice que se pueden acudir a otros medios para determinar la gravedad de la enfermedad y que el hecho de estar trabajando no implica que esté bien de salud, porque se puede revisar la historia clínica y me permito, por la relevancia de este tema, me permito citar textualmente, una parte del análisis que hace en esta sentencia la Corte Suprema de Justicia, "A no dudarlo, la condición de salud de la trabajadora era conocida por la empleadora en tanto, las incapacidades que se le concedieron Visualizaron Visibilizaron perdón sus padecimientos, que le impidieron prestar servicios en condiciones normales, dadas las afectaciones de su normalidad física y mental, desde luego, perceptibles en el ámbito laboral, dado que trascendieron la cotidianeidad hasta el punto que repercutieron negativamente en su rendimiento. Si bien, según el dictamen de la Junta regional de calificación de invalidez el 25 de mayo del 2000 entonces estructura el Estado invalidez del Accionante, la inferencia del juzgador de alzada de que al momento del despido la demandante no presentaba grado de disminución física, que ameritara la protección del artículo 26 de la Ley 1361 de 1997. También se exige equivocada en la medida en que la activación de los efectos protectores de la norma no está supeditada a la estructuración del Estado de invalidez. Con mayor razón si esto último no fue más ni menos que el producto de la evolución de unas condiciones médicas que emergieron en vigencia de la relación de trabajo y que se insiste no pasaron desapercibidas por el empleador" entonces, Solicitó a su despacho que, con base en este precedente jurisprudencial, se analice integralmente el contenido de la historia clínica de la demandante el dictamen de la pérdida de la capacidad laboral que se obtuvo después del despido, así como todas las incapacidades registradas por el mismo empleador en los desprendibles de nómina de todos los meses que preceden a la decisión de terminar el contrato de trabajo. No bastando con ello, también solicitó a su despacho aplicar el precedente constitucional emitido en la sentencia su 380 del 3 de noviembre del 2021 de la Corte Constitucional a partir del cual la Corte Constitucional ordena modificar a la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia una decisión a través de la cual la Corte Suprema de Justicia había requerido la calificación del 15% para la debilidad manifiesta y el fuero de salud. En esta sentencia, la Corte Constitucional reitera Diciéndole a la Corte Suprema de Justicia y a todos los jueces que se acogen a ese criterio de exigir la terminación del contrato dicho porcentaje que hay una violación directa de la Constitución en la medida en que desconoce el precedente judicial de judicial, horizontal y vertical. Porque porque le da un entendimiento a la norma alejado a la interpretación constitucional del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Porque (sic) porque la Corte Constitucional ha sido uniforme en considerar que la interpretación correcta y ajustada a la Constitución de dicha norma, es que se aplique no solo a las personas con una

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia, (i) que entre COMPASS GROUP SERVICES COLOMBIA y la señora MARÍA ESPERANZA MONTAÑEZ PIRAGAUTA existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 30 de agosto de 2016 y el 30 de agosto de 2017 (ver página 42 a 44 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), para desempeñarse como auxiliar de aseo, (ii) que en el transcurso del proceso a la demandante

pérdida de la capacidad laboral calificada como moderada, severa o profunda, por una autoridad competente, sino que también se extiende a toda persona en condición de salud que impide o dificulte el normal ejercicio de sus funciones. Entonces yo me pregunto, señor juez. Sino es claro que, si una persona todos los meses que preceden a tenido más de 15 días de incapacidad no es ese un hecho considerable, como una dificultad física y mental para prestar normalmente las labores que le corresponden, primero, segundo. Y también resultaría razonable indicar que no tiene ninguna relación que esta persona sea calificada con el 70.24% de pérdida de la capacidad laboral y decir que por esas mismas patologías que tenía antes del despido en el momento del despido no tenía nada que se encontraba en su pleno estado de salud pues a mi modo de ver resulta un poco carente de lógica este tipo de razonamientos, razón por la cual solicito Se da aplicación a estas sentencias, pero adicionalmente, antes de que lo pase por alto también se considere que no resulta para los efectos de la estabilidad laboral reforzada por condición de salud razonable considerar que el contrato de trabajo tiene como una finalización objetiva o por causal objetiva, la finalización del plazo pactado, pues como lo mencione en los alegatos de conclusión, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 67633 del 15 de julio del 2020, estableció. Que para la terminación de los contratos a término fijo en caso de trabajadores con discapacidad o condiciones especiales de salud, no se considera una causal objetiva la terminación por vencimiento del plazo pactado así se haya pasado el preaviso con los 30 días de antelación que tiene las normas, porque (sic) porque en ese caso, le correspondería al empleador acreditar que en realidad se extinguieron las causas que le dieron origen al contrato, situación que en este proceso no se acreditó por el contrario reintegró a la trabajadora a un cargo igual al que estaba desempeñando, razón por la cual se (sic) se puede inferir que las causales de que dieron inicio a ese contrato nunca finalizaron y por el contrario continuaron, razón por la cual, pues no es una causal objetiva para aceptar que podría terminarse el contrato a una situación en especial estado de salud conforme lo anterior solicito a su despacho nuevamente sean todas y cada una de las pretensiones solicitadas en la demanda y se revoque la sentencia conferida, la sentencia proferida gracias. gracias, Doctora Yamile, muy amable, muy bien, la parte demandante por conducto de su apoderada judicial interpone y sustenta el recurso de apelación dentro del término procesal respectivo, que no es otro que en esta audiencia por encontrarlo conforme a la ley, se concede el recurso de apelación en el efecto suspensivo y se ordena el envío del proceso y el expediente a la sala laboral del honorable Tribunal Superior de Bogotá, para lo de ley. De lo anterior se levantó un acta en constancia de la presencia de ustedes en la tarde de hoy, acta que será firmada solamente por el juez y el secretario, la señora María esperanza feliz resto de tarde, encantado de verla doctora Daisy Yamile Dr. Jorge Armando lo mismo encantado de verlos y siempre a sus órdenes, que esté muy bien, feliz, muchas gracias, señor, pues adiós muy bien, muchas gracias que esté muy bien, adiós.”

le fue calificada la PCL en 70.24% de origen común con fecha de estructuración el 23 de junio de 2020 (ver página 376 a 383 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), por lo cual la demandante se encuentra pensionada por invalidez desde el 18 de diciembre de 2020 por la AFP PORVENIR S.A. (ver página 359 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital)

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con las materias que fueron objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS) se circunscribe en determinar si la demandante tiene derecho a la estabilidad reforzada que regula la Ley 361 de 1997.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie autorización de la oficina del Trabajo.

La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar. Sin embargo, al estudiar su contenido, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada, que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo carece de efecto jurídico y, en consecuencia, también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la referida Ley no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para laborar².

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la

² CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-531 de 2000. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

jurisprudencia nacional que aplica las normas legales a casos concretos, ha dispuesto reiteradamente que las “*personas limitadas*” a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que acrediten haber sufrido una reducción cierta y considerable en su capacidad laboral, superior al 15%, o aquellas que acrediten encontrarse en un estado de debilidad manifiesta. Dispuso con ello la Sala Laboral de la Corte unos parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuáles personas son objeto de la protección especial de la Ley, pues no toda afectación en la salud del trabajador, ni toda limitación de su capacidad de trabajo, generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

Este criterio fue ratificado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL572-2021 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ, a cuyo contenido nos remitimos.

Otorgar estabilidad reforzada a trabajadores que sufren limitaciones mínimas en la capacidad laboral, o a personas cuyo contrato termina por causas diferentes a esa incapacidad, traería un efecto contrario al pretendido por la Ley y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, pues las cargas adicionales que deban afrontar los empleadores que vinculen personas con discapacidad implicaría para estas personas, en la práctica, menores posibilidades de acceso a los empleos disponibles en el mercado. Eso, ciertamente, no fue lo que quiso el legislador al expedir la Ley 361 de 1997.

Así las cosas, para otorgar la protección que asigna la referida Ley a un caso concreto, el juez debe tener certeza sobre una pérdida de capacidad laboral o una situación de debilidad manifiesta en el trabajador para el momento del despido, y debe tener certeza de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen en dicha incapacidad o debilidad.

Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra que el empleador conocía la pérdida de capacidad en el porcentaje que dispuso la

Corte, o sabía que el trabajador se encontraba en una situación de debilidad manifiesta.

Tal presunción se puede desvirtuar por el empleador si aporta prueba que demuestre la existencia de otras causas eficientes de terminación del contrato de trabajo³.

Con estas reglas normativas y de interpretación, y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones, pues ninguna evidencia se allegó sobre una *limitación cierta* en la capacidad de trabajo de la demandante o de una situación de debilidad manifiesta que fuera conocida por el empleador para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo.

Tampoco se demostró que la terminación de la relación hubiera tenido origen en una limitación de salud de la trabajadora para el desempeño de sus funciones.

No resulta pertinente para acreditar una relación de causalidad entre el padecimiento y el despido el documento que contiene una recomendaciones generales para el tratamiento *DEL SINCOPE NEUROCARDIOGENICO* pues dadas por la FUNDACIÓN ABOOD SHAI0 y *RECOMENDACIONES PARA LA ARTRITIS REUMATOIDEA* (ver página 99 a 109 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), pues no fue elaborado para la demandante, ni siquiera tiene una fecha y mucho menos hay certeza de que le hubiera sido remitido al empleador.

De la documental traída al proceso, en particular los desprendibles de pago, se registra pago de incapacidades pero por uno (1), dos (2) o máximo tres (3) días, y no se aportaron las ordenes médicas de las cuales se pueda establecer

³ La presunción de despido discriminatorio a la que se refiere la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como todas las presunciones contempladas en el ordenamiento jurídico, exige de la parte que pretende beneficiarse de ella la prueba de los hechos que la generan, para el caso: la prueba de que existía una limitación cierta en la capacidad de trabajo y que ella era conocida por el empleador

la patología que las originaron (ver páginas 73 a 88 trámite de primera instancia expediente digital), adicional a ello, de la documental denominada *PRESTACIONES LISTADO DE PRESTACIONES POR AFILIADO de la EPS SALUD TOTAL* (ver páginas 375 a 376 trámite de primera instancia expediente digital), no se establece que para el 30 de agosto de 2017 tuviera vigente incapacidad alguna.

Ahora, en las decisiones proferidas en la acción constitucional que ordenó el reintegro, se plasmó que le habían sido dadas unas recomendaciones médicas a la demandante y que estas *no han sido aceptadas por su jefe*, sin embargo, en el curso de este proceso no se tuvo conocimiento de las mismas o que la empleadora tuviera conocimiento, ni de alguna condición médica de la cual se pudiera establecer una debilidad manifiesta o un estado de incapacidad.

Ello se ratifica con la declaración de DIANA VANESSA REINA SOLANO administradora de personal en la demandada para el momento del despido, quien manifestó que en vigencia del contrato de trabajo de la actora no se presentaron recomendaciones con soporte médico dirigidos a la empresa a nombre de la demandante que pusiera en conocimiento de las enfermedades que padecía, dijo que le fueron dadas incapacidades a la actora pero por no una patología recurrente ni prologadas, que al momento de la terminación del contrato no tenía una incapacidad vigente.

En todo caso, la pérdida de capacidad laboral de la demandante que se hizo en el transcurso del proceso por la AFP PORVENIR S.A. tuvo en cuenta patologías diferentes a las aducidas en la demanda, y en ella se determinó como fecha de estructuración de la incapacidad el 23 de junio de 2020 (ver página 376 a 383 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital) fecha muy posterior a la finalización del contrato de trabajo -30 de agosto de 2017-. El dictamen referido determinó como patologías que generaron la invalidez un *TRASTORNO DEPRESIVO RECURRENTE EPISODIO MODERADO PRESENTE, VISION SUBNORMAL DE AMBOS OJOS, GASTRITIS NO ESPECIFICADA, INSUFICIENCIA VENOSA (CRÓNICA) (PERIFÉRICA)*, que en nada se relacionan con las puestas de presente en la

demanda -*Mialgia (dolores musculares), y desviación septial (desviación de tabique)*-.

En conclusión, no se probó que la demandante tuviera una condición de salud que afectara el cumplimiento de las funciones encomendadas y la hiciera por ello sujeto de la protección que otorga la Ley 361 de 1997, ni se probó que el empleador hubiera conocido tal situación.

Aunque lo anterior sería suficiente para confirmar la sentencia apelada, tampoco se demostró en el proceso que la terminación del contrato de trabajo hubiera tenido como *causa* una situación de salud de la trabajadora, que le implicara una limitación o restricción para el cumplimiento de las funciones encargadas en condiciones regulares para el 30 de agosto de 2017 -fecha en que en primera oportunidad finalizó el contrato y para la cual se estudia la existencia de la estabilidad laboral reforzada-. Lo que se probó en esta materia es que la finalización de la relación de trabajo - el 30 de agosto de 2017- tuvo origen en la *causal* que contempla el artículo 46 del CST (contrato a término fijo) previo envío del preaviso el 28 de julio de 2017, tal como fue afirmado desde los hechos de la demanda y reiterado en la contestación de la misma.

En consecuencia, y contrario a lo manifestado por la apelante, no operó la presunción de un despido discriminatorio en razón del estado de salud de la demandante, pues no se demostró que existiera una incapacidad, ni que el empleador demandado tuviera conocimiento de una *limitación cierta y relevante* en la capacidad para cumplir la función que venía desempeñando antes de su desvinculación.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE GLORIA STELLA NOVOA ESPEJO CONTRA
LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, la sentencia dictada el 16 de febrero de 2023 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLORIA STELLA NOVOA ESPEJO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual realizado a través de su afiliación a PORVENIR el 21 de mayo de 2001, con fundamento en que dicha AFP no cumplió con el deber de suministrar una información pertinente, veraz, oportuna y suficiente

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

sobre los beneficios y desventajas del cambio de régimen. En consecuencia, *se retrotraigan las cosas a su estado anterior*, se ordene a COLPENSIONES tenerla como afiliada en el RPM como si nunca se hubiera trasladado y actualizar su historia laboral, y a PORVENIR devolver la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración y el bono pensional a que haya lugar (ver demanda folios 3 a 9 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones, con fundamento en que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información necesaria y pertinente, conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993. Afirma que en el asunto no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia del traslado por cuanto la demandante podía trasladarse de régimen y ejercer su derecho al retracto, pero no lo hizo y, por el contrario, continuó haciendo sus aportes en el RAIS con la posibilidad de conocer las características y condiciones de dicho régimen, las que además están estipuladas en la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias, por lo que –a su juicio- no resulta plausible que la actora alegue una falta de asesoría. Sostiene que no resulta procedente la devolución de los gastos de administración y de los rendimientos financieros porque ello representaría un pago de lo no debido y un enriquecimiento sin causa. Como excepciones de mérito propuso las de prescripción, *prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación* y buena fe (ver contestación folios 4 a 29 archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte, la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que con las pruebas allegas al proceso no

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

se evidencia algún vicio del consentimiento como error, fuerza o dolo en la afiliación que la demandante realizó al régimen de ahorro individual, la cual se efectuó de manera libre y conforme a lo dispuesto en el literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 pues está a un año de adquirir la edad de pensión. Sostiene que esa entidad ha actuado conforme a las disposiciones normativas y reglamentarias del sistema general de seguridad social. En su defensa propuso las excepciones de prescripción y caducidad, y las que denominó *inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas* y la genérica (ver contestación folios 2 a 14 del archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de febrero de 2023, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obraba medio alguno de convicción que brindara certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado efectuado por la

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

demandante GLORIA ESTELA NOVOA ESPEJO al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los saldos sobrantes en la cuenta de ahorro Individual de la actora, junto con sus rendimientos financieros causados, el porcentaje destinado a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexada y con cargo a sus propios recursos conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000” (Audiencia virtual, récord 47:13, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

PORVENIR, en el recurso, afirma que la jurisprudencia trazada por la Corte Suprema de Justicia no puede ser aplicada de manera homogénea, sino que deben tenerse en cuenta las características fácticas de cada caso. Indica que el traslado de la demandante es válido como quiera que fue libre y voluntario conforme a la normatividad vigente para la fecha. Advierte que no se vulneró derecho alguno y que, si bien al fondo le es imputable alguna responsabilidad, la demandante debió indagar sobre las implicaciones del traslado. Sostiene que no es posible realizar la devolución de los gastos de administración y de los seguros provisionales, pues se trata de sumas que fueron debidamente causadas por la correcta actividad de la administradora y que en caso de devolverse generarían un enriquecimiento ilícito a favor de

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

Colpensiones. Pide se revoque la indexación porque, a su juicio, con los rendimientos financieros generados durante la afiliación se encuentra compensada la depreciación del poder adquisitivo de la moneda¹ (Audiencia

¹ “Gracias Señoría, por el uso de la palabra, porvenir de manera muy respetuosa interponer recurso de apelación en contra de la decisión proferida por este despacho y en ese sentido solicito a los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, revocar la misma en su integridad a fin de que se absuelva a mi representada de todas y cada una de las condenas que fueron contra ella, impuestas de conformidad con las siguientes consideraciones: En primer lugar, honorables magistrados, es oportuno señalar que, si bien ya existe una amplia y pacífica o línea jurisprudencial planteada por parte de la honorable Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que esta corporación ha indicado que la misma no se podrá aplicar de manera homogénea en todos aquellos procesos en donde las partes reclaman la ineficacia de la afiliación por incumplimiento de ese deber de información, pues claramente debe haber una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mi representada no se da en el presente caso toda vez que el traslado de régimen pensional efectuado por la señora aquí demandante, es completamente válido, ya que él mismo se dio de manera libre y voluntaria, como se hizo saber en el interrogatorio de parte, atendiendo entonces dicha afiliación con la normatividad que se encontraba vigente para la fecha en la que se estructuró el respectivo acto jurídico en comento, recordemos que para el año 1998, momento del traslado, pues mi representada no tenía la obligación de mantener ninguna otra documental, más allá del formulario de afiliación, puesto que esta era la prueba idónea que daba fe del traslado de régimen pensional realizado y la asesoría verbal brindada en este punto, me permito aclarar que si bien no se desconoce por parte de esta apoderada que el deber de información ha existido desde la misma creación de los fondos privados, con la expedición de la ley 100 de 1993, lo cierto es que el mismo sí ha tenido un desarrollo legal y jurisprudencial progresivo que con los años se fue haciendo más exigente, es decir, que para el año 1998, fecha del traslado a mi representada no se le podía exigir brindar a los potenciales afiliados una información en los términos en los que fue reclamado en el escrito de demanda y argumentado en el fallo de primera instancia, eso teniendo en cuenta que mi representada, en efecto, acredita haber cumplido con las cargas que o deberes en materia de información para el momento en que la demandante se afilia a mi representada, recordemos que en el interrogatorio de parte en la demandante indicó que recibió toda la asesoría, una en un momento grupal y otra en un momento individual donde se le habló de características generales del régimen también recordemos que la demandante indicó haber recibido los extractos de cuenta de ahorro individual. Se advierte entonces que no se vulneraron los derechos que le asistían a la parte actora ni mucho menos su derecho a la libre elección en los términos señalados en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 por otro lado, honorables magistrados se advierten que el hecho de que esta entidad administradora que represento tuviera alguna responsabilidad de profesionales no es una excusa para que la demandante no haya debido indagar sobre las implicaciones que tendría su traslado de régimen pensional resulta claro entonces que no puede descargarse totalmente ese deber de informar encabezada mi representada, pues en virtud, precisamente al principio de igualdad, dicha obligación también recae sobre los afiliados, quienes son verdaderamente los únicos conocedores de su situación particular y concreta así como también de sus propias expectativas laborales y pensionales que en este momento, pues el momento el traslado se aclara, se escapaba del conocimiento, pues del promotor comercial que realizó la afiliación, no solamente de mi representada, pues sino de este asesor también. Por otro lado, honorables magistrados en lo que respecta a la condena impuesta a mi representada, tener que trasladar los respectivos gastos de administración Porvenir, deberá apartarse respetuosamente de la misma, toda vez que resulta inequitativo, con este fondo, ya que lo está despojando de unas sumas que fueron debidamente causadas por su correcta actividad administradora, recordemos cómo se dijo en los alegatos de conclusión que estos gastos significaron a la demandante un porcentaje muy alto de rendimientos financieros, que en este momento representa el 43% de lo que la demandante tiene ahorrado en tu cuenta de ahorro individual, como se encuentra aprobado, pues estas sumas fueron debidamente

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

virtual, récord 48:31, archivo No. 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

causadas por mi representada y cuya diligencia fue precisamente el origen de los respectivos rendimientos que hasta hoy, como se digo, reposan en la cuenta de ahorro individual y que pues incrementaron con creces los aportes pensionales. Así pues, no puede pasarse por alto que aun cuando el accionante no se hubiese trasladado al régimen pensional, incluso en el régimen de prima media, un porcentaje de aportes de los afiliados también se destina a cubrir gastos de administración y seguros previsionales, así como lo dispone el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Es decir, que este porcentaje verdaderamente no está llamada a financiar la pensión de vejez en ningún régimen pensional y bajo este entendido, entonces no debería desconocer esa gestión que mi representada realizó para poder incrementar notoriamente el saldo de la cuenta de ahorro individual de la aquí demandante, pues se advierte que esta condena representaría entonces un enriquecimiento sin justa causa, a favor de Colpensiones lo anterior en lo que corresponde a la orden impuesta también a porvenir de tener que trasladar los porcentajes que se le descontó por los seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, deberá tenerse en cuenta entonces que esos dineros también ya fueron trasladados a las respectivas aseguradoras, que en su momento fueron contratadas por mi representada y cómo se dijo con estos dineros pues la demandante tuvo cobertura durante toda su afiliación frente a los riesgos de invalidez y muerte, es decir, cumplieron la finalidad establecida en la ley, en línea con todo lo señalado anteriormente, debe indicarse que la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales resulta improcedente, de conformidad con lo conceptuado por el artículo séptimo del Decreto 3995 de 2008, que establece de manera taxativa aquellos valores o recursos que deben llegar a trasladarse entre regímenes pensionales, lo que además incluye desde luego las restituciones que deben hacerse cuando se ordene la ineficacia del traslado sin embargo, dicha disposición normativa nunca señala que los fondos privados deben restituir o devolver los gastos de administración y seguros previsionales, al ser precisamente estas sumas, como ya se advirtió, un porcentaje que no está llamado a financiar la pensión de vejez y precisamente este por este porcentaje, el 3% se descuenta tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual. Consideramos entonces que honorables magistrados, existiendo ya una norma que regula la situación, pues no se ve ninguna razón atendible para apartarse de ella, incluir conceptos que no contienen finalmente, y en caso de confirmar la presente decisión honorables magistrado también se solicita revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores que fueron objeto de condena, pues impuestos a mi representada en la medida en que porvenir, generó los respectivos rendimientos financieros, que como que ya se ha venido indicando significan un porcentaje muy alto en la cuenta de ahorro individual del aquí demandante en ese sentido, los rendimientos financieros generados por mi representada ya estarían cubriendo cualquier tipo de suma adicional. Así pues, como ya lo han ido señalando, la sala laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Cundinamarca, así como también la sala laboral del Tribunal Superior del distrito judicial de Cali, esta última corporación ha venido determinando que no es viable ordenar a los fondos a tener que trasladar los valores objeto de condena en caso de ineficacia de manera indexada toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros y sus frutos e intereses ya se estaría compensando la depreciación del poder adquisitivo de la moneda. Así pues, para poder evitar una doble sanción por el mismo motivo, se solicita a los honorables magistrados aplicar, aplicar la figura jurídica de la compensación a fin de evitar que mi representada pague algún tipo de suma adicional, pues se reitera que con los rendimientos financieros generados por mi representada, ya se estaría cubriendo cualquier tipo de pérdida del poder adquisitivo de la moneda en los anteriores términos de los sustentados mi recurso de apelación, gracias, su Señoría”.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 35² años de edad y había cotizado 425.71³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 2 años, 7 meses y 21 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 56 años de edad- ver folio 11 del archivo No 01 y archivo 08 del expediente digital).

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

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

² Nació el 8 de octubre de 1965.

³ Ver historia laboral expedida por PORVENIR e historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, válida para bono pensional, folios 29 a 38 y 60 a 62 archivo 01 del expediente digital.

⁴ *Ibidem* e historia laboral expedida por COLPENSIONES folios 21 a 28, archivo 01 del expediente digital.

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

Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

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

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

de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia”.

⁶ Sentencia STL3187-2020: *“Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”*.

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *"debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica,*

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró le indicaron que el ISS se iba a acabar, razón por la cual era necesario afiliarse a un fondo privado en el que obtendría una pensión a una edad diferente y *más rápido*, pero nunca le explicaron el funcionamiento, ventajas y desventajas del RAIS (audiencia virtual del 16 de febrero de 2023, récord 14:08).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁷, los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

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

⁷ “En el régimen de ahorro individual con solidaridad el 10% del ingreso base de cotización se destinará a las cuentas individuales de ahorro pensional. Un 0.5% del ingreso base de cotización se destinará al Fondo de Garantía de Pensión Mínima del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y el 3% restante se destinará a financiar los gastos de

EXP. 26 2022 00113 01
Gloria Stella Novoa Espejo vs Colpensiones y otro.

2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

administración, la prima de reaseguros FOGAFÍN, y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes”.

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE ZANDRA JULIETA DÍAZ ARDILA CONTRA LA
SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA
DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 14 de marzo del 2023 por la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, ZANDRA JULIETA DÍAZ ARDILA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia y/o nulidad* de la afiliación realizada a PROTECCIÓN, con fundamento en que *contenía vicios del consentimiento*, pues no se le brindó una asesoría pensional integral

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

sobre las características de los regímenes existentes. En consecuencia, pide que se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes realizados junto con sus rendimientos y el detalle del traslado de estos, y a esta última a aceptar y activar su afiliación en el régimen de prima media (ver demanda archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PROTECCIÓN S.A., se opuso a las pretensiones, con fundamento en que brindó una asesoría adecuada, técnica, correcta, clara y suficiente sobre todos los aspectos relevantes del RAIS como sus características, requisitos y la forma de acceder a una pensión, y las diferencias con el régimen de prima media, para que la decisión de vincularse fuera libre, consiente e informada como se observa del formulario suscrito. Asegura que no hay causa legal alguna que la faculte para trasladar el capital que reposa en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues no existe vicio del consentimiento ni causal de ineficacia, y que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 al estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Presentó como excepciones las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones*, *reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa*, *inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y por qué afecta derechos de terceros de buena fe* y la genérica. (ver contestación folios 1 a 22 del archivo 6 del expediente digital, trámite de primera instancia).

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

COLPENSIONES se opuso también a la prosperidad de las pretensiones, afirmando que no se aporta prueba alguna que demuestre que a la demandante se le hizo incurrir en error o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, así como tampoco inconformidad alguna de la actora con el RAIS. Por el contrario, afirma, las documentales dan cuenta de que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, sin constreñimiento o presión indebidas. Advierte que la actora no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y le es aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por lo que no es posible su traslado de régimen. En su defensa propuso las excepciones que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica.*(ver contestación folios 2 a 42 del archivo 7 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de marzo de 2023, mediante la cual la Juez Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, preliminarmente aclaró que si bien la demandante no efectuó cotizaciones a COLPENSIONES, sí estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, pues no de otra forma se explica que reposara en esa entidad su historia laboral, ello aunado a que en el historial de vinculaciones SIAFP se indica como primera administradora el Instituto de Seguros Sociales y en el formulario de afiliación a SANTANDER (hoy PROTECCIÓN) se dejó consignado que previo a esa

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

vinculación, estaba afiliada al ISS. Preciado ello, y atendiendo la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que SANTANDER hoy PROTECCIÓN no acreditó, siendo su deber, que garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses, no siendo prueba insuficiente el formulario de afiliación o la re asesoría brindada en el año 2015.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora ZANDRA JULIETA DÍAZ ARDILA del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA PENSIONES-COLPENSIONES al de AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD administrado por la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibieron con motivo de la afiliación de la señora ZANDRA JULIETA DÍAZ ARDILA como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES afiliar nuevamente a la señora ZANDRA JULIETA DÍAZ ARDILA al régimen de prima media con prestación definida y a recibir las cotizaciones provenientes de la administradora de fondos de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR no*

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

probadas las excepciones formuladas por las demandadas por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al pago de las costas del proceso en la suma de \$2.000.000 como agencias en derecho.” (Audiencia virtual, récord 54:23, archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES afirma que la demandante no logró demostrar el supuesto engaño sufrido, ni la falta de información al momento de la asesoría, ni vicio en el consentimiento, pese a que era carga suya conforme lo establecido en los artículos 1516 del C.C. y 167 del C.G.P. Por el contrario, sostiene que la afiliación fue libre y voluntaria como consta en el formulario de afiliación en el que claramente se dejó consignado que la vinculación al RAIS se hizo libre de apremios y por su propia voluntad, razón por la cual cumplió con el lleno de los requisitos legales. Advierte que la demandante nunca manifestó su deseo de retractarse y no es posible que después de 22 años alegue que fue engañada solo porque no se cumplieron sus expectativas en el monto pensional. Pide se revoque la sentencia y, en su lugar, se le absuelva de todas las pretensiones¹ (Audiencia virtual, récord 56:22, archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“Muchas gracias señora Juez, teniendo en cuenta la sentencia condenatoria que acaba dictar el despacho, me permitió interponer y sustentar recurso de apelación contra la misma al respecto tenemos que el juzgado 27 laboral pues ordeno declarar la ineficacia de la afiliación a través de la parte actora y en su lugar tener como afiliada a la señora Zandra Julieta Díaz en el régimen de prima media de con prestación definida junto con el traslado por parte de la AFP Protección pues de todos sus aportes, cotizaciones, frutos entre otros conceptos causados en su cuenta de ahorro individual, al respecto me permito indicar que Colpensiones no comparte tal decisión toda vez que como se indicó ante la contestación de la demanda como en los alegatos de conclusión nunca en el transcurso del proceso se logró demostrar el supuesto engaño sufrido por la accionante y recibido por la AFP así como la falta de información al momento de la asesoría, al ser este un asunto probatorio donde Colpensiones no tiene documentos o conoció en su momento de las referida asesoría recibida por la demandante queda sujeto a aquella que la AFP (RAIS) logre demostrar en relación con su gestión acorde al estatuto del consumidor y conforme las leyes y decretos que regulen la afiliación de los particulares al sistema de régimen de ahorro individual con solidaridad no obstante lo anterior al revisar el formulario de afiliación y traslado firmado por la accionante suscrito bajo la gravedad de juramento en el mismo se encuentra la*

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

manifestación expresa de que lo hizo libre de apremios y por su propia voluntad por tanto la afiliación de la parte actora al (RAIS) se realizó con el lleno de los requisitos legales y en días en dichas oportunidades no manifestó nunca su deseo de rectarse en las mismas razón por la cual no pude ordenar su regreso automático al régimen de prima media con prestación definida, asimismo dentro del expediente no obra prueba alguna que efectivamente se le hubiese hecho incurrido a error, falta el deber de la información por parte de la AFP o que se está en presencia de un vicio del consentimiento como el error, fuerza o dolo a sí mismo no se evidencia dentro del formulario de afiliación nota de protesto o anotación alguna que permita inferir y con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, al contrario se observa que se encuentran sujetos a derecho y que se hizo de manera libre y voluntaria y sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, estas entonces son los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico alegado por la parte demandante y la AFP Protección S.A., por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial. De lo anterior se deduce que en esta decisión libre y voluntaria sin presiones en la oportunidad legal la demandante nunca manifestó su deseo de retractarse de la afiliación al (RAIS) esto trae la consecuencia que debe asumir las consecuencias legales de tales decisiones que no fueron otras que por regirse por las normas, procedimientos, requisitos establecidos para el régimen de ahorro individual por más de 22 años de modo que no es procedente alegar después de tanto tiempo que fue engañada solo por el hecho de observar sus expectativas fallidas lo que significa que la vinculación a la administradora del (RAIS) se ajuste a la ley y goza de plena y total validez, en consecuencia luego de haber fundado la parte actora su pretensión en el hecho haberse engañado por los asesores del AFP al cual está afiliada esto de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1516 del código civil y 167 del código general del proceso, le correspondió la carga de la prueba de dicha afirmación lo que brillo por su ausencia en el presente caso, centrándonos en los hechos y las pretensiones del accionante se tiene que están no están llamadas a prosperar por cuanto carecen de la reunión total de las exigencias y rigurosidades que establece la ley para retornar del (RAIS) al (RPM), finalmente se resalta que el actuar de Colpensiones siempre ha estado sujeto al lineamiento jurisprudencial plasmado en sentencias como C-189 de 2002, SU-062 de 2010, 1024 del 2004, la SU- 130 en 2011, T-060 de 2011, SL-17595 de 2017 entre otras, que han tratado a fondo ese asunto de la ineficacia o nulidad de traslado y por ende se puede afirmar que la señora Zandra Julieta Ardila no tiene derecho a regresar al régimen de prima media con prestación definida administrador por Colpensiones, así como tampoco pues el traslado de todos los aportes, frutos rendimientos entre otros conceptos causados a su cuenta de ahorro individual, teniendo en cuenta lo anterior se solicita muy amablemente al honorable Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque la sentencia proferida en primera instancia absolviendo a Colpensiones de todas y cada una de las condenas”.

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

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

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

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)”.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas, que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 31² años de edad, y no se tiene certeza de las semanas cotizadas a esa fecha por cuanto no se incorporó medio de prueba alguno que dé cuenta de ello ni del tiempo de servicio que completó a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) por lo que no es posible establecer si contaba con los 15 años de servicios. Lo que sí se demostró es que para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad mínima de acceso a la pensión (tenía 53 años de edad- ver archivo 04 del expediente digital).

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

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

² Nació el 7 de octubre de 1968.

³ Sentencia STL 3382-2020 Corte Suprema de Justicia “(...) *dada la importancia en materia de derechos pensionales, y en aras de garantizar tales prerrogativas, se hace necesario primero recoger el criterio de la Sala, en relación a los procesos en los que se pretende la nulidad del traslado de régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, donde por vía de tutela se ha negado la solicitud de amparo, dada la razonabilidad de los fallos cuestionados. Lo advertido, teniendo en cuenta la existencia de incontables pronunciamientos que no se encuentran acorde a los lineamientos de esta Corporación, como máximo órgano en materia de jurisdicción ordinaria laboral, toda vez que, si bien no se desconoce la autonomía judicial de la cual se encuentran investido los jueces, como tampoco las particularidades de cada caso, la falta de aplicación de los precedentes de esta Sala de Casación Laboral, hace necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia*”.

⁴ Sentencia STL3187-2020: “*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de*

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

Según dicho criterio los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

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

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

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues PROTECCIÓN (antes SANTANDER) no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, al iniciar

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

sus labores en SALUDCOOP le fueron entregados unos documentos para legalizar la vinculación, dentro de los cuales se encontraba el formulario de afiliación a SANTANDER, el cual procedió a diligenciar y firmar, pero no contó con la ilustración, acompañamiento o asesoría de algún asesor de esa AFP (Audiencia virtual del 14 de marzo de 2023, récord 08:34).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como un *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por*

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

COLPENSIONES” (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver “*debidamente indexados*” (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

EXP. 27 2021 00518 01
Zandra Julieta Díaz Ardila contra Colpensiones y otro.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LISETH YURANI URREGO CUESTAS CONTRA
FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA – FUAC.**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 3 de febrero de 2023 por la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá que concedió parcialmente las pensiones de la demanda.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LISETH YURANI URREGO CUESTAS presentó demanda contra la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA - FUAC, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes se ejecuta un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de marzo de 2013, y se condene a la demandada a pagar a su favor los salarios de marzo a julio de 2019, las prestaciones legales, las primas extralegales causadas en los años 2019 y 2020, la indemnización de que trata el artículo 64 del C.S.T., y los aportes a pensión (ver demanda páginas 1 a 17 trámite de primera instancia del expediente digital).

Como fundamento de lo pedido, afirma que se vinculó a la Universidad Autónoma de Colombia y ha prestado servicios personales mediando para el efecto varios contratos de trabajo suscritos desde el el 1 de marzo, y actualmente ocupa el cargo de Secretaria Auxiliar mediante contrato de trabajo a término indefinido CTI-010/2016 y recibe como salario \$2.074.022

mensuales. Afirma ser beneficiaria de la convención colectiva de Trabajo suscrita por la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA-FUAC y el SINDICATO DE PROFESORES DE LA FUNDACIÓN UNIVERSITARIA AUTÓNOMA DE COLOMBIA-“ SINPROFUAC”, que prevé el reconocimiento de una prima extralegal. Señala que la FUAC no pagó salarios en las mensualidades de marzo a Julio de 2019, ni las primas legales y extralegales, cesantías, ni aportes al sistema de seguridad social de los años 2019 y 2020. Informa que el Ministerio de Educación Nacional, en ejercicio de sus facultades de inspección y vigilancia, intervino a FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA- FUAC (ver demanda páginas 1 a 17 archivo 01 y páginas 1 a 4 archivo 04 trámite de primera instancia del expediente digital)

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones. Preciso que la relación laboral con la demandante mediante con trato de término indefinido se ejecuta desde el 22 de abril de 2016, y que la mora en el pago de los salarios y obedece a la difícil situación financiera que atraviesa la Universidad que conoce la demandante. Frente a las prestaciones extralegales aduce que la convención colectiva de trabajo que invoca la demandante perdió vigencia el 31 de diciembre de 2013, previo un proceso de negociación convencional llevado a cabo en el año 2010. En su defensa formuló las excepciones de *falta de causa para pedir, buena fe, prescripción y compensación* (folios 63 a 83).

Terminó la primera instancia con sentencia del 3 de febrero de 2023, en la cual la Juez Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá declaró la existencia de contratos de trabajo a término fijo entre el 1 de agosto de 2013 y el 21 de abril de 2015, y a término indefinido desde el 22 de abril de 2016. Condenó a la demanda a pagar los salarios de marzo a julio de 2019, las primas y cesantías de los años 2019 y 2020 debidamente indexados, el cálculo actuarial por los aportes a pensión causados desde el 1 de enero del año 2019 al 30 de diciembre de 2020 conforme al salario devengado autorizando el descuento del 4% correspondiente al aporte que debe asumir la demandante, y la sanción

establecida en artículo 99 de la Ley 50 de 1990. Absolvió de las demás pretensiones incoadas en la demanda.

Para tomar su decisión, la juez indicó que la terminación del contrato de trabajo es un hecho sobreviniente que no hizo parte de la fijación del litigio y sobre él no se desarrolló el debate probatorio, por lo cual no estudió lo relacionado con el pago de indemnización por despido injusto y por falta de pago de acreencias a la fecha de terminación del contrato de trabajo. Negó las prestaciones convencionales, y ordenó el pago de los salarios de marzo a julio de 2019 y de las prestaciones sociales legales de los años 2019 y 2020 y los aportes a Seguridad Social por que la demandada no probó haberlos pagado. Impuso condena por sanción por no pago de las cesantías al encontrar que las causadas en el año 2019 no fueron consignadas al fondo de elección de la demandante.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: Declarar que la demandante LISETH YURANI URREGO CUESTAS estuvo vinculada a la FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA desde el 1 de agosto de 2013 hasta el 21 de abril de 2015 mediante contrato de trabajo a término fijo y desde el 22 de abril de 2016 hasta la fecha de presentación de la demanda mediante contrato de trabajo a término indefinido. SEGUNDO: DECLARAR que el salario devengado por la demandante LISETH YURANI URREGO CUESTAS para los años 2019 y 2020 equivaldría a la suma de \$2.033.252 conforme a lo expuesto en la parte motiva. TERCERO: CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA a cancelar a favor de la demandante los salarios causados para los meses de marzo, abril, mayo junio y julio del año 2019 equivalentes a la suma de \$10.651.420. CUARTO: CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA a cancelar a favor de la demandante LISETH YURANI URREGO CUESTAS por concepto de primas de servicios y cesantías causadas por los años 2019 y 2020, las siguientes sumas de dinero: por prima de junio de 2019 \$1.016.626, prima de diciembre de 2019 \$1.016.626, cesantías \$2.033.252, prima de junio del año 2020 \$1.016.626 pesos, prima de diciembre \$1.016.626, cesantías \$2.033.252. QUINTO: CONDENAR a la demandada indexar las condenas*

establecidas en los numerales tercero y cuarto de la parte resolutive de la sentencia al momento de su pago conforme al IPC certificado por el DANE. SEXTO: CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA a realizar a favor de la trabajadora los aportes a la seguridad social en pensión desde el 1º de enero del año 2019 al 30 de diciembre del año 2020 conforme al salario devengado. SÉPTIMO: AUTORIZAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA a descontar del pago de los salarios adeudados y a los que fue condenado en el numeral tercero de la presente providencia, el porcentaje del 4% en cabeza de la demandante correspondiente al aporte que debe asumir el trabajador para la seguridad social en pensiones. OCTAVO: CONDENAR a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA a reconocer y pagar a favor de la demandante LISETH YURANI URREGO CUESTAS por concepto de la sanción establecida en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 la suma de \$48.662.450. NOVENO: absolver a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante LISETH YURANI URREGO CUESTAS y DECIMO: CONDENAR en costas a la demandada incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.” (audiencia 3 de febrero de 2023 minuto 29:25 archivo 29 trámite de primera instancia del expediente digital).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la demandante solicita el pago de las vacaciones de 2019 a 2021, el pago de la indemnización por despido injusto, el pago de las prestaciones extralegales, y el pago de la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST. Frente a las vacaciones, la indemnización por despido y la moratoria, dijo que si bien la terminación del contrato ocurrió en el transcurso del proceso ese hecho fue puesto de presente en la audiencia del artículo 85A, razón por la cual la juez, en aplicación de las facultades *ultra* y *extra petita*, debió resolver lo pertinente. Frente a la vigencia de la convención colectiva dice que en el memorial allegado el 12 de enero de 2022

se probó su vigencia y por ello se debe reconocer la prima extralegal¹ (audiencia 3 de febrero de 2023 minuto 33:32 archivo 29 trámite de primera instancia del expediente digital).

¹ “Su señoría Muchas gracias por la intervención en su decisión de esta forma muy respetuosamente me permito presentar recurso de apelación parcial frente a los numerales de los resueltos del fallo, si bien en el numeral tercero parcial falto indicar las prestaciones económicas referentes a las vacaciones las cuales fueron presentadas dentro del ibero demandatorio en las pretensiones de la demanda correspondientes al año 2019, 2020 y 2021 dentro de la declaración, perdón dentro de la condena solicitaría en la segunda instancia por el honorable Tribunal de Bogotá que se ha revisado este aspecto para que sea reconocido en su totalidad las pretensiones en vacaciones este factor salarial a la demandante. De igual forma respecto de su señoría menciono que dentro del fallo no se pronunciaría entre la terminación del contrato que se presentó por renuncia voluntaria el 6 de junio del año 2022, si bien en audiencia del pasado 9 de agosto del 2022, en su Artículo 85, de la audiencia de que trata el artículo 85 y 77 del código sustantivo de trabajo y la seguridad social, se allegaron ese mismo día las pruebas complementarias que indicaban y se demostraron por cierto que efectivamente la señora demandante Liseth Yurani Urrego presentó la carta de renuncia motivada en razón al incumplimiento sistemático del contrato laboral por parte de la demandada. Así mismo la universidad fundación autónoma de Colombia con respuesta el 22 de junio del 2022 con su radicado UTH 22699 dio contestación aceptando la renuncia al cargo entre comillas como voluntaria e indicando que posteriormente le pagó su liquidación de prestaciones sociales y como se dijo y se reiteró en audiencia y alegaciones finales a la fecha no se ha realizado el pago de las prestaciones sociales o la liquidación del contrato laboral en esta misma incidencia su señoría efectivamente con el poder que faculta a todos de la República con su poder extra petita en el derecho laboral efectivamente menciono dentro de la etapa procesal pertinente del saneamiento del proceso y la etapa de litigio esta aseveración y efectivamente fue aceptado por su señoría para realizar y eventualmente dentro de la etapa procesal pertinente que no es más sino esta tener a bien en cuenta la situación que se presentó y en aras a que primero es juez de condimento, segundo son las mismas partes y tercero por economía procesal pues era escenario pertinente indicado para que efectivamente se conociera de una vez de la situación que se presentó posterior a la presentación de la demanda en el curso del proceso que no teníamos la primera audiencia y que por lo tanto ameritaba de una vez tener conocimiento y efectivamente una decisión de fondo por parte de su señoría para que se resolviera la situación laboral de la demandante entonces en esa oportunidad de la primera audiencia inicial se manifestó activamente sobre esos dos hechos relevantes que indudablemente cambiaban la totalidad de las pretensiones de la demanda y que pues indudablemente tenía que reversarse y verse pues indudablemente sobre la declaratoria del contrato que indudablemente a bien hoy se declaró pero indudablemente también es cierto que debía revisarse y tomarse una decisión de fondo respecto a la terminación de ese mismo contrato que se repite se presentaron hechos posteriores a la presentación de la demanda y que fue manifestado y efectivamente probado dentro la audiencia inicial oportunidad pertinente por lo tanto lo que versa del artículo 64 y el artículo 65 del código sustantivo del trabajo era en este momento que debía reconocerse o mejor decidirse de fondo frente a la situación repito es el juez competente, las partes pertinentes y estábamos en las etapas oportunas para que se decidiera de fondo esta situación por lo que insisto en lo que se presentó en su oportunidad del 9 de agosto de 2022. De igual forma su señoría frente a la vigencia de la convención colectiva de los derechos extralaborales que le asisten a la demandante la señora Liseth Yurani también quiero manifestar que efectivamente se mencionó dentro de un Memorial allegado al despacho el pasado 12 de enero del 2022, en este memorial en contestación podría decirse de las excepciones de la contestación de la demanda de la universidad y abonado a ello la respuesta que allegó el Ministerio de trabajo al oficio 560 de fecha 5 de septiembre del 2022 pues existe el material probatorio pertinente y además aclaratorio en el cual se allegaron, las certificaciones de las constancias de vigencia de la convención colectiva expedida por el Ministerio de trabajo, adicionalmente también se solicitó que se allegaban las pruebas y que se tuvieran en cuenta los folios 492 y siguientes de la Convención Colectiva de Trabajo de los respectivos depósitos y adicionalmente que se tuviera en cuenta el folio 553 y siguientes al 587 frente al pliego de peticiones, actas y acta final del arreglo directo que hicieron con el sindicato de trabajo de Fundación Universitaria Autónoma de Colombia y los trabajadores en esa época todo para indicar que efectivamente si se allegó al despacho el suficiente material probatorio y se le indico específicamente sobre

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, ni que la Fundación Universidad Autónoma de Colombia adeuda a la demandante los salarios causados de marzo a junio de 2019, las prestaciones sociales de los años 2019 y 2020, y los aportes al sistema de seguridad social, aspectos que fueron objeto de condena y sobre los cuales no se formuló reparo por las partes.

En consonancia con las materias de apelación (artículo 66 A del C.P.T y la S.S.) el Tribunal debe establecer: (i) si procede el pago de las vacaciones correspondientes a los años 2019 a 2021, o de las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 del CPTSS; y ii) si procede el pago de las primas extralegales.

(i) VACACIONES e INDEMNIZACIONES. Revisado el expediente la Sala no se pronunciará sobre la solicitud que eleva el demandante en la apelación frente a las vacaciones y las indemnizaciones por despido sin justa causa y moratoria del artículo 65 del CST, pues estas materias no fueron objeto del litigio fijado en la audiencia de primera instancia celebrada el 9 de agosto de 2022² (decisión que sobre la cual no se hizo reparo alguno), y por ello no

cuales versaba esas vigencias y esos hechos posteriores al pliego de petición y que versaba en vigencia de la convención colectiva que habían realizado las partes y por lo tanto se reiteraba que se encontraba en plena vigencia la convención colectiva y que era beneficiaria de estas primas extralegales en razón a que en la época realizaron esas negociaciones contenidas en los folios antes citados además el 584 y 587, al igual forma su señoría dentro de las alegaciones finales se recalcó y reitero especialmente sobre este tema de la convención colectiva que es un punto álgido indudablemente para el proceso en el reconocimiento de este derecho para indicar que efectivamente la convención se encuentra en plena vigencia y por lo tanto le asiste razón y derecho a la demandante a ser reconocidas estas prestaciones económicas, bajo esa tesis su señoría y en esos tres puntos especialmente solicitó muy respetuosamente ser tenido en cuenta y sustentada el presente recurso de apelación para que sea elevado al Superior jerárquico y para para que sea adicionado o revocado parcialmente la sentencia .Muchas gracias ”

² “El litigio gira entorno a establecer si a la demandante le asiste el derecho a que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 1 de marzo de 2013 a la fecha; que hubo incumplimiento por parte del empleador, y que como consecuencia de ello se ordena al reconocimiento y pago de salarios de marzo a julio de 2019, la prima legal de junio de 2019 y 2020, prima extralegal de junio y diciembre de 2019 y 2020, pago de cesantías del 2019, la sanción moratoria por la no consignación de las cesantías del año 2019, aportes al sistema de seguridad social en salud desde febrero de 2019, aportes de seguridad social en pensiones desde diciembre de 2018, la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., sumas debidamente indexadas, los demás derechos que resulten probados bajo las facultades ultra y extra petita, y las costas procesales.”

fueron objeto del debate probatorio que se desarrolló durante el proceso ni podían ser estudiadas en la sentencia.

Sobre esta materia ha sido clara la jurisprudencia de la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, a cuyo contenido nos remitimos ³, ⁴.

³ Ver Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencias SL4028-2017, SL9013-2017, SL2980-2021, SL5290-2021, entre otras. En SL2010-2019 M.P. RIGOBERTO ECHEVERRI BUENO, señaló la Corte: “(...), el legislador se ha valido de varios institutos procesales tendientes a delimitar el marco de la discusión y a desarrollar un proceso plenamente congruente y dotado de sentido. (...), en el curso de la primera instancia, una vez trabada la relación jurídico procesal, el juez debe fijar el litigio (artículo 77 del CPTSS), que no es otra cosa que delimitar el marco de la discusión sobre la cual habrá de desarrollarse, en adelante, toda la actuación procesal, con los hechos y pretensiones que serán materia de debate, igual que los quedan fuera del mismo, por haber sido admitidos o abandonados por las partes (Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016). (...), sobre el recurrente pesa la carga de exponer y clarificar los motivos de su inconformidad, además de «...sustentar en forma más o menos detallada las razones con las que procura se le conceda su aspiración...» (CSJ SL7220-2016), sin necesidad, eso sí, de acudir a fórmulas sacramentales, de manera que un recurso ordinario se convierta en extraordinario (CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 34215, CSJ SL13179-2015, CSJ SL818-2018, entre otras). Esa carga de sustentación, vale la pena resaltarlo, debe respetar un marco de coherencia general, trazado por el objeto del proceso previamente delineado en la instancia, y un marco de coherencia especial, definido por las decisiones y motivaciones de la decisión que se impugna. (...) el recurrente tiene que ser fiel con el marco del proceso y de la decisión a la que se refiere, aclarando cuáles son los puntos materia de su inconformidad y las razones que tiene para ello. (...).

(...), el legislador propende por un proceso laboral dinámico y coherente, de manera que en todas las instancias, inclusive en sede del recurso extraordinario de casación, se respeten los contornos y límites de la discusión proyectada desde cuando se traba la relación jurídico procesal y no se instaure una especie de foro abierto en el que sea posible desarrollar cualquier tipo de discurso o plantear cualquier tipo de disputa. (...) al Tribunal le resulta forzoso resolver sobre las materias propuestas en el recurso de alzada, de manera que entre el objeto de la impugnación y lo resuelto exista una relación de correspondencia. Como también ya se analizó en precedencia, ello no implica que el juzgador de segundo grado esté atado a los argumentos del apelante o a la calificación jurídica que de los hechos promueva, no obstante lo cual, en términos generales, sí debe guardarle fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en las instancias, «...sin que pueda, entonces, entrar a controvertir, reestudiar o modificar aquellos aspectos de la providencia que no fueron discutidos por los interesados...» (CSJ SL, 17 mar. 2009, rad. 31350)”.

⁴ Ver CSJ SL, 13 sep. 2006, rad. 25844, CSJ SL, 16 mar. 2010, rad. 36745, CSJ SL9318-2016, reiterada sentencia SL 2605 de 2019.

“En adelante, la ley cuida que todas las actuaciones procesales guarden fidelidad con esa materia del litigio previamente fijada, de manera que en el trámite se desarrolle un debate coherente, judicialmente dirigido y con la seriedad y altura propias de la digna tarea de administrar de justicia. Para esos fines, el legislador faculta al juez del trabajo para «...rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito...» (artículo 53 del CPTSS) y lo obliga a que su sentencia definitiva esté en consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda, igual que con las excepciones alegadas y probadas.” (Ver principio de congruencia, artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, hoy 281 del Código General del Proceso. Igualmente, CSJ SL, 22 jul. 2008, rad. 30207).

En iguales términos, antes y después de la entrada en vigencia de la Ley 1149 de 2007, de acuerdo con lo previsto en el artículo 66 del CPTSS, en concordancia con el 57 de la Ley 2 de 1984, el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia debe ser adecuadamente sustentado (CSJ SL9512-2017). Es decir, sobre el recurrente pesa la carga

(iii) PRIMAS EXTRALEGALES. La convención suscrita el 19 de enero de 1993 para la vigencia 1993-1994 (ver páginas 493 a 516 archivo 10 trámite de

de exponer y clarificar los motivos de su inconformidad, además de «...sustentar en forma más o menos detallada las razones con las que procura se le conceda su aspiración...» (CSJ SL7220-2016), sin necesidad, eso sí, de acudir a fórmulas sacramentales, de manera que un recurso ordinario se convierta en extraordinario (CSJ SL, 10 ag. 2010, rad. 34215, CSJ SL13179-2015, CSJ SL818-2018, entre otras).

Esa carga de sustentación, vale la pena resaltarla, debe respetar un marco de coherencia general, trazado por el objeto del proceso previamente delineado en la instancia, y un marco de coherencia especial, definido por las decisiones y motivaciones de la decisión que se impugna. Es decir que, por regla, como lo reclama la censura, a pesar de que el recurso de apelación no es un medio de impugnación técnico, que deba seguir formas rigurosas, al hacer uso del mismo el recurrente tiene que ser fiel con el marco del proceso y de la decisión a la que se refiere, aclarando cuáles son los puntos materia de su inconformidad y las razones que tiene para ello. Ha dicho la Corte en este punto que «...la sustentación no es una formalidad sino una exigencia de racionalidad de la demanda de justicia, de fijar los puntos que distancian al recurrente de la decisión del juez y las razones por las cuales esa decisión debe ser revocada.» (CSJ SL, 26 jun. 2006, rad. 26936).

En concordancia con lo anterior, a partir del artículo 66 A del CPTSS, el legislador restringe la competencia del juzgador de segundo grado al análisis de «...las materias objeto del recurso de apelación...», lo que, según ha precisado esta sala de la Corte, supone que «...le está vedado a dicho fallador pronunciarse sobre aspectos ajenos o extraños a éstos, pues ello comportaría un claro desconocimiento al debido proceso de la contraparte y una directa vulneración de las referidas disposiciones...», lo cual, sin embargo, no significa que «...no pueda apartarse de la calificación jurídica que sobre determinada realidad fáctica proponga la parte recurrente, por lo que si bien debe someterse en estricto rigor a las temáticas apeladas y sustentadas, no necesariamente debe acoger en su pronunciamiento el análisis jurídico propuesto por la parte...» (CSJ SL13260-2015).

Como ya se dijo, a partir de esta gama de institutos procesales, el legislador propende por un proceso laboral dinámico y coherente, de manera que en todas las instancias, inclusive en sede del recurso extraordinario de casación, se respeten los contornos y límites de la discusión proyectada desde cuando se traba la relación jurídico procesal y no se instaure una especie de foro abierto en el que sea posible desarrollar cualquier tipo de discurso o plantear cualquier tipo de disputa. A este propósito contribuyen otro tipo de principios como el de buena fe, la confianza legítima y el respeto de los actos propios, que constituyen importantes exigencias de lealtad en el actuar procesal de las partes (CSJ SL13256-2015 y CSJ SL870-2018).

En ese sentido, en el proceso laboral ser congruente y coherente es una exigencia de primerísimo nivel, exigible tanto a los juzgadores como a las partes, además de un correlato de derechos fundamentales de gran importancia, como el debido proceso.[...]

Hasta este punto, la Corte ha hecho hincapié en que existe un conjunto de institutos procesales destinados a dotar de coherencia y racionalidad al proceso laboral. Dentro de dichos mecanismos, vale reiterar, en lo que se refiere a la actuación de jueces colegiados en segunda instancia, se encuentra el deber de sustentar el recurso de apelación y el de resolver en consonancia con los materias incluidas en dicho medio de impugnación.

Concretamente, respecto de ese deber de sustentar la apelación y el principio de consonancia, que es a lo que se refiere el cargo, la Corte ha dicho que al Tribunal le resulta forzoso resolver sobre las materias propuestas en el recurso de alzada, de manera que entre el objeto de la impugnación y lo resuelto exista una relación de correspondencia. Como también ya se analizó en precedencia, ello no implica que el juzgador de segundo grado esté atado a los argumentos del apelante o a la calificación jurídica que de los hechos promueva, no obstante lo cual, en términos generales, sí debe guardarle fidelidad al objeto del proceso y al debate que sobre el mismo desplegaron las partes en las instancias, «...sin que pueda, entonces, entrar a controvertir, reestudiar o modificar aquellos aspectos de la providencia que no fueron discutidos por los interesados...» (CSJ SL, 17 mar. 2009, rad. 31350).(subrayado fuera de texto)” SL 2605-2019.

primera instancia expediente digital), aportada con el lleno de los requisitos legales, dispuso que sus beneficios «(...) *rigen para todo el personal administrativo de la Fundación*».

No obstante, y tal como lo señaló la decisión apelada, no se probó que dicho acuerdo convencional se hubiera prorrogado para el periodo en el que se reclama el pago de una prima extralegal -año 2019 y 2020-.

Si bien los artículos 478 y 479 del C.S.T. disponen la *prórroga* automática de tales acuerdos, en el caso presente dicha prórroga no operó pues las partes suscribieron un acta final de arreglo directo el 17 de septiembre de 2010 (ver páginas 585 a 587 archivo 10 trámite de primera instancia expediente digital) -documento que no necesita ser depositado para que surta los efectos queridos por las partes, pues no emanan de un conflicto colectivo de trabajo⁵- que señaló su terminación en el artículo 18, que a la letra dice: “*los acuerdos pactados con motivo de esta negociación, tendrán vigencia a partir del 1 de enero de 2011 y la convención Colectiva de Trabajo en el título correspondiente a los derechos de los trabajadores no docentes tendrá vigencia hasta 31 de diciembre de 2013*”.

Por lo anterior, no hay sustento normativo para el pago de las primas extralegales correspondiente a los años año 2019 y 2020.

Por el resultado del recurso las COSTAS en la apelación corren a cargo de la parte demandante

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandante.

⁵ CSJ SL2729-2015 y CSJ SL1805-2018

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA ÓLARTE

Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE JAIME DE JESÚS CASTRO SANTOS CONTRA
EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2023 por el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ de las pretensiones incoadas en la demanda, con las cuales se procuraba el reconocimiento de una pensión convencional.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JAIME DE JESÚS CASTRO SANTOS presentó demanda contra la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. – ETB, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene el reconocimiento de pensión de jubilación convencional con base en la cláusula 3 de la Convención Colectiva de Trabajo 1992 – 1993 suscrita por “SINTRATELÉFONOS” y “ATELCA”, junto con los intereses moratorios e indexación.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que nació el 10 de mayo de 1965 y se vinculó con la demandada mediante contrato de trabajo el 8 de agosto de 1991, por lo que ha acumulado más de 30 años de servicios como trabajador oficial. Asegura que se vinculó al Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Teléfonos de Bogotá “SINTRATELÉFONOS” el 25 de junio de

1996 por lo que es beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo. Su salario en marzo de 2022 ascendió a \$2.705.996. Asegura tener derecho a la pensión de jubilación convencional prevista en la cláusula 3 de la Convención Colectiva de Trabajo 1992 – 1993 firmada con la ETB. Informa que solicitó el reconocimiento de la prestación, la que fue negada, con sustento en que no cumplió los requisitos convencionales dispuestos para el efecto (ver demanda archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. – ETB a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones afirmando que a la fecha no están vigentes las cláusulas convencionales pactada entre ETB y cualquiera de los sindicatos relacionadas con el reconocimiento de pensiones, pues, si bien en alguna época se acordaron derechos extralegales en esta materia, lo acordado perdió vigencia por virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, y asolo se pudieron causar hasta el 31 de julio de 2010, conforme lo ha interpretado y ordenado por la H. Corte Constitucional (sentencia SU-555 de 2014). En su defensa propuso como excepción previa *NO COMPRENDER LA DEMANDA A TODOS LOS LITISCONSORTES NECESARIOS* y como excepciones de mérito las que denominó *inexistencia de fuente normativa que imponga obligación a mi representada, cobro de lo no debido, buena fe de la entidad demandada, compensación y prescripción* (ver contestación archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de marzo de 2023, a través de la cual el Juez Treinta y Dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de fuente normativa que imponga obligación, y la ABSOLVIÓ de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión, consideró que la convención de la cual se reclama aplicación fue derogada por la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y como no se causó el derecho antes del 31 de julio de 2010, no se podía otorgar lo reclamado en el proceso.

La parte resolutive de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de fuente normativa que imponga obligaciones a mi representada conforme a las consideraciones expuestas. SEGUNDO: ABSOLVER a la demanda EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ SA ESP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante JAIME DE JESÚS CASTRO SANTOS. TERCERO: CONDENAR en costas al demandante a favor de la demandada, Tásese por secretaria las agencias en derecho la suma equivalente a un salario legal mensual vigente. CUARTO: en caso de no ser apelada la siguiente decisión al ser totalmente desfavorable al demandante remítase al superior en grado jurisdiccional de consulta, la presente decisión queda notificada en estrado en su contra se puede presentar el recurso de apelación.”* (Audiencia virtual, archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 58:47).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la parte demandante afirma, en síntesis, que el actor cumplió el requisito de causación (tiempo de servicios) en vigencia de la norma, pues la edad tan es solo un requisito de exigibilidad, y que se deben respetar sus derechos pensionales adquiridos. Precisa que acreditó ser beneficiario de la convención colectiva y desempeñar el cargo que allí se prevé para ser acreedor de la prestación convencional¹ (Audiencia virtual, archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:12:50).

¹ *“No encontré la sentencia pero en cualquier momento yo la anexo, sin embargo, voy a interponer el recurso de apelación buscando con ello que los honorables magistrados revoquen la sentencia de instancia y tengan en cuenta lo siguientes puntos: 1. Mi poderdante reunió el tiempo de servicio exigido en la excepción de la cláusula 3 de la convención colectiva de trabajo suscrita en 1992 y 1993 entre el sindicato de base Sintra-teléfonos y atelca en agosto del año 2006, por lo anterior debe considerarse que el estatus de pensionado en su condición surge por haber reunido los requisitos esenciales del tiempo de servicio acumulado para la empresa de telecomunicaciones de Bogotá S.A la aquí demandada, teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto esto es que el estatus se debe considerar con el requisito esencial de tiempo que verifica tal como lo reconoce la aquí demandada, que el tiempo de servicio de la excepción de los 15 años se cumplió en el año 2006, conforme lo anterior, la corte suprema de justicia, a reiterado que la persona causa del derecho a la pensión con el tiempo de servicio lo que acarrea que el derecho pasa a ser una mera expectativa para convertirse en un derecho patrimonial cuya eficacia y disfrute opera el cumplimiento de la edad o al momento de retirar la persona de retirarse la persona al servicio de la entidad esto textualmente lo ha señalado la corte suprema de justicia. Bien el acto legislativo 01 de 2005 consagra que hasta el 31 de julio del año 2010, tal como el juzgado lo ha reiterado, la*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará el Tribunal: (i) el demandante se vinculó mediante contrato de trabajo con la entonces EMPRESA DE TELÉFONOS DE BOGOTÁ el 15 de enero de 1991 (ver página 9 archivo 02 trámite de primera instancia expediente digital), (ii) que se afilió al Sindicato de Trabajadores de la Empresa de Teléfonos de Bogotá “SINTRATELEFONOS” a partir del 25 junio de 1996, beneficiándose de la Convención Colectiva de Trabajo (ver página 11 archivo 02 trámite de primera instancia expediente digital).

En consonancia con el recurso propuesto, el Tribunal debe definir si procede o no el reconocimiento de la pensión convencional prevista en la cláusula 3 de la Convención Colectiva de Trabajo 1992 – 1993 firmada por SINTRATELEFONOS con la ETB.

demandada lo ha reiterado, se pretende aplicar las convenciones colectivas de trabajo, esto se debe empalmar con el desplégue jurisprudencial de la corte suprema de justicia que con el cumplimiento del tiempo de servicio se causa el derecho, y su disfrute se debe proceder cuando se cumpla la edad o la persona se retira del servicio de la entidad. Tal y como se verifica el certificado allegado por la ETB, mi poderdante tiene a su cargo y sobre su función el de instalador reparador, y este es el cargo que precisamente lo de la excepción convencional se señala. Ahora bien no está en juego de discusión los siguientes supuestos: como ya lo hemos venido reiterando, mi poderdante nació el 10 de mayo de 1965 y cumplió 50 años de edad el 10 de mayo de 2015, que para dicha fecha aún estaba al servicio de la entidad, es más aun hoy en día lo está, cumplió los 15 años de servicio como instalador operador (sic) instalador reparador tal y como el certificado de la ETB señala. En el año 2006 la convención colectiva de trabajo la cual se ha venido aplicando hasta el año 2010 tal como la ETB lo señala en diferentes comunicados que reconocen en la contestación de la demanda, ostenta el cargo de instalador reparador como la ETB misma lo certifica e ingresó antes del 31 de diciembre de 1991. Ahora bien, después de analizar las demandas resueltas por la jurisdicción a favor de la ETB dichas demandas no solicitan lo que aquí están solicitando, precisamente de su fallo se deslumbra como se está pidiendo el tiempo de reconocimiento posterior al 31 de julio del año 2010 situación que aquí no acontece teniendo en cuenta que lo que aquí se pide es precisamente que ese tiempo se cumplió antes de dicha fecha en el año 2010 y que la edad si bien se cumplió posteriormente es solamente un requisito de disfrute de un derecho ya causado, se recuerda que el cumplimiento de la edad pensionalmente hablando es un requisito de disfrute y para dicha fecha en cumplimiento de la edad mi poderdante se encontraba en servicio de la empresa. Teniendo en cuenta lo anterior solicito a los honorables magistrados que se estudie a fondo y se estudie teniendo en cuenta a los diferentes conceptos jurídicos jurisprudenciales que se han aplicado en torno a diferentes reconocimientos pensionales para poder aterrizar como es que mi poderdante si tiene derecho a su reconocimiento pensional y que la edad no se debe exigir al 31 de julio de 2010 para tener derecho a la cláusula convencional sino que se debe exigir posteriormente solamente para disfrutar de aquella pensión que ya causó por el cumplimiento del tiempo de servicio prestado a la entidad muchas gracias señor juez”

Para decidir la controversia, el Tribunal seguirá el criterio que ha venido expresando en providencias anteriores sobre la aplicación del Acto Legislativo 1 de 2005², al resolver asuntos idénticos al presente.

Según ese criterio, las Convenciones Colectivas de Trabajo en las cuales se reconocían derechos extralegales en materia pensional fueron terminadas por mandato de los parágrafos transitorios segundo y tercero del artículo 48 de la Constitución Política. Por ello los derechos pensionales extralegales que no se hubieran causado o consolidado para el 31 de julio de 2010 se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro, por ausencia de fundamento normativo.

Solamente los trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar la pensión, tendrán hoy un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser tal no pudo ser derogado por normas posteriores.

Aplicando este razonamiento al asunto bajo estudio, encuentra el Tribunal que la Convención Colectiva “1992-1993” suscrita entre la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – ETB y la Asociación Nacional de Técnicos en Telefonía y Comunicaciones Afines – ATELCO – y el sindicato de base -SINTRATELÉFONOS- (folios 80 a 93), otorgaba pensión de jubilación a los trabajadores de la ETB bajo las siguientes condiciones: i) que tuvieran 20 años de servicios continuos o discontinuos al empleador y cumplieran la edad

² Providencia del 26 junio 2012, Exp. 04 2012 00059 01 de Lucila León Gómez contra el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia MP MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO; Providencia del 29 de agosto de 2012, Exp. 09 2011 00774 01 de Mariana Sánchez González contra la ETB MP DIEGO ROBERTO MONTOYA MILLAN; Providencia del 18 septiembre 2012, Exp. 24 2011 00872 01 de Diógenes Duarte Fuentes contra el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia MP MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO; Providencia del 14 febrero 2017, Exp. 04 2015 00988 01 de Aura Marleny Fonseca contra la UGPP, MP MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO; providencia del 4 de octubre de 2017, Exp. 33 2013 00762 01 de María Franceli Sotelo Heredia Vs. UGPP; providencia del 27 de febrero de 2018, Exp 35 2016 00726 01 de Martha Lilia Alarcón Castro vs. UGPP; entre otras.

de 50 años, o ii) a los trabajadores que hubieran laborado 25 años continuos o discontinuos sin consideración a su edad³ (ver páginas 99 a 111 archivo 02 trámite de primera instancia).

Dice la cláusula convencional: *“La empresa pensionará a los trabajadores que hayan adquirido el derecho, es decir, veinte (20) años de servicio en Entidades Oficiales y cincuenta (50) o más de edad. (...) La Empresa procederá de inmediato a pensionar a los trabajadores que hayan laborado veinticinco (25) años continuos al servicio de la Entidad, sin consideración de la edad”*

Estas condiciones no fueron cumplidas por el demandante antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 (31 de julio 2010), pues para ese momento tenía 45 años de edad y había servido 19 años y 8 días a la entidad (trabajó desde el 8 de agosto de 1991, ver páginas 6 y 7 archivo 02 trámite de primera instancia del expediente digital).

Para responder a los argumentos de la apelación, debe señalar el Tribunal que el texto convencional exigía los dos elementos para el acceso a la prestación, pues incluyó la conjunción copulativa “y” cuya función es unir o combinar varios conceptos de una misma oración para darles un significado conjunto (en el caso la edad y el tiempo de servicios). En consecuencia el derecho a la pensión solo se puede entender causado y por ello *adquirido* con el cumplimiento de ambos requisitos.

Bajo estas claras reglas normativas y de interpretación, JAIME DE JESÚS CASTRO SANTOS no demostró causado el derecho pensional extralegal que reclama en este expediente, mientras la norma convencional que lo regulaba existía, razón suficiente para confirmar la sentencia apelada que llegó a igual conclusión.

COSTAS en la apelación a cargo de la parte demandante.

³ La norma tiene el siguiente tenor literal: *“La empresa pensionará a los trabajadores que hayan adquirido el derecho, es decir, veinte (20) años de servicio en Entidades Oficiales y cincuenta (50) o más de edad. (...) La Empresa procederá de inmediato a pensionar a los trabajadores que hayan laborado veinticinco (25) años continuos al servicio de la Entidad, sin consideración de la edad”*.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de TRESCIENTOS MIL PESOS (\$300.000) como agencias en derecho a cargo de la parte demandante.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SUSANA MOLANO JIMÉNEZ
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023).

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor del demandante, la sentencia dictada el 09 de marzo de 2023 por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar el incremento del 14% del SMLMV en la pensión de la actora por cónyuge cargo.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, SUSANA MOLANO JIMÉNEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca a su favor incremento pensional del 14% por cónyuge a cargo a partir del 1 de diciembre de 2013, sobre la pensión de vejez reconocida a su favor por COLPENSIONES, junto con la indexación. Lo anterior, teniendo en cuenta que convive con CESAR ARTURO GRANADOS BARRIOS desde hace más de 31 años quien depende económicamente de ella y no recibe pensión o renta alguna (ver demanda folios 3 a 9, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones

incoadas con fundamento en que los incrementos previstos en el Decreto 758 de 1990 perdieron vigencia en tanto no fueron incluidos en la Ley 100 de 1993, aunque tampoco se los hubiera derogado expresamente. Propuso como excepciones las que denominó *inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, presunción de buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción de los incrementos y sus intereses, improcedencia de indexación* y la innominada o genérica (folios 58 a 70 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO presentó escrito de intervención, en el que advirtió que los incrementos pensionales que preveía el Decreto 758 de 1990 no están vigentes, de una parte por la derogatoria orgánica que la Ley 100 de 1993 hizo de ellos, y por otra, porque el Acto Legislativo 01 de 2005 los *expulsó* del ordenamiento jurídico por ser incompatibles con la constitución ya que *alteran la correspondencia que debe existir entre el monto pensional asignado y los factores que se utilizan para cotizar al sistema pensional*. Por ello, solicitó se dicte sentencia anticipada y se nieguen las pretensiones de la demanda (ver archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia de 9 de marzo de 2023, a través de la cual el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de pagar el incremento del 14% del SMLMV en la pensión de la actora por cónyuge cargo. La parte resolutive tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra conforme a lo expuesto en la parte, motiva de esta providencia SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y demás alegadas por Colpensiones. TERCERO: COSTAS. Sin costas en esta instancia. CUARTO: De no presentarse recurso de apelación se concede el grado jurisdiccional de consulta ante un inmediato superior”* (Audiencia virtual, archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 10:06).

Para tomar su decisión, el juez de primera consideró que la demandante no es beneficiaria del incremento pensional reclamado, pues su pensión fue

reconocida en los términos de la Ley 100 de 1993. Preciso que dicha prestación resulta predicable de quienes adquirieron el derecho pensional en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, no así respecto de los pensionados bajo la Ley 100 de 1993 ni en virtud régimen de transición. Para este último caso aplicó la jurisprudencia de unificación que dictó la Corte Constitucional (SU-140 de 2019) en la cual se concluye que los incrementos pensionales establecidos en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 fueron derogados y dejaron de existir con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, para las personas que cumplieron los requisitos para acceder a la pensión de vejez con posterioridad al 1° de abril de 1994.

Por ser esta providencia totalmente desfavorable a la demandante y no haber sido apelada, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta (artículo 69 del CPT y SS), que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la calidad de pensionada de la demandante, hecho que se acredita con la copia de la Resolución No GNR94580 del 18 de marzo de 2014 en la que COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2013, en la suma de \$1.826.209 mensuales, con fundamento en lo previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aplicable en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 del cual era beneficiaria (folios 18 a 26, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Para resolver la materia objeto de controversia, el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 ordenó que las pensiones de invalidez por riesgo común y de vejez se incrementen *“(...) un catorce por ciento (14%) sobre la pensión mínima legal, por el cónyuge o compañero o compañera del beneficiario que dependa económicamente de éste y no disfrute de una pensión”*¹, y si bien la

¹ ARTÍCULO 21. INCREMENTOS DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ POR RIESGO COMUN Y VEJEZ. Las pensiones mensuales de invalidez y de vejez se incrementarán así:
a) En un siete por ciento (7%) sobre la pensión mínima legal, por cada uno de los hijos o hijas menores de 16 años o de dieciocho (18) años si son estudiantes o por cada uno de los hijos

jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia entendía la vigencia de dicha norma (sentencias de 27 de julio de 2005, Rad. 21517 MP Isaura Vargas Díaz y Jaime Moreno García, y 5 de diciembre de 2007, Rad 29751. MP Luis Javier Osorio López), la Corte Constitucional (sentencia SU-140 de 2019), órgano competente para decidir sobre vigencia y exequibilidad de las normas legales, dispuso que los incrementos previstos en el decreto 758 de 1990 **sí fueron derogados** por la Ley 100 de 1993.

Esa Corporación concluyó en la sentencia referida (SU-140 de 2019, con ponencia de la Magistrada CRISTINA PARDO SCHLESINGER), lo siguiente: *“los incrementos previstos en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993”* por ello, *“salvo que se trate de derechos adquiridos antes de la expedición de la Ley 100 de 1993, el derecho a los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 desapareció del ordenamiento jurídico por virtud de su derogatoria orgánica; todo ello, sin perjuicio de que de todos modos tales incrementos resultarían incompatibles con el artículo 48 de la Carta Política luego de que éste fuera reformado por el Acto Legislativo 01 de 2005”*.

Así pues, el incremento reclamado en este expediente no podía causarse por falta de supuesto normativo, dada la derogatoria reseñada, y sólo procedería para las pensiones que se hubieran causado antes del 1° de abril de 1994 al amparo del Acuerdo 049 de 1990, situación que no se satisface en el caso bajo examen, pues la prestación se causó el 20 de noviembre de 2013².

Se confirmará entonces la sentencia de primera instancia que absolvió a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas.

inválidos no pensionados de cualquier edad, siempre que dependan económicamente del beneficiario y,

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

Los incrementos mensuales de las pensiones de invalidez y de vejez por estos conceptos, no podrán exceder del cuarenta y dos por ciento (42%) de la pensión mínima legal.

² Resolución GNR94580 del 18 de marzo de 2014, folio 21, archivo 01 del expediente digital.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE WILLIAM HENRY LAVERDE CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA en su favor, la sentencia dictada el 30 de junio de 2022 por la Juez Primera (1ª) Laboral Transitoria del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, WILLIAM HENRY LAVERDE presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia* de su traslado del RPM al RAIS ocurrido en julio de 1999, así como de los traslados ocurridos al interior de este régimen. Afirma que al realizar el cambio se omitió la obligación de informar y asesorar con claridad, veracidad y

suficiencia acerca de las ventajas y desventajas de la decisión, por lo que se le indujo a error, situación que se repitió en los posteriores traslados. Como consecuencia de lo anterior pide que se valide la afiliación en el RPM, sin solución de continuidad, y se ordene a PORVENIR S.A. trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los valores recibidos en virtud de su afiliación, tales como *cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses, y rendimientos causados* (ver demanda en archivo 03 folios 1 a 16, trámite de primera instancia del expediente digital).

Admitida la demanda luego de subsanada y corrido el traslado correspondiente, fue contestada por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que la vinculación operó de manera, libre, informada y espontánea, sin que se presentaran vicios en el consentimiento, después de haber brindado amplia asesoría sobre las implicaciones de la afiliación y tratándose de una persona capaz. En todo caso, las características de los regímenes pensionales se encuentran estipuladas legalmente, por lo que son de conocimiento público y era deber del demandante informarse sobre las mismas sin que su omisión sea causa de ineficacia, la cual no se encuentra contemplada normativamente. Afirma que no es posible la devolución de los gastos de administración, pues se han invertido en generar los rendimientos del capital contenido en la cuenta de ahorro individual del demandante, ni el pago de las primas de seguros previsionales que han dado cobertura durante su afiliación, sin que exista norma que disponga el traslado de tales dineros a menos que se respeten las restituciones mutuas, máxime cuando no están destinados a financiar la prestación pensional. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación en archivo 09 folios 1 a 21 trámite de primera instancia del expediente digital).

Igualmente contestó la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones propuestas, con fundamento en que el

demandante no reúne los requisitos para regresar al RPM, adicional a ello expone que el actor se encuentra válidamente afiliado al RAIS, decisión ratificada por los posteriores traslados. Agregó que se encuentra incurso en la prohibición de traslado contenida en la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* (ver contestación en archivo 11 folios 3 a 40 trámite de primera instancia del expediente digital).

Igualmente contestó la demanda la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. mediante apoderado. Se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que la decisión del tránsito entre regímenes fue libre y voluntaria, lo que quedó plasmado en el formulario de afiliación, documento que cumplía con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994. Manifiesta que, al momento de la afiliación del actor, se brindó asesoría completa y comprensible, y advierte la imposibilidad de dar aplicación retroactiva a las normas que regulan el deber de información. Señala que la accionante no hizo uso de la facultad de trasladarse de régimen antes de verse inmerso en la prohibición legal para ello y que la variación del monto de la pensión no constituye un vicio del consentimiento, ni causal de ineficacia. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a la AFP Porvenir, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe* (ver contestación en archivo 13 folios 3 a 24 trámite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia de 30 de junio de 2022, mediante la cual la Juez Primera (1ª) Transitoria Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que la demandada no probó haber brindado información suficiente sobre las particularidades y diferencias entre el RAIS y el RPM y entender que el demandante hubiera tomado una decisión libre, consiente y voluntaria al momento de su traslado de régimen pensional, sin que para ello resulte suficiente la suscripción del formulario de afiliación. No evidenció confesión alguna al respecto en el interrogatorio de parte al demandante.

La parte resolutive de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad realizado por el demandante WILLIAM HENRY LAVERDE, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO. ORDENAR a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los aportes, rendimientos y demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES; quien deberá reactivar la afiliación del actor en el Régimen de Prima Media y recibir los dineros que le fueren trasladados. TERCERO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las entidades en sus contestaciones. CUARTO. COSTAS. Serán a cargo de Porvenir y Protección S.A., tásense las agencias en un (01) SMLMV a cada una de ellas. QUINTO. Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.L.”* (Audiencia virtual del 30 de junio de 2022 – archivo 19 Hora 1:22:08).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderada afirma que no es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional como quiera que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal del artículo 2° de la Ley 797 del 2003, aunado a ello la administradora es un tercero ajeno al traslado¹. (Audiencia virtual del 3 de mayo de 2021 – archivo 08 Hora 1:23:49).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010

¹ Su señoría si me permito interponer recurso de apelación frente a la decisión que está tomando el honorable despacho para que sea el Tribunal de estancia quien pues revise esta decisión en el sentir de que como se indicó anteriormente en las oportunidades procesales que se tuvo al fin el señor William Henry aquí demandante dentro del proceso de la referencia, pues no cumplen con tal requisito con tal precepto legal que es el artículo 2° de la Ley 797 del 2003 el cual modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100 del 93, que pues después de 1 año de entrada en vigencia la presente Ley, el afiliado pues no podrá trasladarse de régimen cuando le faltarían 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez pues es así de que pues el señor William Henry cuando hace, cuándo se admite la demanda ya contaba con 59 años de edad nació el 5 de enero de 1962 a la fecha de la admisión de la demanda tenía los 59 años ya había superado la edad de los 52 para hacer el retorno al régimen de al régimen de prima media el cual administrar la administradora colombiana de pensiones, pues su señoría al igual que cabe resaltar que como se evidencio dentro de todo el trámite procesal más aún en la etapa probatoria se evidencia que pues la administradora fue un hecho ajeno el traslado que él realizó y al igual el no hizo parte de estas actuaciones tanto de las AFP como de la parte demandante, en realizar por parte de la parte demandante valga la redundancia afiliación y por la AFP vulnerar el derecho a la información en cuanto a el traslado que se realizó, pues su señoría en estos términos el dejo sustentado el recurso apelación para que sea tramitado ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá en la respectiva instancia.

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al fondo privado de pensiones, el demandante tenía 37 años de edad y había cotizado 214.14 semanas², para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) tenía menos de 15 años de cotizaciones al Sistema (tenía 1,03 años)³, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (tenía 58 años – ver archivo 03 folios 82).

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

² Ver resumen de historia laboral– archivo 12 expediente administrativo.

³ *Ibidem*.

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ⁴, ⁵, según el cual, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

En estas sentencias, la Corte considera que las AFP han tenido siempre la obligación de brindar *toda* la información pertinente del Sistema Pensional al afiliado, y el cumplimiento de dicha obligación “(...) *debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*”. En este sentido: (i) “*El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación, en este caso, en el de afiliación a otro Fondo, es insuficiente para afirmar que existió un consentimiento informado «entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por*

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

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

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

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

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

específicamente para cada afiliado, al margen de que ellas se deduzcan de la Ley.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*. Ello que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante, por el contrario, indicó que para la época del traslado COLMENA S.A. (hoy PORVENIR S.A.) únicamente le informó sobre las ventajas del RAIS y que su mejor alternativa era trasladarse a un fondo privado, que le garantizaba una pensión sin cumplir el requisito de edad del fondo público. Dice que no se le suministró información sobre los requisitos para acceder al derecho pensional en ambos regímenes pensionales, ni sobre las modalidades de pensión en el RAIS. En ninguno de los traslados recibió una información completa y oportuna respecto a las condiciones, las características, las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales. (Audiencia virtual del 30 de junio de 2020 – archivo 19).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* o *ratificación* de la afiliación, la permanencia o los posteriores traslados del actor al interior del RAIS, y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO) fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro

individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de PROTECCIÓN, por lo que en virtud de la consulta a favor de COLPENSIONES se adicionará en este sentido, esto es, ordenar a PROTECCIÓN S.A. que efectúen la devolución de los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta del demandante, por el tiempo en que el actor estuvo afiliado en ella (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993⁶, los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES y en respuesta a la apelación presentada por su apoderada, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede dicha entidad obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se llegaren a causar en caso de asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos privados de pensiones.

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

Sin costas en segunda instancia.

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen en el evento de asumir la obligación pensional a favor de la parte demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, conforme a la parte motiva.
2. **CONFIRMARLA** en todo lo demás.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ SANTOS BELTRÁN CONTRA LA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES frente a la sentencia dictada el 8 de marzo de 2023 por el Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, en la que CONDENÓ a COLPENSIONES a pagar pensión de vejez.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ SANTOS BELTRÁN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condene al reconocimiento de pensión de vejez con las reglas del artículo 12 del Decreto 758 de 1990 y de los intereses moratorios. Como fundamento de lo pedido, afirma que nació el 12 de julio de 1947, cotizó 1140 semanas, entre ellas, 50 con el empleador OSCAR JACINTO MÉNDEZ BRICEÑO conforme el auto aprobatorio de una conciliación celebrada el 7 de marzo de 2019 ante el Juzgado Civil del Circuito de Gacheta Cundinamarca. Solicitó el reconocimiento de la pensión de vejez que le fue negada mediante Resolución SUB 170864 del 29 de junio de 2019 con sustento en que no se ha pagado el cálculo actuarial por parte del empleador y no tenía cotizaciones

con antelación a la expedición de la Ley 100 decisión que se confirmó mediante Resolución DPE 9222 de 5 de septiembre de 2019. Dijo que COLPENSIONES está en la obligación de realizar el cobro coactivo de los aportes (Ver demanda en archivo 02 folios 1 a 13).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones afirmando que el número de semanas reportado en la historia laboral del demandante resulta insuficiente para acceder a la prestación pretendida, y no resulta beneficiario del régimen de transición. Propuso como excepción previa la de *falta de integración de la litisconsorte necesario* y como excepciones de mérito: *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos admirativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* (Ver contestación en archivo 01 folios 41 a 54 y subsanación archivo 05).

Mediante auto de fecha 14 de abril de 2021 (ver archivo 08 trámite de primera instancia del expediente digital) se dispuso la vinculación como litisconsorte necesario de la parte demandada a OSCAR JACINTO MÉNDEZ BRICEÑO. Corrido el traslado legal, contestó la demanda a través de apoderado judicial sin oponerse a las pretensiones. Precisó que su obligación se limita al pago del *calculó actuarial que resulte estimado, relacionado con el aporte a pensión en favor del actor por el tiempo comprendido entre el 01 de enero al 31 de diciembre de 1993, cuyo compromiso fue establecido ante el Juzgado Civil del Circuito de Gacheta, dentro de proceso laboral No. 2018-0036 allegado con la demanda* (Ver contestación en archivo 14 y subsanación archivo 16).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de marzo de 2023 por la cual la Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá ORDENÓ el

reconocimiento de la pensión de vejez al actor desde el 12 de julio de 2007, y el pago del retroactivo desde el 1 de diciembre de 2022 debidamente indexado, y absolvió de las demás pretensiones. Para tomar la decisión advirtió que revisada la historia laboral del demandante y teniendo en cuenta el pago del cálculo actuarial que realizó el empleador, se acreditan los requisitos para acceder a la pensión de vejez bajo lo normado en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año. Absolvió de los intereses moratorios y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción.

La parte resolutive de la providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones a reconocer a JOSÉ SANTOS BELTRÁN la pensión por vejez desde el 12 de julio de 2007 de conformidad con la parte motiva de esta providencia en 14 mesadas. SEGUNDO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES al pago de retroactivo a favor de JOSÉ SANTOS BELTRÁN en cuantía de \$4.320.000 correspondientes a las mesadas pensionales generadas desde el 1° de diciembre de 2022 al 28 de febrero del 2023 debidamente indexado. A partir del 1° de marzo de 2023 la demandada deberá pagar como mesada pensional un salario mínimo legal mensual vigente. TERCERO: ABSOLVER a OSCAR JACINTO MÉNDEZ BRICEÑO conforme a la parte motiva de esta providencia. CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. QUINTO: CONSÚLTESE con el superior.”* (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2023 –archivo 27 Min. 58:32).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso del DEMANDANTE, pide que se revise la fecha a partir de la que debe ser reconocida la prestación, como quiera que antes había solicitado al empleador realizar los trámites correspondientes para que se actualizara la historia laboral¹ (Audiencia virtual del 8 de marzo de 2023 –archivo 27 Min. 1:00:02)

¹ “Señora Juez, como apoderado de la parte demandante manifiesto al despacho que interpongo el recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá para que sea ese tribunal plural quien entre a revisar la situación del momento en que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago de esta pensión debido a que a él no se le puede culpar de

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que los acuerdos de pago que realizó el trabajador con su empleador no tienen como consecuencia que la administradora deba reconocer la pensión de vejez. Precisa que el demandante no tenía afiliación al Sistema antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y por ello no es beneficiario del régimen de transición²

la no afiliación y que por ende esa situación de omisión que asumió el empleador, viene a causarle al mandante una afectación grave en su Seguridad Social y que representa una amenaza a la dignidad humana teniendo en cuenta que ha tenido que sobrevivir estos años con la ayuda de sus familias y de sus hijos teniendo derecho a una pensión hace mucho tiempo como él le solicitó a su empleador que le subsanara ese faltante de afiliación y sobre este recurso, su Señoría hará uso argumentando las razones de derecho que en su momento expondré ante el honorable Tribunal. Gracias.”.

² *“Sí, gracias señora Juez, sí, muy respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia emitida el día de hoy a efecto de que los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de distrito judicial se sirvan revocar en su totalidad, la sentencia, en su lugar, se absuelva a mi representada de cada uno de los cargos impuestos, teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: Lo primero, señalar que el cálculo actuarial del empleador privado por omisión de este se realiza por la solicitud del empleador o por orden judicial en los casos en los que se omitió la afiliación o no se reportó una novedad de vinculación laboral del trabajador al sistema general de pensiones. Por tanto, no comprende ni cotizaciones, ni intereses moratorios, la figura establecida para estos casos es el traslado de una reserva actuarial que debió mantener el empleador durante el período de omisión que cubrirá la pensión de vejez del trabajador, por tanto, la solicitud y realización de los cálculos actuariales por omisión del empleador privado, no son producto de una obligación pendiente del empleador con Colpensiones por no reportar la novedad de ingreso o vínculo laboral del trabajador a dicho régimen, si no que se trata de una información entregada al empleador omiso para que tome la decisión, bien sea de pagarla o de responsabilizarse del pago y/o reconocimiento de la pensión del trabajador. Por lo tanto, estos acuerdos de pago que realizaron el demandante y el vinculado como litisconsorte no hacen consecuencia a Colpensiones del reconocimiento de una pensión de vejez. Téngase en cuenta que previo al pago del cálculo actuarial y a la actualización de la historia laboral del demandante, no se contaba con una filiación antes de la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, por lo tanto, no es acreedor al reconocimiento de la pensión de vejez bajo los parámetros del régimen de transición. Ahora bien, téngase en cuenta que de acuerdo al Decreto 758 de 1990 y sus características y condiciones, el demandante no contaba con la densidad requerida de semanas de cotización a efecto de serle reconocida esta pensión de vejez, por tanto, reitero que es necesario hacer una diferenciación en el reconocimiento de la pensión de vejez, teniendo en cuenta que debe hacerse una diferencia entre la falta de afiliación y vinculación al sistema general de pensiones y así mismo la mora en el pago de aportes del mismo. Por tanto, como se señaló en la sentencia CSLT 3472 22 de julio del 2008, la SL 38622 del 17 de mayo del 2011, SL 438839 de febrero del 2013, la SL 41802 de mayo del 2012 y así mismo, como hito lo señala la sentencia SL 14388 del 20 de octubre del 2015, la Corte Suprema de Justicia en su sala laboral, establece claramente estas diferencias entre mora y en el pago de aportes y la falta de afiliación al sistema general de pensiones, donde mi representada no tendría que equiparar esta responsabilidad jurídica de un reconocimiento de una pensión de vejez bajo estos dichos parámetros de régimen de transición y los mismos parámetros del Decreto 758 de 1990. Ahora bien, debe tenerse en cuenta adicionalmente, que finalmente que fue un acuerdo celebrado entre las partes entre el litisconsorte y el demandante, más no un requerimiento efectuado una obligación efectuada por Colpensiones como administradora del régimen de pensiones de prima media, a efecto de cubrir periodos en mora, dejó así sustentados mis alegatos del recurso de apelación, muchas gracias, honorables magistrados. Muchas gracias, señora Juez.”*

(Audiencia virtual del 8 de marzo de 2023 – carpeta 15 archivo 01 Min. 1:01:50).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que el demandante nació el 12 de julio de 1947 (ver página 33 archivo 02 trámite de primera instancia del expediente digital) y tenía la edad para acceder a la prestación en la fecha en que presentó la solicitud de reconocimiento pensional; (ii) que ante el Juzgado Civil Circuito de Gachetá Cundinamarca dentro del proceso ordinario laboral No. 2018-0036 en cual era demandante JOSÉ SANTOS BELTRÁN y demandado OSCAR JACINTO MÉNDEZ BRICEÑO, el 7 de marzo de 2019 se suscribió un acuerdo conciliatorio en el cual se dispuso terminar el proceso por conciliación y se ordenó a COLPENSIONES la liquidación del cálculo actuarial de los aportes a pensiones dejados de cancelar entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 1993, con un IBC equivalente al SMMLV (ver páginas 15 a 17 archivo 02 trámite de primera instancia del expediente digital)

La entidad negó la prestación mediante Resolución SUB 170864 del 29 de junio de 2019, por considerar que el demandante no cumplía con la densidad mínima de cotizaciones. Para esta decisión, la demandada aduce que no es posible computar las semanas comprendidas del 1 de enero al 31 de diciembre de 1993, como quiera que no se había pagado del cálculo actuarial.

En consonancia con los recursos de apelación (artículo 66-A del CPTSS), el Tribunal debe definir si procede o no el reconocimiento de la pensión de vejez que reclama el demandante, y en dado caso la fecha a partir de la cual procede el reconocimiento.

Revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto ordenó el reconocimiento de pensión de vejez a favor del demandante, pues las pruebas allegadas al proceso demuestran su derecho bajo el régimen contenido en el Acuerdo 049 de 1990.

Para este efecto dirá la Sala que el artículo 36 de la ley 100 de 1993 dispuso como régimen de transición la posibilidad de acceder al reconocimiento pensional teniendo en cuenta la edad y el tiempo de servicios establecidos en normas anteriores, para aquellos afiliados que a la fecha de entrada en vigencia del Sistema de Seguridad Social en pensiones (1º de abril de 1994) tuvieran 35 o 40 años de edad. Como esta última condición la cumplió el demandante pues según el documento visible en la página 33 del archivo 02 (copia de la cédula de ciudadanía) nació el 12 de julio de 1947, tiene derecho a que a la prestación reclamada se regule en el Acuerdo 049 de 1990, cuyo artículo 12 asigna pensión de vejez a los hombres que cumplan 60 o más años de edad si han efectuado (500) semanas de cotización al Sistema durante los veinte (20) años anteriores al cumplimiento de dicha edad o 1.000 semanas en cualquier tiempo.

En el caso presente en la densidad de cotizaciones del demandante, se debe incluir el lapso comprendido entre del 1 de enero y el 31 de diciembre de 1993, pues en el transcurso de este proceso COLPENSIONES elaboró el cálculo actuarial y el empleador -OSCAR JACINTO MENDEZ BRICEÑO- lo pagó (archivo 25 trámite de primera instancia expediente digital). Tales semanas obran en el reporte allegado por COLPENSIONES actualizado a 8 de marzo de 2023 (archivo 26 trámite de primera instancia expediente digital).

De esta manera, se cumplieron los requisitos de acceso a la prestación. Como se dijo la copia de la cédula de ciudadanía demuestra que JOSÉ SANTOS BELTRÁN cumplió 60 años el 12 de julio de 2007; y de la historia laboral aportada por COLPENSIONES referida se obtienen **555,16** semanas de cotización para esa fecha (12 de julio de 2007), de las cuales 503,16 fueron cotizadas en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

Para definir la fecha a partir de la cual procedía el pago de las mesadas y en consonancia con reiterado criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se debe recordar que el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios no siempre habilitan el

pago de la primera mesada. El ordenamiento jurídico exige para este efecto, el retiro del afiliado del Sistema de pensiones pues sólo cuando ello ocurre se podrá entender que renunció al derecho que le otorgan las normas legales a incrementar el valor de su pensión con cotizaciones adicionales a las mínimas legales (artículo 35 del acuerdo 049 de 1990). Esa voluntad se puede manifestar de forma expresa, cuando se realizan los trámites administrativos de retiro, o se debe entender manifestada tácitamente cuando el afiliado que cumple los requisitos legales para acceder a la pensión eleva la reclamación de pensión con los requisitos cumplidos.

Bajo esta premisa, en principio procedía el pago de la pensión a favor del demandante a partir del 1° de diciembre de 2022, pues completó los requisitos para acceder a ella el 12 de julio de 2007 cuando cumplió 60 años de edad, momento para el cual tenía 1.221,43 semanas de aportes (archivo 26 tramite de primera instancia del expediente digital) y su desafiliación del Sistema ocurrió cuando el empleador registró la novedad de retiro, lo que hizo el *CUERPO DE BOMBEROS VOLUNTARIOS DE FOMEQUE* en el ciclo de noviembre de 2022 (página 11 archivo 26 tramite de primera instancia del expediente digital).

No sobra reiterar, para responder al recurso del demandante que, si bien desde el 23 de mayo de 2019 se había solicitado el reconocimiento pensional, lo cierto es que la obligación *a cargo* de COLPENSIONES (entidad de quien se reclamó el pago de la prestación y de intereses de mora) solo surgió una vez el empleador pagó el cálculo actuarial de los aportes que le correspondían, lo que ocurrió el 31 de enero de 2023 (archivo 25 tramite de primera instancia del expediente digital).

La omisión de afiliación y pago -se reitera- fue del empleador y no de la administradora del RPM.

En ese orden, se modificará el numeral segundo de la sentencia de primera instancia para ordenar el pago de la pensión de vejez a partir del 1 de febrero de 2023, -día siguiente al pagó del cálculo actuarial- esto último atendiendo al

grado jurisdiccional de CONSULTA que obliga al Tribunal a estudiar las materias desfavorables a COLPENSIONES de la sentencia de primera instancia, aun cuando no hubieran sido apeladas.

El valor de la mesada es de 1 SMLMV pues la mayoría de las cotizaciones fueron efectuadas sobre esta base (archivo 26 trámite de primera instancia expediente digital), y se debe pagar en 14 mesadas anuales pues la pensión se causó antes del 31 de julio de 2010 (parágrafo transitorio 6 del artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005).

Finalmente, se confirmará la condena por indexación impuesta en la decisión de la a quo, con base en la fórmula según la cual, el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es lo dejado de percibir por el demandante, por la suma que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE en la fecha en que cobre ejecutoria esta sentencia, por el índice inicial vigente para la fecha en que debió hacerse el pago.

Esto último porque la indexación es la forma de contrarrestar las ineludibles consecuencias del fenómeno inflacionario que reduce el poder de compra del dinero.

Sin COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, **CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar pensión de vejez en favor del demandante a partir del 1º de febrero de 2023, en cuantía de un salario mínimo mensual y por 14 mesadas anuales.

2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia dictada en primera instancia.
3. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

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

Mag Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

**PROCESO ORDINARIO DE LUZ EDELMA MOSQUERA GARCÍA CONTRA
INGRID LESMES GUTIÉRREZ.**

Bogotá D. C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintidós (2022)

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia dictada el 3 de febrero de 2023 por la Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella, se DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido y se CONDENÓ al pago de aportes a seguridad social en pensiones.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, LUZ EDELMA MOSQUERA presentó demanda contra INGRID LESMES GUTIÉRREZ, para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido que terminó por causa imputable al empleador. En consecuencia, pide que se condene al pago de las acreencias causadas entre el 3 de julio de 2013 y el 15 de junio de 2018, los aportes al sistema de seguridad social, la indemnización moratoria, indemnización por despido injusto y la sanción por no consignación de cesantías. Como fundamento de lo pedido, afirma que estuvo vinculada laboralmente con INGRID LESMES por medio de un contrato verbal entre el 3 de julio de 2013 y el 15 de junio de 2018, en labores de servicio doméstico, inicialmente un día a la semana con remuneración de \$45.000 diarios, y a partir del 12 de agosto de 2015 dos días por semana. Las labores

fueron desempeñadas de manera personal y subordinada. Relata que a partir del 15 de junio de 2018 fue contratada por la empresa HIDRÁULICA ENERGÍA Y AMBIENTE de tiempo completo, la relación se extendió por más de 5 años y finalizó por decisión de su empleador aduciendo justa causa. Afirma que le adeudan las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social del lapso comprendido entre el 3 de julio de 2013 y el 15 de junio de 2018. El 20 de octubre de 2020 elevó reclamación a la empleadora sin obtener respuesta (ver demanda en páginas 1 a 3 archivo 01 y subsanación páginas archivo 07 trámite de primera instancia del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, INGRID LESMES GUTIÉRREZ la contestó mediante apoderada, quien se opuso a las pretensiones y negó la existencia de un vínculo entre las partes. Propuso como *excepciones: falta de legitimación en la causa por pasiva, no haberse ordenado la citación de otras personas que la ley dispone citar, inexistencia de las obligaciones demandadas, prescripción e ineptitud de la demanda por falta de requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones* (ver contestación en archivo 021 trámite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 2 de marzo de 2023, en la cual la Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre las partes del proceso y CONDENÓ al pago de aportes a seguridad social en pensiones. Para tomar la decisión determinó los extremos laborales según las documentales allegadas (testimonios y la confesión de la demandada en interrogatorio). Consideró que transcurrió el término prescriptivo entre la finalización del contrato y la presentación de la demanda sin que se pueda entender interrumpido con la solicitud elevada ante la empleadora, como quiera que en ella solo se solicitaban unos documentos. En cuanto a los aportes al sistema de seguridad social consideró que estos no se encuentran afectados por la prescripción y por ello ordenó su pago. No encontró demostrado el despido injusto por lo que absolvió de esta pretensión.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre la señora LUZ ADELMA MOSQUERA como trabajadora y la señora INGRID LESMES GUTIÉRREZ como empleadora, comprendido entre el 1 de enero de 2018 y el 15 de junio de 2018. SEGUNDO: NO ACCEDER A DECLARAR que la terminación del contrato fuere con causa del empleador por no encontrar soporte probatorio. TERCERO: DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de las cesantías, intereses de cesantías, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T y las vacaciones pretendidas. CUARTO: DECLARAR improcedente la condena a la sanción mora por falta de consignación de las cesantías dispuesta en el art. 99 de la ley 50 de 1990, conforme a lo expuesto en la parte motiva. QUINTO: CONDENAR a INGRID LESMES a pagar a la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliada la demandante, el monto determinado por esta, correspondiente al cálculo actuarial por los aportes pensionales por el periodo comprendido entre el 1 de enero de 2018 y el 15 de junio de 2018, con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones. SÉPTIMO: CONDENAR en costas a la demandada, inclúyase la suma de \$1.000.000 por concepto de agencias en derecho en favor del demandante.”* (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2023 - archivo 026 Min 21:49).

RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante aduce que la prestación del servicio ocurrió entre los años 2013 a 2018, como lo afirmó uno de los testigos, además que la demandada en el interrogatorio aceptó que conocía a la demandante desde el año 2014 y que prestaba el servicio personal para una empresa de propiedad del cónyuge. Otro de los testigos dio cuenta de que en el año 2018 la veía *ingresar al domicilio de la vecina de su empleadora y que coincidía con ella en las horas de salida*, de esta manera, existen indicios que la prestación de servicios venía de años anteriores. En relación al despido afirma que fue una decisión de la trabajadora motivada por las actuaciones de su empleadora, esto es, un despido indirecto. En lo atinente a la prescripción aduce que en

virtud del Decreto 564 de 2020, entre marzo y junio de 2020 existió una suspensión o interrupción de términos, aunado al hecho que la reclamación que elevó la trabajadora sí constituye un *simple* reclamo y por ello interrumpe la prescripción. Solicita se imparta la condena por sanción moratoria ante la mala fe de la demandada (Audiencia virtual del 3 de febrero de 2023 - archivo 026 Min 23:31)¹.

¹ “Gracias su Señoría, la parte demandante, encontrándome en la oportunidad correspondiente, presentó al despacho recurso de apelación a efectos que se ha concedido y resuelto por la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá, sustentado en los siguientes términos, con relación a la declaración de la existencia del contrato de trabajo en los extremos temporales que se aducen en la demanda de estudios entre julio de 2013 y junio de 2018, nos apartamos respetuosamente de las consideraciones del despacho, por cuanto la señora demandante demostró en el plenario que hubo una prestación personal del servicio entre los años 2013 y 2018. Esta situación se corrobora no solamente con uno de los testigos, quien dio cuenta que vio a la señora Lesmes prestando su servicio personal a favor de la demandada e identificada como la persona que prestaba el servicio doméstico en el sitio, lugar de habitación de la demandada es más, dentro del interrogatorio de parte, como bien aduce el despacho, la señora Demandada afirmó que había conocido a la demandante en el año 2014, con base en el argumento que ella prestaba, servicio personal para una empresa de propiedad o para un establecimiento de propiedad de su cónyuge. Sin embargo, ciertamente en el plenario no se acredita o se demuestra que para esa fecha siendo carga probatoria de la demandada esta, la demandante, no prestar el servicio personal en las instalaciones o en el domicilio o a favor de la persona natural entonces en el despacho se encuentran al menos los indicios, los hechos que permiten deducir que, si hubo una prestación personal efectiva del servicio por parte de la demandante hacia la demanda que sufrió una transición, inicialmente que se prestó el servicio por días, luego se aumentó en el número de semanas para finalmente prestar el servicio todos los días de la semana a favor de la demandada tanto así la testigo quien fungía como empleada de servicio doméstico de la abogada aquí de la contraparte, dio respuesta o dio inicio al testigo que veía a la demandante ingresar al domicilio de la vecina de su empleadora y que coincidía con ella en las horas de salida no eran encuentros fortuitos, como se ha dicho en la sentencia, sino encuentros que se presentaron varias veces en la semana durante por lo menos el año 2018, y dio cuenta también que la señora demandante, para efectos del ingreso al domicilio de la demandada pues debía tener autorización de la demandada para pasar de la portería. Entonces en este caso qué tenemos que sí existen los indicios que le permiten deducir al despacho que la prestación personal no solamente se derivó en el año 2018, sino que venía de años anteriores y por lo menos en 3 años anteriores al año 2018, esto es de 2015, 2016 y 2017. 1 de los testigos la había visto en el domicilio, había visto a la demandante en el domicilio de la demandada prestando su servicio como empleada doméstica, carga probatoria suficiente que se acreditó y en virtud de la cual le correspondía a la contraparte demostrar que esa prestación no era en virtud de un contrato de trabajo pero no te señores usted, señores magistrados, que el soporte de defensa se limitó a que ella prestaba el servicio a una a una persona jurídica diferente, de la cual en un principio la demandada afirmó ni siquiera conocía cuando era la ni el domicilio cuando era la empresa en la que de la que era dueño a su esposo, ahora bien tengas en cuenta correlación al despido que respetuosamente si bien el despacho afirma que no se cumplió con la carga probatoria de demostrar siquiera el despido si se dio cuenta al juzgado que la demandante dejó de prestar su servicio, si bien por una decisión voluntaria no lo fue porque quisiera finalizar el contrato de trabajo teniendo en cuenta esa forma de determinación, sino porque hubo una omisión o conducta del empleador que propinó la decisión intempestiva de romper el vínculo contractual que no podría ser otra cosa que un despido indirecto donde medio la voluntad o las actuaciones del empleador que derivaron en la decisión que adopta de manera voluntaria el trabajador, pero motivada por el incumplimiento de las obligaciones contractuales que tenía el patrón entonces en este caso no solamente estaban demostrados los extremos temporales de la relación de trabajo, sino también cuál fue la causa del finiquito del mismo, situación que de la cual se derivaba la declaración de una relación laboral íntegra mucho más se tenía que

tener en cuenta por las condiciones sociales en que se desarrolla la labor del servicio doméstico no atarlas a la literalidad de la norma en cuanto a las cargas probatorias o al resolver sobre la mayoría de las relaciones de trabajo, cuando sabemos que por el desarrollo social y la evolución en la protección que ha tenido la protección al servicio doméstico deben obrar los juzgadores más allá de las primeras evidencias e incluso acudir a los hechos indicadores que puedan dar constancia de una relación de trabajo ahora, con relación a la declaración de prescripción frente a las prestaciones sociales y acreencias laborales, tengan en cuenta ustedes, señores magistrados, que por virtud del Decreto 564 del año 2020 y la declaración del Estado de emergencia económica, social y ecológica en Colombia que motivó la pandemia de la COVID-19 entre marzo del año 2020 y junio del año 2020 de ese año existió una interrupción y/o suspensión de los términos de prescripción para las actuaciones en los juzgados, que se extendió tanto a las reclamaciones o términos de prescripción y de caducidad para las personas que buscaban a través de la administración de Justicia el reconocimiento de sus derechos, término que no puede ser imputado ahora en contra de la demandante, afirmando que no ejerció en oportunidad la acción laboral para interrumpir la prescripción de los derechos económicos que se derivan de la declaración del contrato de trabajo. Por el contrario, se excedieron en el tiempo y tenemos que para la presentación de esta demanda por la debida interrupción de la o mejor por la reclamación administrativa presentada, teníamos hasta el año 2023 para presentar la acción judicial sin que se notará o sin que se produjera alguna prescripción de los derechos prestacionales contrariamente a lo expuesto por el despacho que aduce que solamente fue una reclamación de documentos, solicitó al Tribunal Superior de Bogotá. La sala laboral se tenga en cuenta el mismo cuerpo o el mismo escrito que presentó la demandante, teniendo en cuenta su nivel de escolaridad, teniendo en cuenta la reclamación que hizo hacia su empleadora, donde le relata textualmente, en los hechos que estuvo vinculada con ella a través de un contrato de trabajo que venía desde el año 3 de julio desde el 3 de julio del año 2013, que debido al incumplimiento de sus obligaciones, las obligaciones patronales de la demanda se había presentado la renuncia y que le adeudaba en el pago de prestaciones sociales y acreencias laborales a continuación que le solicitó, pues que en efecto, le entregará la documentación soporte de la relación de trabajo entonces, contrariamente al texto a la literalidad, si se evidencia que la demandante en su condición de trabajadora y como parte débil de la relación de trabajo, sí le estaba efectuando el simple reclamo a la empleadora para el reconocimiento de sus derechos prestacionales, y ello, en efecto, interrumpía los términos de prescripción que trata en el artículo 488 del Código sustantivo de trabajo y 151 del Código de procedimiento de trabajo. En efecto, el artículo 6 del CPTSS no implica que el escrito contemple todas y cada una de las pretensiones porque hace referencia al simple reclamo, es decir, poner en evidencia cuáles la inconformidad ante el empleador con relación a los derechos prestacionales que se reclaman y que posteriormente se acude a la vía judicial. Entonces, en efecto, este documento se interrumpió el término de prescripción que vale recordar, se extendió más allá del 20 del 18 de junio del año 2021, teniendo en cuenta la suspensión de los términos de caducidad y prescripción que se dispusieron para las reclamaciones judiciales y para las actuaciones de la administración de Justicia por el estado de emergencia que se declaró en Colombia en el año 2020. Entonces, qué se le solicita respetuosamente a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá que revoque parcialmente la providencia en el sentido que se declare la relación de trabajo íntegra, porque hay hechos indiciarios que permiten deducir al juzgado que la relación de trabajo acá reclamadas y de bienes del año 2013 y sí terminó en el año 2018 por causa imputable a la empleadora, que, adicionalmente a esto, no existe prescripción para el reclamo y el reconocimiento de las prestaciones sociales y acreencias laborales derivadas del contrato de trabajo que sí se impute la mala fe a la empleadora en su actuar porque no es solamente con la actuación que llevó a cabo durante la vigencia del contrato de trabajo, sino que se evidencia también ejemplo en el 1:23, en el 1:46 en adelante de la audiencia de práctica de pruebas donde se evidencian hechos o manifestaciones a través de las cuales se le indujeron o se le sugirieron formas de responder a las preguntas del interrogatorio de parte y esto quedó registrado en el audio desde el 23:46 hasta el minuto 23:52, hechos que, en efecto demuestran que hubo una falta de lealtad procesal acá por parte de la abogada de la contraparte y una falta a los deberes por parte de la demandada, no solamente con la administración de Justicia, sino con la misma demandante y que ratifican el incumplimiento y la mala fe que precedió durante toda la relación de trabajo en que estuvo involucrada la demandante entonces, con base en lo expuesto, le solicito respetuosamente a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá revoque parcialmente la sentencia en el sentido que se declare la integridad del

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En consonancia con el recurso de apelación el Tribunal debe definir (artículo 66-A del CPTSS): (i) los extremos en que se desarrolló el vínculo laboral y en dado caso si se puede impartir condena al pago de cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios y compensación en dinero de las vacaciones, indemnización por despido injusto y por esto procede la respectiva indemnización; y (ii) si se acreditó la mala fe de la empleadora por la demora en el pago de las acreencias de la demandante, lo que daría lugar a la indemnización moratoria por no pago al terminar el vínculo.

(i) EXTREMOS LABORALES. Para resolver si la demandada ocupaba el lugar del empleador en la relación de trabajo, en los extremos temporales establecidos en la demanda, son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST, que definen al contrato de trabajo como *“aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”*, y disponen como elementos esenciales de este contrato a la actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, a la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y al salario, contraprestación directa del servicio.

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

contrato de trabajo, se ordene el reconocimiento y pago de las protestas de todas y cada una de las prestaciones sociales y acreencias laborales, se condene a la demandada a la indemnización por despido sin justa causa por que motivó la terminación del contrato de trabajo y adicionalmente se ordene el reconocimiento y pago de las sanciones de mora, porque es evidente la mala fe en que incurrió durante la relación de trabajo y la falta de lealtad procesal que hubo durante la práctica de las pruebas, especialmente en el interrogatorio de parte con base en lo expuesto, dejó sentado los el recurso de apelación. Muchas gracias.”.

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal*, por cuya virtud toda relación en la que se involucre la prestación de un servicio personal en favor de otro está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*. Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos presumidos por el legislador.

Por ello probada la prestación de servicios personales en favor de una persona, opera la presunción de subordinación con ella.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia pues las pruebas aportadas demuestran que la demandante prestó sus servicios personales en favor de la persona natural demandada en este proceso, como *empleada del servicio doméstico*, entre el 1 de enero al 15 de junio de 2018, conforme a lo cual se presume el elemento subordinación en ese lapso, el cual no fue desvirtuado por la demandada.

Lo anterior se acredita con el interrogatorio de parte absuelto por la demandada en cual reconoció que para el año 2018 la demandante prestó sus servicios en su domicilio, precisando que se vinculó a partir del 15 de junio de 2018 con HIDRÁULICA ENERGÍA Y AMBIENTE y que en COMPAÑÍA NACIONAL DE CABLES le hicieron el pago de la totalidad de los aportes y acreencias. Aclaró que la sociedad COMPAÑÍA NACIONAL DE CABLES en la cual labora es de propiedad de sus padres, y la sociedad HIDRÁULICA ENERGÍA Y AMBIENTE es de propiedad de su esposo.

Lo anterior resulta concordante con los testimonios recibidos. La testigo SANDRA MARÍA SUÁREZ SAAVEDRA, dijo que conoció a la actora, y que vio que laboró de marzo a junio de 2018 en la torre -donde vive la demandada- y que se encontraban, porque trabajaban en el mismo edificio.

De esta manera, resultan coincidentes las declaraciones -interrogatorios y testimonios- en señalar que la demandante para el año 2018 prestó servicios de manera personal a favor de la demandada.

En lo que tiene que ver con el lapso de 2013 a 2017, la demandante no cumplió con la carga de la prueba que le impone el artículo 167 del C.G.P., pues no se aportaron pruebas de las cuales se pueda establecer la prestación del servicio. Del testimonio de FABIAN LÓPEZ LOAIZA, quien dijo que visitó en tres ocasiones el domicilio de la demandada en los años 2015, 2017 y 2018 y allí se encontraba LUZ EDELMA haciendo labores del hogar, no es posible llegar a esa conclusión, pues afirmó haberla visto en una sola ocasión el año 2015 y otra en el año 2017.

(ii) PRESCRIPCIÓN. Definidos los extremos temporales de la relación laboral referida, la prescripción comenzó a correr desde el día siguiente a la fecha de terminación del contrato, esto es, desde el 16 de junio de 2018. Habida cuenta de ello, se tiene que la demandante elevó la presente acción el 17 de junio de 2021 (archivo 02), sin que se pueda tener en cuenta para interrumpir la prescripción la solicitud de fecha 20 de octubre de 2020 (ver páginas 6 a 9 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital), como quiera que allí no se reclamó ninguna de las pretensiones enervadas en esta demanda.

Es de anotar que, en virtud de la Emergencia Económica, Social y Ecológica ocasionada por el COVID-19 el Gobierno Nacional emitió el Decreto 564 de 2020², donde se estableció la suspensión de los términos de *prescripción y de*

² Artículo 1. Suspensión términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 marzo 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales. El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir prescripción o inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente. Parágrafo. La suspensión de términos de prescripción y caducidad no es aplicable en materia penal.

caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial. La suspensión de los términos judiciales fue dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura mediante acuerdos PCSJA20-11517, PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549, PCSJA20-11556 y PCSJA20-11567, entre el 16 de marzo y el 30 de junio de 2020, reanudándolos, a partir del 1 de julio de ese año.

Bajo tal entendido y conforme a la norma previamente citada, descontando la suspensión de términos, se encuentran prescritas las acreencias causadas con antelación al 3 de marzo de 2018.

Conforme a ello, la Sala efectuó los cálculos correspondientes teniendo en cuenta para el efecto el salario promedio mensual devengado por la demandante, el cual se obtiene de multiplicar los días efectivamente laborados en el mes (8,58 -2 a la semana-) por el salario de cada día (\$50.000), lo que arroja una suma mensual de \$429.000,00. Este salario promedio mensual es el que se toma como BASE para el cálculo de todas las prestaciones, acreencias e indemnizaciones.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Año	Salario Mensual	Total días laborados	Cesantías	Prima de servicios	Intereses a las cesantías	Vacaciones
2018	\$429.000,00	164	\$195.433,33	\$195.433,33	\$1.068,37	\$97.716,67
TOTAL						\$ 489.651,70

En este sentido se adicionará la sentencia de primera instancia, con el fin de imponer a cargo de la demandada el pago de la suma de **\$489.651,70** por concepto de prestaciones sociales y vacaciones adeudadas a la finalización del contrato de trabajo.

(iii) DESPIDO. El artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo define, en forma taxativa, los hechos o conductas de alguna de las partes en el contrato de trabajo que permiten a la otra la terminación unilateral de la relación con justa causa, y por ello, sin el pago de indemnización. Dispone además la norma, que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, los *hechos* o *conductas* concretos que son motivo de su decisión, y que no puede alegar con posterioridad causas distintas. Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa de la parte a la que se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan puesto en conocimiento de la contraparte al momento de despido o de renuncia se podrán ejercer tales derechos en el proceso judicial.

Cuando es el trabajador quien termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas, ocurre lo que la doctrina denomina *despido indirecto* y procede el pago de la indemnización correspondiente, para lo cual, a la luz de lo previsto en el artículo 167 del CGP, deberá probar en el proceso que las conductas aducidas ocurrieron, que constituyen una justa causa para el efecto (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL18344 del 24 de agosto de 2016), y que fueron invocadas en la oportunidad debida para dar por terminado el contrato de trabajo (Corte Suprema de Justicia - Sala Laboral, Sentencia SL417 del 27 de enero de 2021 Rad. 71672).

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará igualmente la decisión de primera instancia en esta materia, pues no se acreditó en el expediente la ocurrencia de la conducta aducida por la demandante, pues no se arrimó una carta de despido o de renuncia motivada, ni que hubiera existido un vicio en el consentimiento o una supuesta presión para renunciar, por el contrario coincidieron las partes en afirmar que a partir del 15 de junio de 2018 LUZ EDELMA MOSQUERA GARCÍA se vinculó laboralmente con HIDRÁULICA ENERGÍA Y AMBIENTE.

(iv) SANCIÓN MORATORIA. Declarada la relación de trabajo surgen en favor del trabajador los derechos que la ley define, entre ellos –por ser materia del

recurso- el derecho al pago del salario y de las prestaciones sociales que se causaron en favor de la trabajadora, y en caso de que tales derechos no sean pagados a la fecha de terminación del contrato, el empleador reconocerá al trabajador, a título de indemnización o sanción moratoria (artículo 65 del CST), un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de lo adeudado.

Si bien esta sanción no opera de forma automática e inexorable, pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, dicha situación solo se puede derivar del entendimiento plausible, es decir, con razones válidas del empleador de no estar obligado al pago, o de situaciones sobrevinientes que le hicieran imposible cumplir con sus obligaciones, como el caso fortuito, o la inclusión en procesos de liquidación empresarial forzada.

Con este referente normativo y una vez revisado el expediente el Tribunal se impondrá condena por sanción moratoria, pues ninguna de estas circunstancias se demostró (entendimiento plausible o imposibilidad de pago) para justificar la omisión de pagar la totalidad de las acreencias laborales causadas por la demandante en vigencia de la relación laboral. El desconocimiento de las normas laborales, no eximen de su cumplimiento, ni justifican la omisión.

En consecuencia, se revocará este punto de la sentencia apelada y dado que la demandante devengaba un salario promedio mensual de \$429.000,00 (por ser trabajadora por días) se condenará a la demandada, con base en el inciso primero del artículo 65 del CST, a pagar a partir del 16 de junio de 2018 un salario promedio diario (\$14.300,00) por el tiempo que transcurra hasta cuando pague los salarios y prestaciones sociales aquí definidos en favor de la demandante.

No se impondrá condena por sanción por no consignación de cesantías, como quiera que el incumplimiento de la obligación de consignar las cesantías a un Fondo se hizo exigible y se podía reclamar desde el 15 de febrero de 2019, fecha esta posterior a la finalización del contrato.

SIN COSTAS en la apelación.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral tercero de la sentencia apelada.
2. **ADICIONAR** la sentencia apelada en el sentido de **CONDENAR** a INGRID LESMES GUTIÉRREZ al pago de: a) cesantías por \$195.433,33; b) intereses sobre las cesantías por \$ 1.068,37; c) primas de servicios por \$195.433,33; d) compensación en dinero de las vacaciones por \$ 97.716,67, e) indemnización moratoria a razón de \$14.300,00 por cada día que transcurra desde el 16 de junio de 2018 y hasta cuando realice el pago efectivo de los salarios y prestaciones sociales causados.
3. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.
4. **SIN COSTAS** en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES NUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ MANUEL INFANTE
MONTERO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE
PENSIONES – COLPENSIONES, ARENAS NEMOCÓN S.A. E INDUSTRIAS
MINERAS NAVARRETE GARRIDO LTDA.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante y dos de los demandados, contra la sentencia dictada el 10 de febrero de 2023 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se definió que el actor tiene derecho a pensión de vejez por actividades de alto riesgo a partir del 12 de septiembre de 2017 en cuantía de \$952.693,6, y se condenó a COPENSIONES a la reliquidación de la prestación de vejez que viene recibiendo y a ARENAS NEMOCÓN S.A. a pagar, mediante cálculo actuarial, el excedente de los aportes pensionales por cotización de alto riesgo.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JOSÉ MANUEL INFANTE MORENO presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, ARENAS NEMOCÓN S.A. e INDUSTRIAS MINERAS NAVARRETE GARRIDO LTDA., para que previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que durante la vinculación con el empleador ARENAS NEMOCÓN S.A. estuvo expuesto a actividades de alto riesgo y es beneficiario del régimen de transición previsto en el Decreto 2090 de 2003, en

consecuencia, pide que se condene a COLPENSIONES a reconocer pensión de alto riesgo a partir de los 50 años de edad, con las mesadas adicionales y los intereses moratorios.

Como fundamento de lo pretendido, afirma que nació el 17 de abril de 1960, ha cotizado 12.824 días, y ha estado expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas en el ejercicio de sus labores como operario de cargador, de maquinaria retroexcavadora y cargador, operario de lavado y secado de arena, al servicio de Arenas Nemocón. Aduce que conforme a la certificación expedida por el empleador ARENAS NEMOCÓN S.A., es trabajador de esa entidad desde el 22 de agosto de 1983.

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la demanda la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES mediante apoderada. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones dirigidas en su contra, con fundamento en que el demandante no estuvo expuesto a sustancias cancerígenas durante en la ejecución de la relación laboral con ARENAS NEMOCÓN S.A., por lo que no hay lugar a la reliquidación solicitada. Propuso como excepciones de mérito: *prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y no procedencia la pago de costas en instituciones administradora de seguridad social del orden público* (ver contestación páginas 216 a 233 en archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital).

Ante la imposibilidad de notificar a las demandadas ARENAS NEMOCÓN S.A. e INDUSTRIAS MINERAS NAVARRETE GARRIDO S.A., “MINAGAR”, les fue designado curador ad litem para que las representara, quien manifestó limitarse a lo que resulte probado en el proceso, y propuso las excepciones de *inexistencia del demandante o del demandado, 11. Haberse notificado el auto admisorio de la demanda a persona distinta de la que fue demandada.*

Terminó la primera instancia con sentencia de 10 de febrero de 2023, mediante la cual, la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de una relación laboral entre el demandante y ARENAS NEMOCÓN S.A. entre el 22 de agosto de 1983 y el 22 de junio de 2022, lapso en el cual el trabajador estuvo expuesto a sustancias cancerígenas. Ordenó el pago del cálculo actuarial teniendo en cuenta la norma vigente para el momento en que se debió hacer la cotización, y CONDENÓ a COLPENSIONES a reconocer y pagar pensión de vejez por actividades de alto riesgo a partir del 12 de septiembre de 2017 en cuantía inicial de \$952.693. Para tomar la decisión, encontró acreditadas labores en actividades de alto riesgo entre el 22 de agosto de 1983 y el 22 de junio de 2022, con la certificación expedida por ARENAS NEMOCÓN S.A. en la cual se indican los cargos y las labores que ejecutó el demandante, las declaraciones testimoniales, y el estudio técnico efectuado a cargos que guardan identidad en las labores que desempeñó el demandante. No encontró pagado por el empleador el aporte adicional, por lo que ordenó el pago del cálculo actuarial que previamente realice COLPENSIONES. Concluyó que se cumplen los requisitos para acceder a la pensión especial de vejez por alto riesgo bajo los parámetros del Decreto 1281 de 1994, en el régimen de transición contenido en el Decreto 2090 de 2003, para lo cual señaló que no son exigibles los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Consideró que se debe tener como fecha de retiro el 12 de septiembre de 2017, cuando se solicitó la pensión por actividades de alto riesgo que fue negada por la administradora. Efectuó los cálculos correspondientes a la mesada pensional y ordenó la reliquidación de la prestación por vejez reconocida. ABSOLVIÓ de los intereses moratorios con fundamento en que COLPENSIONES no tenía los aportes por alto riesgo que debía realizar el empleador, y DECLARÓ no probada la excepción de prescripción.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la existencia de una relación laboral entre ARENAS NEMOCÓN S.A y JOSÉ MANUEL INFANTE MONTERO entre el 22 de agosto de 1983 y el 22 de junio de 2022. SEGUNDO: DECLARAR que el señor JOSÉ MANUEL INFANTE MONTERO estuvo expuesto a sustancias altamente*

cancerígenas entre el 22 de agosto de 1983 y el 22 de junio de 2022.

TERCERO: ORDENAR a ARENAS NEMOCÓN S.A pagar a COLPENSIONES, el cálculo actuarial que para el efecto debe liquidar la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones para el periodo comprendido entre el 22 de agosto de 1983 al 22 de junio de 2022, teniendo en cuenta la norma actual para el momento en que se debía hacer la debida cotización por actividad de alto riesgo. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir los aportes pensionales por excedente a cotización por alto riesgo e imputarlos a la historia laboral del demandante. QUINTO: DECLARAR que el señor JOSÉ MANUEL INFANTE MONTERO tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de vejez por actividades de alto riesgo a partir del 12 de septiembre del 2017, en cuantía inicial de \$952.693,6. SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES a reliquidar la pensión de vejez del demandante a partir del 12 de septiembre del 2017, en cuantía inicial de \$952.693,6. SÉPTIMO: CONDENAR a la Colpensiones a pagar el retroactivo pensional que resulte entre el 17 de abril de 2017 y el 17 de abril del 2022, así como las diferencias que surjan a partir de dicho periodo con los reajustes legales correspondientes respecto de la primera mesada pensional. OCTAVO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. NOVENO: COSTAS a cargo del Arenas Nemocón S.A. Liquidense con la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho. DÉCIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente decisión, en caso de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.”, providencia que fue aclarada en su numeral SÉPTIMO para precisar que el retroactivo pensional es el que resulta de las mesadas causadas entre el 12 septiembre 2017 y el 17 de abril de 2022 y a partir del 17 de abril de 2022 serán las diferencias de llegar a existir, atendiendo al monto de la primera mesada pensional que se calculó a partir del 2017 (Audiencia virtual del 13 de febrero de 2023 Min. 51:54).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso del DEMANDANTE, pide que se condene también al pago de intereses moratorios. Afirma que con ellos se compensaría al trabajador *todo*

el tiempo y toda esta inactividad que ha tenido que soportar y el haber tenido que demostrar que estuvo sometido a un alto riesgo para su salud. Solicita de manera subsidiaria que se reconozca la indexación (Audiencia virtual del 13 de febrero de 2023 Min. 51:54)¹.

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la condena, pues el demandante no tiene las semanas de cotización de alto riesgo ni probó que las labores se hubieran realizado en dicha condición (Audiencia virtual del 13 de febrero de 2023 Min. 55:54)².

¹ *“En esta segunda oportunidad, en lo que refiere al recurso de apelación de forma respetuosa, la el suscrito se aparta de dos puntos, a saber, la primera en lo que tiene que ver con los intereses moratorios, en donde no se comparte nuevamente de forma respetuosa la posición que argumentó el despacho, como quiera que no es posible establecer que la conducta asumida por la entidad administradora para el reconocimiento pensional, si es injustificada pero para efectos de determinar la causación de intereses moratorios o este reconocimiento, si es justificada luego, entonces podríamos casi que aplicar a nuestro principio que lo principal, lo accesorio, sigue la suerte de lo principal y es que si se encontró a demostrado que de forma efectiva la el actuar de la administración fue injustificado, e inmotivado a pesar de tener todo el conocimiento y las pruebas suficientes para determinar que efectivamente, el trabajador estaba expuesto a situaciones de alto riesgo para su salud y que por ende su pensión de alto riesgo no fue reconocida de forma oportuna, pues también esto sería motivo de forma accesorio para establecer que esta misma injustificada actuación de vendrían el pago de estos intereses moratorios y es que esta viene siendo la forma realmente de compensar no solamente el pago del retroactivo, sino realmente poder compensar al trabajador todo este tiempo y toda esta inactividad que ha tenido que soportar por el simplemente, pues el batallar y la exposición y la demostración de que efectivamente estuvo sometido a un alto riesgo para su salud, esta sería realmente la forma de poder resarcir ese perjuicio, no solamente reconociéndole el derecho, sino que ante su tardanza este devendría realmente como la forma de reparación de este perjuicio, que no le ha sido reconocido hoy por hoy y que si bien en esta primera instancia ya se encuentra reconocido pues no es menos cierto que todavía nos falta soportar un transcurrir de tiempo considerable. Mientras se resuelve la segunda instancia pero si ellos, en segunda instancia, no tuviese lugar, también se solicita de forma subsidiaria establecer la procedencia de la indexación de estas sumas, pues no tendría te razón de ser reconocer o esperar simplemente el paso del tiempo para reconocer unos valores que ya de por sí están perdiendo poder adquisitivo en esta forma. Entonces se deja sentado el recurso de apelación en lo que tiene que ver de manera principal en el reconocimiento y pago de intereses moratorios desde la misma data 12 de septiembre de 2017 y hasta cuando se efectuó su pago o en su defecto, de manera subsidiaria al reconocimiento de la indexación de estas sumas dinerarias sin otro en particular, señora juez, muchísimas gracias.”*

² *“Muchas gracias, señora juez, por directrices expresa de la entidad que representa, me permito presentar recurso de apelación en contra del fallo proferido por este despacho, solicitando a los honorables magistrados, de manera respetuosa, revocan la sentencia que se acaba de proferir en su lugar absuelva a mi representada el condenas impetradas en su contra, manifestando que reiterando que existe una inexistencia del Derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir por cuánto se insiste que al accionante no le existe ningún fundamento fáctico y jurídico para el reclamo de sus pretensiones por los puestos no se dan las condiciones legalmente exigidas y se ve la improcedencia en el reconocimiento de la pretensión del demandante. La entidad que represento siempre ha actuado dentro de los parámetros legales y constitucionales, amparado bajo el principio de la buena fe. Tanto esta entidad como las entidades o personas que acuden a ella en calidad de usuarios afiliados y en desarrollo de lo expresado nuestra Carta Magna en el artículo 83 indica que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena*

En el recurso de la sociedad demandada ARENAS NEMOCÓN S.A., afirma que el demandante no cumple los requisitos del decreto 1281 de 1994 para acceder a la pensión especial de alto riesgo, ni acreditó que se encontrara expuesto a sustancias cancerígenas en el desarrollo de sus funciones. Aunado a ello, se retiró el 22 de junio 2022 cuando se le reconoció pensión de vejez sin que su condición de salud demuestre exposición a agentes cancerígenos, razón por la cual considera que no se debe ordenar el pago de aportes para pensión especial de alto riesgo (Audiencia virtual del 13 de febrero de 2023 Min. 1:00:09)³.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión, por estar contenidos en la sentencia y no haber sido objeto de apelación, los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que JOSE MANUEL INFANTE MONTERO nació el 17 de abril de 1960 (ver página 14 archivo 01 trámite de primera instancia del expediente digital) y trabajó para ARENAS NEMOCÓN S.A. desde el 22 de agosto de 1983 hasta el 22 de junio 2022, en el cargo de *operador – oficios varios*; (ii) que en el transcurso del proceso le fue reconocida pensión de vejez mediante resolución SUB 112600 de 27 de abril de 2022 a partir del 17 de abril de 2022, en cuantía equivalente al SMMLV (ver archivos 01 y 22 del trámite de primera instancia del expediente digital).

fe, lo cual se presumirán todas las gestiones que ellos adelanten ante esto de igual manera, conforme a la historia laboral, el demandante no cuenta con las semanas de cotización de alto riesgo, pues bajo el empleador, Arenas Nemocón Limitada, si bien dicha empresa se dedica a la minería, no se probó de manera sumaria la actividad de alto riesgo a la cual estuvo expuesto el demandado. De esta manera, de sustentado mi recurso de apelación, muchas gracias, señora juez.”

³ *“Muchas gracias. Señora juez. Interpongo recurso de apelación solicitando revocar el fallo y absolver a mi representado, tomando en cuenta que hay una indebida aprobación de la prueba, ya que el demandante no cumple con los requisitos del decreto 281 de 1994 para acceder a la pensión especial de alto riesgo, no se encuentra probado que el demandante se encontrara expuesto a sustancias cancerígenas en el desarrollo de sus funciones y el demandante se retiró desde el 22 de junio 2022 al ser reconocida su pensión de vejez sin que su condición de salud demuestre exposición a agentes cancerígenos. Tomando en cuenta esta situación, no se acepta que Arenas Nemocón S.A., deba pagar aportes de pensión especial de alto riesgo, tomando en cuenta el valor de la pensión y cotizaciones que son equivalentes al salario mínimo legal mensual vigente en razón por la cual y obrando como representante de Arenas Nemocón S.A., presentó recurso de apelación.”*

Se debe precisar además, que la demanda se interpuso en contra de ARENAS NEMOCÓN LTDA. con NIT 860.058.483-4, sociedad comercial que por escritura pública No. 1191 de la Notaria 73 de Bogotá D.C., del 22 de marzo de 2018 se transformó de “*sociedad limitada a anónima bajo el nombre de ARENAS NEMOCÓN S.A.*”, lo que se deduce del certificado de existencia y representación legal de esta sociedad que fue allegado con la demanda y se visualiza en las páginas 33 a 39 del archivo 01 del trámite de primera instancia del expediente digital.

En consonancia con los recursos de apelación (artículo 66A del CPTSS), el Tribunal debe definir: (i) si el actor desarrolló actividades que implicaran una cotización especial para pensión de vejez de alto riesgo; y en dado caso, (ii) si se causó o no la pensión especial de vejez; (iii) si resulta procedente la condena impuesta a COLPENSIONES a pagar dicha prestación, y (iii) si procede o no el pago de intereses moratorios.

(i) ACTIVIDADES DE ALTO RIESGO. El artículo 2 del Decreto 2090 de 2003 define como actividades de alto riesgo (entre otras) las que se cumplen “*con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas*”, y dispone para quienes las ejecutan, la disminución de 1 año en la edad mínima para acceder a la prestación por cada 60 semanas de cotización acreditadas con posterioridad al número mínimo requerido en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser inferior a 50 años.

Para estas personas el ordenamiento jurídico anticipa el momento del retiro con pensión, limitando con ello el tiempo de exposición a sustancias que están presentes en el sitio de trabajo y son comprobadamente perjudiciales para su salud.

Para sufragar los costos que implica el anticipo de estas pensiones, el artículo 5° del Decreto 1281 de 1994 dispuso, a cargo del empleador, el pago de un porcentaje adicional del 6% en las cotizaciones al Sistema de Pensiones,

monto que a partir del 28 de julio de 2003 pasó a ser del 10% (Decreto 2090 de ese año).

Bajo esta regulación, al proceso judicial que pretende el pago de cotizaciones adicionales de una pensión especial, o el anticipo de la prestación, se debe aportar prueba suficiente de exposición a un riesgo en la salud del trabajador, y si dicho riesgo ocurre por exposición a sustancias peligrosas –como se afirma en la demanda que dio inicio a este proceso- se debe probar (i) que la sustancia es peligrosa y (ii) que estaba presente en el sitio específico en el que se cumplieron las funciones del trabajador. El decreto 2090 de 2003 estableció los criterios a seguir para determinar las circunstancias referidas. Sobre su contenido, la sentencia C-853 de 2013 (M.P. Dr. MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO advirtió claramente que *“[l]a inserción de una actividad en la clasificación de alto riesgo en los términos del Decreto 2090 de 2003, debe obedecer a un criterio técnico y objetivo que verifique que la labor desempeñada conduce a una degradación en la calidad de vida y la salud del trabajador, parámetro que puede variar dependiendo de las circunstancias sociales, los avances de la tecnología y el mismo desarrollo en la prestación del servicio”*.

Con estas premisas normativas y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto declaró la exposición del demandante del demandante a sustancias altamente peligrosas para su salud en el lapso comprendido entre el 22 de agosto de 1983 y el 22 de junio de 2022, durante el cual prestó sus servicios a ARENAS NEMOCÓN S.A.

Se llega a la anterior conclusión de las siguientes pruebas analizadas en conjunto:

1. La certificación expedida por la demandada el 24 de agosto de 2017 (ver archivo GAF-CER-HO-2017-9581564, carpeta expediente administrativo), en la cual se plasmó que el actor realizó las siguientes actividades: (i) desde el 22 de agosto de 1983 hasta mayo del 2013, como operario de cargador en la Mina Las Cruces, ubicada en la Vereda

la Puerta del Municipio de Nemocón; (ii) de mayo del 2013 al 09 de marzo de 2017 en la planta MINAGAR LTDA, realizando funciones de operario de maquinaria retroexcavadora y cargador; y (iii) a partir del 10 de marzo de 2017 y hasta la fecha en que se expidió la certificación, en la planta de MINAGAR LTDA como operador en el lavado de arenas y en el secado de la misma.

2. El estudio efectuado por parte de COLMENA SEGUROS a las sociedades demandadas ARENAS NEMOCÓN S.A. e INDUSTRIAS MINERAS NAVARRETE GARRIDO S.A. (archivo 15 del trámite de primera instancia del expediente digital), en los que consta la exposición a sustancias de riesgo para la salud de los señores JOSÉ RUPERTO BALLESTEROS, ALFONSO PECHA QUIMBAY y JORGE ENRIQUE AVELLA, trabajadores que cumplieron las funciones certificadas por el empleador (operario de cargador, operario de maquinaria retroexcavadora y cargador, operador en el lavado de arenas y en el secado de la misma), por la misma época que el demandante, y en el mismo lugar en que éste las desempeñaba (MINAGAR LTDA y MINA LAS CRUCES)⁴

En ese informe se concluyó que la exposición a material particulado, polvo respirable, presenta concentración superior al valor límite permisible y determina un riesgo alto para la salud en el área de operario molino y secadores, también se determinó exposición potencial a sílice

⁴ (i) informe APT de agosto 2019 - Industrias Mineras Navarrete Garrido Ltda. Minagar LTDA., identificada con Nit. 800079827 –que corresponde al análisis de puesto de trabajo por exposición a agentes químicos– análisis de sílice cristalina realizado al trabajador José Ruperto Ballesteros -Operario de producción en Secadoras-, (ii) informe técnico de mediciones de material particulado realizado el 18 abril de 2017, realizado a la empresa Arenas Nemocón LTDA. Nit 860058483 –que corresponde a la evaluación ocupacional de materia particulado, polvo respirable al trabajador Alfonso Pecha Quimbay -Operario secadores- (iii) informe APT de fecha mayo de 2016 realizado a la empresa Arenas Nemocon LTDA, identificada con Nit 860058483 que corresponde al análisis de puesto de trabajo de material particulado en fracción respirable sílice cristalina: cuarzo y cristobalita realizado al trabajador José Ruperto Ballesteros Castillo -Perforador-; y (iv) informe técnico de mediciones de material particulado de fecha noviembre de 2017 a la empresa Industrias Mineras Navarrete Garrido LTDA. Minagar LTDA., identificada con Nit 800079827 –que corresponde a las mediciones higiénicas de material particulado a los puestos de trabajo de los trabajadores Jorge Enrique Avella -Operario molino- y José Ruperto Ballesteros Castillo -Operario secadores-.

cristalina, durante el desarrollo de actividades rutinarias en el cargo de perforador⁵.

3. Los testimonios de JOSÉ RUPERTO BALLESTEROS CASTILLO y ALFONSO PECHA QUIMBAY (audiencia del 17 de febrero de 2022 archivo 11 trámite de primera instancia del expediente digital), quienes afirmaron haber sido compañeros de trabajo del actor y que realizaron las mismas funciones de secado, molino molido, lavado y trabajo en mina, dijeron que el demandante manejaba una maquina en la mina - cargador y retroexcavadora-, e informaron que las actividades se realizaban de manera rotativa, hecho que además fueron aceptado por el representante legal de ARENAS NEMOCÓN S.A. al absolver el interrogatorio de parte (audiencia del 17 de febrero de 2022 archivo 11 trámite de primera instancia del expediente digital) quien además de aceptar el vínculo laboral, dijo que la mina es de arena sílice húmeda en piedra y material particulado en mínimo, que el demandante trabajó en la mina un tiempo manejando cargador y la red, y que para el momento de la declaración estaba en la planta.

De esta manera se probó que las funciones del demandante se desarrollaron en áreas de trabajo con exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas que implicaban un riesgo para la salud en beneficio de ARENAS NEMOCÓN S.A., sin que se advierta de la historia laboral expedida por COLPENSIONES (archivo 14 trámite de primera instancia del expediente digital) que el empleador hubiese realizado el aporte adicional que por estas actividades le corresponde.

⁵ En estos estudios se concluyó riesgo crítico para cuarzo, riesgo bajo para MPFR y riesgo bajo para Cristobalita, en el cargo de perforador en la mina a cielo abierto Las Cruces, ubicada en jurisdicción del municipio de Nemocón – C/marca. La actividad fue realizada el día 19 de abril de 2016 bajo condiciones normales operativas y ofreció una cobertura de 1 muestra personal en el cargo de perforador. De igual manera, que “El estudio de material particulado polvo respirable presenta concentraciones en el cargo de Jorge Ballesteros que ocupa el cargo de Operario secadores por debajo del valor límite permisible y se determina un riesgo bajo”, “Para el caso del señor Jorge Enrique Avella que ocupa el cargo de Operario molino se presenta concentración superior al valor límite permisible para lo cual e (sic) determina un riesgo alto”.

La omisión del empleador en el cumplimiento de la obligación de hacer la cotización adicional que tenía a cargo impone la condena impuesta en primera instancia al pago, mediante cálculo actuarial, del excedente de los aportes a pensión del demandante por el periodo comprendido entre el 22 de agosto de 1983 al 22 de junio de 2022, como lo ordenó el juez en la sentencia apelada.

(ii) PENSIÓN ESPECIAL DE ALTO RIESGO: Definida la prestación de servicios en actividades de alto riesgo, pasa el Tribunal a definir el derecho reclamado en el proceso al reconocimiento de una pensión especial por actividades de alto riesgo.

Para establecer la norma que regula dicha prestación se debe advertir que, por elementales reglas de hermenéutica, las normas que aplican a un caso concreto son las que rigen al momento en que se causa el derecho. En materia pensional, las vigentes cuando se cumple la edad y se completa el tiempo de servicios o de cotizaciones al Sistema. No obstante, cuando esas condiciones o requisitos se modifican por la entrada en vigencia de una nueva reglamentación, ésta puede crear un régimen de transición normativa, cuya finalidad es mantener la aplicación de todas o algunas de las reglas que fueron derogadas, o lo que es lo mismo, para darle relevancia o sanción jurídica a las expectativas pensionales que tenían algunos trabajadores.

Esto fue lo que ocurrió al entrar en vigencia el Decreto 1281 de 1994 que regula las pensiones especiales de vejez por actividades de alto riesgo, cuyo artículo 8º dispuso un régimen de transición normativa que conservó las reglas contenidas en el Acuerdo 049 de 1990⁶ sobre edad, tiempo de servicios, y

⁶ **“ARTICULO 8o. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PARA ACCEDER A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ.** La edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres, o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados.

El ingreso base para liquidar la pensión especial de vejez referida en el inciso anterior a quienes les faltase menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si este fuese superior, actualizado anualmente con base en la variación del Índice de Precios al consumidor, según certificación que expida al DANE.

monto o porcentaje de la pensión, para los hombres que en la fecha de su entrada en vigencia (22 de junio de 1994) tuviesen 40 años de edad o 15 años de servicios cotizados; régimen que fue conservado en el artículo 6º del Decreto 2090 de 2003 para quienes tuvieran 500 semanas de cotización especial en la fecha de su entrada en vigencia, entendidas éstas como las cotizadas en el ejercicio de cualquier actividad “*calificada jurídicamente como de alto riesgo*”⁷ y “*una vez cumplido el número mínimo de semanas exigido por la Ley 797 de 2003 para acceder a la pensión*”. En el párrafo de dicho artículo se estableció que para *ejercer los derechos* establecidos en dicho decreto, quienes se encuentren cubiertos por el régimen de transición debían acreditar los requisitos previstos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es decir, deben acreditar que son beneficiarios del régimen de transición general consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993⁸.

Así las cosas, para obtener una decisión favorable a sus aspiraciones, el demandante debía demostrar en el expediente que era beneficiario del régimen de transición del Decreto 2090 de 2003 por tener 500 semanas de cotización especial para la fecha de su entrada en vigencia, entendidas éstas como las cotizadas en el ejercicio de cualquier actividad “*calificada jurídicamente como de alto riesgo*”, y que era beneficiario del régimen de transición general consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuese igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia del presente decreto, el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio delo devengado en los dos (2) últimos años.

Este régimen de transición no será aplicable cuando el afiliado se acoja voluntariamente al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido le régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida, entendido como tal el administrado por el ISS, o cualesquiera otra Caja o Fondo Previsional público o privado”.

⁷ Ver Corte Constitucional, Sentencia C-922 del 29 de agosto de 2007: “(...) en el entendido que para el cómputo de las 500 semanas, también se podrán acreditar semanas de cotización efectuadas en cualquier actividad que hubiere sido calificada jurídicamente como de alto riesgo <y no sólo las cotizaciones de carácter “especial” derivadas del Decreto 1281 de 1994>”

⁸ **PARÁGRAFO.** Para poder ejercer los derechos que se establecen en el presente decreto cuando las personas se encuentren cubiertas por el régimen de transición, deberán cumplir en adición a los requisitos especiales aquí señalados, los previstos por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 18 de la Ley 797 de 2003.

En punto de lo anterior, se advierte que el demandante acreditó más de 500 semanas de cotización en el ejercicio de actividades de alto riesgo antes del 28 de julio de 2003, fecha de entrada en vigencia del Decreto 2090 de 2003. Sin embargo no demostró el cumplimiento de los requisitos generales establecidos en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 para el régimen de transición de la Ley 100 de 1993, pues según la evidencia allegada al expediente, para el 1° de abril de 1994 el demandante tenía 34 años de edad y 584.29 semanas de aportes (11 años, 6 meses y 6 días).

En consecuencia, la pensión reclamada por el demandante se regula por el Decreto Ley 2090 de 2003, cuyo artículo 7° dispone la aplicación de *“las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios”*, en todo lo allí no previsto. Además resulta claro que tanto la norma anterior como la aplicable en el presente asunto -Decreto Ley 2090 de 2003- remiten a lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993 a efecto de terminar el *monto* de la pensión, la primera por remisión expresa del artículo 6^o, y la segunda por aplicación del régimen general ante lo no previsto allí según lo dispone su artículo 7^o¹⁰, por lo que, en todo caso, no habría discusión respecto de la norma aplicable a fin de determinar la tasa de reemplazo de la pensión por alto riesgo del demandante.

Ahora, a fin de establecer si procede el reconocimiento pensional a partir del 17 de abril de 2010, fecha en que el demandante arribó a los 50 años de edad, y en consonancia con reiterado criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, debe recordar el Tribunal que el cumplimiento de los requisitos legales de edad y tiempo de servicios no siempre habilitan el pago de la primera mesada pensional pues el

⁹ Decreto 1281 de 1994: *“ARTICULO 6o. MONTO DE LA PENSION ESPECIAL. El monto de la pensión especial en el régimen de prima media con prestación definida será el que se determina en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993. Para el régimen de ahorro individual con solidaridad será el que arroje la cuenta de ahorro pensional del afiliado, en los términos del artículo 64 de la misma ley.”*.

¹⁰ Decreto 2090 de 2003: *“ARTÍCULO 7o. NORMAS APLICABLES. En lo no previsto para las pensiones especiales por el presente decreto, se aplican las normas generales contenidas en la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003 y sus decretos reglamentarios.”*.

ordenamiento jurídico exige, para ese efecto, el retiro del afiliado del Sistema de pensiones. Solo cuando ocurre dicho retiro se podrá entender renunciado el derecho que otorgan las normas legales a los afiliados de incrementar el valor de la pensión con cotizaciones adicionales al número mínimo necesario para acceder al derecho (artículo 35 del Acuerdo 049 de 1990). La voluntad de retiro del Sistema se puede manifestar de forma *expresa* cuando se realizan los trámites administrativos de retiro, o se debe entender *tácitamente* expresada cuando el afiliado que ya cumple con los requisitos legales para acceder a la pensión dejó de efectuar aportes al Sistema, o cuando con los requisitos cumplidos elevó la reclamación de su pensión a la entidad pagadora de pensiones, pues en ambas situaciones se puede entender razonablemente su renuncia al derecho que protege la norma, consistente –se repite-, a obtener aumentos en su pensión por cotizaciones adicionales a las mínimas que exige la Ley.

Con estas premisas el Tribunal confirmará también la decisión dictada en primera instancia en cuanto dispuso el pago de la prestación a partir de la reclamación de la pensión -12 de septiembre de 2017 (páginas 48 a 58 archivo 01)- pues el demandante completó los requisitos generales de acceso a la prestación el 17 de abril de 2010, y se demostró en el expediente la ocurrencia de una desafiliación por el reclamo de su derecho pensional. Según lo dispuesto en el artículo 4º del Decreto 2090 de 2003 y el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, el demandante tendría derecho a la pensión especial de vejez por alto riesgo una vez cumplidos los 55 de edad, a los cuales se restaría 1 año por cada 60 semanas de cotización especial adicionales a las mínimas requeridas -1300 a partir del año 2015-. Según la resolución SUB 112600 de 26 de abril de 2022 (archivo 22) con corte a marzo de 2022 se cotizaron 1981 semanas, de las cuales 1945,71 corresponden a actividades en alto riesgo con el empleador ARENAS NEMOCÓN S.A. conforme lo aquí demostrado, por lo que cuenta 645,71 semanas adicionales a las mínimas requeridas, conforme a las cuales se disminuye la edad pensional en 5 años. Siendo así cumplió requisito el 17 de abril de 2010 fecha en que cumplió la edad y contaba con la densidad de semanas necesaria, pero como se anotó anteriormente manifestó la voluntad

de retiro tan solo hasta 12 de septiembre de 2017, cuando solicitó el reconocimiento pensional.

Ahora, en lo relacionado con la determinación de la mesada pensional y como quiera que el IBC reportado por el empleador no tendrá variación con el pago del cálculo actuarial antes ordenado, el Tribunal realizó la liquidación de la prestación indexando los salarios devengados para el año 2017 con los dos métodos posibles: con el IBL de los últimos 10 años cotizados y el de toda la vida laboral, de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, pues el actor cotizó más de 1250 semanas en toda la vida laboral, tomando el detalle de los pagos que certifica la historia laboral actualizada aportada por COLPENSIONES con el expediente administrativo, y obtuvo con el IBL de lo cotizado en toda la vida laboral \$892.064 y con el IBL de lo cotizado en los últimos 10 años \$1.004.005.

Esta última suma resulta inferior a la que definió la juez de primera instancia (\$1.190.867), por lo que se modificará la decisión de primera instancia para dictar las condenas que corresponden.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

	IBL TODA LA VIDA	IBL ÚLTIMOS 10 AÑOS
TOTAL DÍAS TRABAJADOS	12295	3.600
TOTAL SALARIO DEVENGADO	\$10.914.413.701	\$3.621.446.004
IBL	\$892.065	\$1.004.005
MONTO	78.32%	78.32%
VALOR MESADA PENSIONAL (AÑO 2017)	\$698.665	\$786.337
SMMLV 2017	\$737.717	

El valor de la prestación para el año 2017 ascendía entonces a \$786.337, la cual se obtuvo de aplicar a la base salarial una tasa de reemplazo del 78.32% conforme la fórmula establecida en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993¹¹.

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

Tabla Mesada Pensional			
Fecha inicial	Fecha final	Incremento %	Valor mesada calculada
01/01/17	31/12/17	5,75%	\$ 786.337
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 818.498
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 844.526
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 876.618
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 890.732
01/01/22	31/12/22	5,62%	\$ 940.791
01/01/23	31/12/23	13,12%	\$ 1.064.223

¹¹ **ARTÍCULO 34. MONTO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.** <Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003. El nuevo texto es el siguiente:> El monto mensual de la pensión de vejez, correspondiente a las primeras 1.000 semanas de cotización, será equivalente al 65% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.000 hasta las 1.200 semanas, este porcentaje se incrementará en un 2%, llegando a este tiempo de cotización al 73% del ingreso base de liquidación. Por cada 50 semanas adicionales a las 1.200 hasta las 1.400, este porcentaje se incrementará en 3% en lugar del 2%, hasta completar un monto máximo del 85% del ingreso base de liquidación.

El valor total de la pensión no podrá ser superior al 85% del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima de que trata el artículo siguiente.

A partir del 1o. de enero del año 2004 se aplicarán las siguientes reglas:

El monto mensual de la pensión correspondiente al número de semanas mínimas de cotización requeridas, será del equivalente al 65%, del ingreso base de liquidación de los afiliados. Dicho porcentaje se calculará de acuerdo con la fórmula siguiente:

$r = 65.50 - 0.50 s$, donde:

r = porcentaje del ingreso de liquidación.

s = número de salarios mínimos legales mensuales vigentes.

A partir del 2004, el monto mensual de la pensión de vejez será un porcentaje que oscilará entre el 65 y el 55% del ingreso base de liquidación de los afiliados, en forma decreciente en función de su nivel de ingresos calculado con base en la fórmula señalada. El 1o. de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 semanas. Adicionalmente, el 1o. de enero de 2006 se incrementarán en 25 semanas cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015.

A partir del 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, calculado con base en la fórmula establecida en el presente artículo. El valor total de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Así las cosas, tal como lo dispuso la *a quo*, procedía el pago de las mesadas causadas entre el 12 de septiembre de 2017 y el 17 de abril 2022, fecha desde la cual percibe la pensión de vejez, como se desprende de la resolución SUB 112600 de 27 de abril de 2022 (página 3 a 12 archivo 22 del expediente digital), advirtiendo que no operó la prescripción de la acción sobre ninguna de las mesadas pues el término trienal se interrumpió con la petición del 12 de septiembre de 2017 (página 48 a 57 archivo 01 del expediente digital). El retroactivo asciende a la suma de \$51.598.874, conforme la siguiente tabla:

Tabla Retroactivo Pensional			
Año	Valor mesada calculada	N°. Mesadas	Subtotal
2017	\$ 786.337	4,60	\$ 3.617.150
2018	\$ 818.498	13,00	\$ 10.640.476
2019	\$ 844.526	13,00	\$ 10.978.844
2020	\$ 876.618	13,00	\$ 11.396.040
2021	\$ 890.732	13,00	\$ 11.579.516
2022	\$ 940.791	3,60	\$ 3.386.848
Total			\$ 51.598.874

A partir del 18 de abril de 2022, el demandante tiene derecho a que se paguen las diferencias entre la mesada que viene pagando COLPENSIONES y la mesada que en esta sentencia se define.

(iii) CONDENA EMPLEADOR. En virtud de lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993¹² es obligación del empleador el pago de los aportes al sistema de seguridad social de los trabajadores a su servicio, y el Decreto 1406 de 1999¹³ en su artículo 39 prevé -claramente- que *las consecuencias*

¹² **ARTÍCULO 22. OBLIGACIONES DEL EMPLEADOR.** El empleador será responsable del pago de su aporte y del aporte de los trabajadores a su servicio. Para tal efecto, descontará del salario de cada afiliado, al momento de su pago, el monto de las cotizaciones obligatorias y el de las voluntarias que expresamente haya autorizado por escrito el afiliado, y trasladará estas sumas a la entidad elegida por el trabajador, junto con las correspondientes a su aporte, dentro de los plazos que para el efecto determine el Gobierno.

El empleador responderá por la totalidad del aporte aun en el evento de que no hubiere efectuado el descuento al trabajador.

¹³ por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan

derivadas de la no presentación de las declaraciones de autoliquidación de aportes o de errores u omisiones en ésta (...) serán responsabilidad exclusiva del aportante.

No se puede cargar a COLPENSIONES de las consecuencias derivadas de una omisión en la que no incurrió. Menos aún se puede liberar al empleador remiso de las consecuencias que las normas asignan por el incumplimiento de sus obligaciones legales. La omisión del empleador que causó un perjuicio cierto al trabajador lo obliga a resarcirlo, y ello se logra en la forma que las normas disponen ordenando el pago de las mesadas y/o las diferencias pensionales, como se hará en esta sentencia.

En este sentido se adicionará la sentencia apelada y consultada, para ordenar el pago de las mesadas causadas retroactivamente y las diferencias, a cargo del empleador ARENAS NEMOCÓN S.A., precisando en todo caso, que una vez el empleador acredite el pago del cálculo actuarial se entenderá relevado a futuro por COLPENSIONES de la obligación de pagar las diferencias frente al trabajador, obligación que asumirá COLPENSIONES.

(iii) INTERESES MORATORIOS. Para resolver sobre el pago de intereses de mora, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 dispone intereses moratorios por la mora o retardo en el pago de las mesadas de pensión a los afiliados al Sistema. Sobre la procedencia de estos intereses en pensiones causadas al amparo de normas diferentes a la Ley 100 de 1993, la Corte Constitucional en la sentencia C-601 de 2000 dispuso claramente que el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, no creó "*privilegios entre quienes han adquirido su estatus bajo diferentes regímenes jurídicos*" ni distinguió entre pensionados. Además, en situaciones como la que se decide en esta decisión, la Sala Laboral de la Corte en reciente jurisprudencia estimó la integración normativa de todas las prestaciones que hacen parte del Sistema General de Pensiones (ver SL 1681 del 3 de junio de 2020, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones

Dado que al demandante se le adeudan las mesadas de pensión causadas entre el 12 de septiembre de 2017 y el 17 de abril del 2022, y a partir de esas fechas las diferencias con la pensión de vejez que ya disfruta, procede el pago de intereses moratorios sobre cada una de dichas mesadas, y éste corre a partir del 12 de enero de 2018, pues la primera reclamación pensional con requisitos cumplidos se elevó el 12 de septiembre de 2017 y a partir de ese momento la entidad tenía un plazo de 4 meses para pagar la primera mesada pensional¹⁴.

Se adicionará entonces la decisión de primera instancia para disponer el pago a cargo de ARENAS NEMOCÓN S.A. de los intereses moratorios sobre el retroactivo pensional que aquí se reconoce, los que corren a partir del 12 de enero de 2018 hasta la fecha en que pague le adeudado.

COSTAS en esta instancia a cargo de ARENAS DE NEMOCÓN E INDUSTRIAS MINERAS NAVARRETE GARRIDO LTDA.

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

RESUELVE

- 1. MODIFICAR** los numerales QUINTO y SEXTO de la sentencia apelada, en el sentido de disponer que el señor JOSÉ MANUEL INFANTE MONTERO tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de vejez por actividades de alto riesgo a partir del 12 de septiembre del 2017, en cuantía inicial de \$786.337.
- 2. MODIFICAR** el numeral SÉPTIMO de la sentencia apelada en el sentido de ordenar al empleador ARENAS NEMOCÓN S.A. el pago de las diferencias la suma de \$51.598.874 por concepto de retroactivo pensional entre el 12 de septiembre de 2017 y el 17 de abril del 2022,

¹⁴ Ver parágrafo 1, artículo 9 de la Ley 797 de 2003.

así como las diferencias que surjan a partir de dicho año y hasta que se acredite el pago del cálculo actuarial ordenado a cargo del empleador.

3. **ADICIONAR** la sentencia apelada en el sentido de ordenar al empleador ARENAS NEMOCÓN S.A. el pago del retroactivo pensional, y de las diferencias pensionales que se causen hasta cuando se acredite el pago del cálculo actuarial aquí ordenado. A partir de ese momento la prestación estará a cargo de COLPENSIONES en su totalidad.
4. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
5. **COSTAS** en la apelación a cargo de las demandadas ARENAS NEMOCÓN S.A., e INDUSTRIAS MINERAS NAVARRETE GARRIDO LTDA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia, a cargo de cada una de las demandadas.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 36 2021 00625 01
Emma Elizabeth Caicedo Gantivar contra Colpensiones y otro.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE EMMA ELIZABETH CAICEDO GANTIVAR
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, la sentencia dictada el 22 de marzo del 2023 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, EMMA ELIZABETH CAICEDO GANTIVAR presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* del traslado al régimen de ahorro individual, realizado el 1 de octubre de 1997, con fundamento en que *existió engaño, asalto a la buena fe y error para que la actora se afiliara, al recibir una asesoría incompleta*. En consecuencia, pide que se condene a PROTECCIÓN a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de aseguradora, junto con todos los frutos e intereses causados durante la afiliación, y a esta última a afiliarla sin

EXP. 36 2021 00625 01
Emma Elizabeth Caicedo Gantivar contra Colpensiones y otro.

solución de continuidad (ver demanda archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas contestaron la demanda a través de apoderado para la litis.

COLPENSIONES se opuso a la totalidad de todas las pretensiones al considerar que el traslado de régimen se encuentra ajustado a derecho y se realizó de forma libre y voluntaria. Advierte que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 al estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión y no acredita 15 años de cotización al 1° de abril de 1994. Señala que la declaración de la ineficacia afecta el equilibrio financiero del sistema y que no es suficiente el traslado de los aportes, al ser el Estado quien subsidia la prestación. En su defensa propuso las excepciones de *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia del traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciono el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.* (ver contestación folios 2 a 21 del archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S. A, se opuso también a las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado es un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se prueba con el formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Sostiene que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no puede ser motivo de nulidad al estar contemplada en la Ley 100 de 1993. Advierte que la demandante pudo ejercer el derecho al retracto, pero no lo hizo, y que actualmente se encuentra inmersa en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de

EXP. 36 2021 00625 01
Emma Elizabeth Caicedo Gantivar contra Colpensiones y otro.

2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Presentó como excepciones las *de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones*, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, *reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y por qué afecta derechos de terceros de buena fe* y la genérica. (ver contestación folios 3 a 22 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de marzo de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PROTECCIÓN no cumplió con el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos suficientes y necesarios sobre las características, modalidades, desventajas y la forma como se calcula el monto de la pensión, que permitiera elegir a la demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora EMMA ELIZABETH CAICEDO GANTIVAR del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con efectividad del 14 de junio del 94 a través de PROTECCIÓN. SEGUNDO: ORDENAR a PROTECCIÓN a normalizar la afiliación de la actora en el sistema de información de los afiliados a los fondos de pensiones SIAF y trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos rendimientos y bonos pensionales lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexadas. TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES*

EXP. 36 2021 00625 01
Emma Elizabeth Caicedo Gantivar contra Colpensiones y otro.

a recibir e imputar una vez recibidos los aportes en la historia laboral de la demandante. CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción. QUINTO: CONDÉNESE en costas a PROTECCIÓN y a COLPENSIONES liquidándose como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente. SEXTO: CONSÚLTESE con el superior la presente sentencia a favor de COLPENSIONES según las reglas del artículo 69 del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social” (Audiencia virtual, récord 51:44, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES afirma que el traslado se realizó de manera libre, consiente, y voluntaria. Indica que para la época de vinculación no le era exigible al fondo realizar proyecciones o simulaciones pensionales siendo la única exigencia el formulario de afiliación. Asegura que por las calidades profesionales de la demandante no puede considerarse como parte débil, y que con su regreso al RPM se afectaría el equilibrio financiero y presupuestal de la entidad. Además, solicita que se revoque la codena en costas¹

¹ *Gracias su señoría, estando en la oportunidad procesal pertinente muy respetuosamente me permito presentar recurso de apelación contra la sentencia que se acaba de emitir para que sea el Tribunal Superior de Bogotá Sala laboral quien se sirva revocarla en su totalidad como quiera que mi representada Colpensiones quien en este proceso funge como tercero de buena fe difiere de las consideraciones del despacho, pues no se acreditó la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por la demandante, por el contrario, pues la demandante se encuentra en la actualidad válidamente afiliada a Protección S. A y en atención a que, pues el traslado del régimen se efectuó de manera libre, consciente y voluntaria y Protección S.A para la época del traslado, pues no le era exigible realizar proyecciones o simulaciones pensionales pendientes a vincular a la demandante, pues únicamente pues se exigía el formulario de afiliación, de igual manera, honorable tribunal solicitó tener en cuenta que si bien es cierto la jurisprudencia de la Corte Suprema de justicia traída a colación por el despacho de primer grado, el cual indica que todos los afiliados al sistema pensional deben recibir información adecuada y precisa respecto de las características de cada régimen, a partir de la entrada en vigencia de la ley 100 del 93, también es importante precisar que ese deber de asesoría ha venido evolucionando con el paso del tiempo y para la fecha del traslado, con el fin de vincular a los afiliados no le era exigible, reitero, hacer simulaciones y proyecciones pensionales, pues las prestaciones que se reconocen en el régimen de ahorro individual con solidaridad varían de acuerdo a las fluctuaciones del mercado y los aportes que realice el afiliado, más aún cuando para 1997, pues la demandante no tenía ninguna expectativa pensional con el régimen de prima media del Instituto de los seguros sociales de igual manera, pues solicitó al honorable tribunal tener en cuenta todas las calidades de la demandante profesionales, teniendo en cuenta que no puede considerarse dentro del proceso como una parte débil. Así mismo, solicitó tener en cuenta que pues con el regreso o el retorno de la demandante el régimen de prima media – Colpensiones, se afectaría al equilibrio financiero y presupuestal de la entidad, y para finalizar, solicito sin que implique el allanamiento de alguna pretensión o hecho aducido en la demanda se revoque también la condena en costas. De esta manera, su Señoría dejo sustentado el recurso de apelación, muchas gracias.*

EXP. 36 2021 00625 01
Emma Elizabeth Caicedo Gantivar contra Colpensiones y otro.

(Audiencia virtual, récord 53:14, archivo 14 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

EXP. 36 2021 00625 01
Emma Elizabeth Caicedo Gantivar contra Colpensiones y otro.

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

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 31² años de edad y había cotizado 155,29³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (según la historia laboral no tenía ninguna cotización o tiempo de servicio⁴), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para acceder al derecho pensional (tenía 55 años de edad -ver archivo 1 y folio 107 del archivo 4 del expediente digital).

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

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

² Nació el 14 de febrero de 1966.

³ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, folio 146 archivo 04 del expediente digital.

⁴ *Ibidem* e historia laboral expedida por Colpensiones folio 22 del archivo 04 del expediente digital.

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

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

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

EXP. 36 2021 00625 01
Emma Elizabeth Caicedo Gantivar contra Colpensiones y otro.

Según dicho precedente, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

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

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

EXP. 36 2021 00625 01
Emma Elizabeth Caicedo Gantivar contra Colpensiones y otro.

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

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según dijo, el asesor de Protección le indicó que el ISS se iba a acabar por lo que la mejor opción era estar afiliada en un fondo privado, pero no le explicó cómo funcionaba el RAIS, las modalidades de pensión o la forma como se calculaba la mesada, entregándole el formulario diligenciado para que firmara (Audiencia virtual del 22 de marzo de 2023, récord 14:35).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanaable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente*

EXP. 36 2021 00625 01
Emma Elizabeth Caicedo Gantivar contra Colpensiones y otro.

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Finalmente, se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como

EXP. 36 2021 00625 01
Emma Elizabeth Caicedo Gantivar contra Colpensiones y otro.

ocurrió en el caso bajo estudio con COLPENSIONES (ver contestación folios 3 a 29 del archivo No. 9 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SIN COSTAS en esta instancia

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 37 2021 00426 01
Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARTHA INÉS FLÓREZ BEJARANO
CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA COMPAÑÍA
COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y
CESANTÍAS S.A - COLFONDOS S.A Y LA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 15 de febrero del 2023 por el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARTHA INÉS FLÓREZ BEJARANO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A - COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *ineficacia* de los traslados realizados a COLFONDOS y COLMENA -hoy PROTECCIÓN-, con fundamento en que las demandadas no informaron de manera detallada y comprensible el funcionamiento del RPM y del RAIS, el término dispuesto

EXP. 37 2021 00426 01

Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

para el derecho de traslado, las modalidades de pensión, ni realizaron un comparativo pensional previo a los 47 años. En consecuencia, pide que se condene a PROTECCIÓN Y COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES todos los dineros obrantes en la cuenta individual, junto con sus rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados, y se condene a esta última a recibirlos. (ver demanda archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones argumentando que de las manifestaciones de la demandante no se obtiene un vicio del consentimiento que afecte por nulidad o ineficacia los actos jurídicos de vinculación, además, la información requerida se encuentra en la Ley 100 de 1993. Indica que para la época de las vinculaciones el único requisito que se exigía era el formulario de afiliación. Asegura que la voluntad de la demandante siempre ha sido pertenecer en el RAIS pues ha estado afiliada por más de 20 años sin presentar inconformidad. En su defensa propuso las excepciones que denominó *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica* (ver contestación folios 9 a 32 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por su parte COLFONDOS S.A. se opuso también al éxito de las aspiraciones de la demanda por cuanto -dice- brindó una asesoría de manera integral y completa sobre todas las implicaciones que tenía la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras, incluyendo características, funcionamiento, diferencias, ventajas, desventajas y la rentabilidad de los aportes en el RAIS. Sostiene que la demandante suscribió el formulario de vinculación de manera libre con consentimiento expreso como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y que conforme a los artículos 899 y 1741 del Código Civil no existe alguna nulidad o vicio del consentimiento. Señala que el actor ratificó su decisión con la permanencia en el RAIS por

EXP. 37 2021 00426 01

Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

más de 20 años sin manifestar inconformidades. Formuló como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, *ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la genérica (ver contestación folio 2 a 17 archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

PROTECCIÓN S. A, se opuso igualmente a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el traslado fue un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como se desprende del formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó de forma libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Sostiene que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no puede ser motivo de nulidad al estar contemplada en la Ley 100 de 1993. Advierte que la demandante pudo ejercer el derecho al retracto, pero no lo hizo y que actualmente se encuentra inmersa en la prohibición legal del literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que fue modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 al estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Presentó como excepciones: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y por qué afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica (ver contestación folios 3 a 28 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).*

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de febrero de 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con

EXP. 37 2021 00426 01

Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS no garantizó el deber de información, caracterizado por la entrega de elementos de juicio suficientes sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que permitiera elegir a la demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del acto jurídico del traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante, la señora MARTHA INÉS FLÓREZ BEJARANO del régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por CAJANAL, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la administradora del fondo de pensiones COLFONDOS S.A., que tuvo como fecha de suscripción válida en 5 de diciembre del año 2002. En consecuencia se declara valida la afiliación de la demandante al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva la decisión. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada administradora del fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., a transferir con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, los gastos de administración, prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima en los periodos de vinculación con la entidad, así como de los periodos afiliados a otra administradora de fondo de pensiones que asumió por fusión comercial de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. TERCERO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A., a transferir con destino a COLPENSIONES los gastos de administración, primas de seguro previsional de invalidez y sobrevivencia, porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima en los periodos de vinculación que tuvo con la entidad de conformidad con lo argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. QUINTO: COSTAS a cargo de COLFONDOS S.A., se fijan como agencias en derecho la suma de equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente de esta anualidad, sin*

EXP. 37 2021 00426 01

Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

costas respecto de las demás entidades demandadas. SEXTO: Se ORDENARÁ remitir el presente asunto ante el honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá para que surta el estudio del grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.” (Audiencia virtual, récord 37:01, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES su apoderado afirma que el traslado a COLFONDOS se dio de forma libre y voluntaria, se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, y se ratificó con los 15 años de cotización al RAIS. Indica que para la fecha de traslado solo era exigible el formulario de afiliación y que toda la información se encuentra consagrada en la Ley 100 de 1993. Señala que para la fecha de afiliación, de acuerdo con el número de semanas y edad, no tenía ningún derecho adquirido, faltándole más de 9 años para consolidar una pensión en el RPM y era más favorable en ese momento por la devolución de saldos el RAIS, por lo que solicita se revise el caso particular de la actora. Sostiene que el traslado de la demandante afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al nunca haber estado afiliada al ISS y por generar una carga en los demás afiliados. ¹(Audiencia virtual, récord 40:41, archivo 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ “Muchas gracias señor juez encontrándome en la oportunidad procesal para hacerlo, me permito interponer recurso de apelación contra la sentencia proferida por su honorable despacho en el sentido, que decidió declarar la ineficacia de la afiliación que efectuó la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad propiamente a la AFP Colfondos S.A., en el año 2002 y donde realizo su vinculación y traslado de aportes a mi representada fundamentándome en las siguientes apreciaciones: En primer lugar el traslado de aporte efectuado por la demandante a la AFP Colfondos S.A., se realizó con su plena voluntad y en consecuencia no es procedente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por esta, al régimen de ahorro individual con solidaridad y condenar a mi representada a recibir los aportes para activar su afiliación al régimen de prima media, teniendo en cuenta que se medía dentro de la voluntad y aquiescencia de la demandante materializada en la suscripción del formulario de vinculación, que se tiene válido a través de la presente decisión judicial la del 2002 y no la del año 1994 por las consideraciones expuestas por el despacho, voluntad que se vio ratificada por los más de 15 años que realizó cotizaciones a los riesgos de invalidez, vejez y muerte el régimen de ahorro individual con solidaridad, asimismo es menester señalar hasta el año 2016 como prueba documental exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el consentimiento y asentamiento del afiliado respecto del traslado por cuanto la ley que surgió entre el año 94 - 2016 no exigía nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la plena intención de pertenecer al régimen de ahorro individual con solidaridad, por lo que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época, se constituye una situación de carácter imposible, máxime cuando la creación jurisprudencial respecto al objeto de la presente litis, sea tejido con posterioridad a la vinculación de la demandante esto es a partir del año 2008 aproximadamente y consolidándose a partir del año 2019 parámetros diferentes

EXP. 37 2021 00426 01

Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

pronunciamientos realizados por nuestra máxima corporación en su sala laboral, por otra parte conservar que manifiesta la parte actora que la falta de información de causas ventajas y desventajas de cada uno regímenes pensiones al respecto debe precisar que las características condiciones modalidad pensionales propias de estos regímenes se encuentran consignadas en la ley 100 de 1993 norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, por lo tanto no es dable alegar la ignorancia como excusa a voces para tener exclusivamente a las AFP la responsabilidad de haber omitido información al respecto, ya que este señalamiento lo hace la Ley y cuando la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad se dio en forma libre y voluntaria no existiendo algún vicio del consentimiento que permita inferir la existencia de una irregularidad que de por sentado la declaración de nulidad o ineficacia de este acto, abonado a lo anteriormente expuesto para la fecha de su traslado de régimen de ahorro individual con solidaridad contaba con una densidad de semanas que no puede considerarse como un derecho adquirido en vía de adquisición, tampoco contaba con la edad para determinarse este hecho, es decir su trasladando no vulnero de alguna manera sus intereses pensionales, por el contrario esta decisión fue con una forma de obtener un mejor futuro pensional por lo que la inconformidad respecto al monto de su mesada pensional no puede generar una ineficacia o una nulidad, cuando estas operaciones aritméticas se encuentran contenidas en la ley 100 de 1993, además debe tenerse en cuenta en el caso particular lo expuesto en los alegatos de conclusión en el sentido que la demandante le hacen falta más de 9 años para consolidar una prestación en el régimen de prima media con prestación definida que es lo que se persigue a través de la presente litis, luego de considerarse algo benéfico las resultas del presente proceso puede considerarse también una transgresión a su patrimonio puesto que las diferencias entre lo que puede ser una devolución de saldos en el régimen de ahorro individual con solidaridad, que sería en este caso por la densidad de semanas que tiene la demandante podría ser mejor obtener un dinero mejor en el fondo privado, que el que puede recibir eventualmente a través de una indemnización sustitutiva en el régimen de prima media con prestación definida por lo que debe estudiarse en el caso particular de este punto a fin de que no son una consecuencia negativas la decisión del presente proceso, finalmente debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera contemplado el artículo 48 de la Constitución de 1992, adicionando por el artículo 01 del acto legislativo 01 de 2005 que imparte la reserva del sistema pensional conforme a lo anterior es evidente el eventual traslado de régimen pensional de la demandante, afecta ostensiblemente el sistema financiero del régimen de prima media, puesto que la demandante como ya se señaló también la parte considerativa nunca estuvo afiliada al instituto de seguros sociales y no viene de Cajanal teniendo en cuenta también la variación porcentual de la activación del aporte en ambos regímenes pensionales y la falta de contribución de la demandante al fondo común que financia las pensiones del régimen de prima media y la carga que generaría en los demás afiliados soportar UN eventual reconocimiento pensional a favor de la demandante, en este punto si se llegase a realizar la construcción y actualización de la historia laboral de la demandante quien no ha construido un derecho pensional en el régimen de prima media derivando entonces un menoscabo patrimonial a la entidad. De esta forma señores honorables magistrados del Tribunal Superior de Bogotá en su Sala Laboral, solicito revocar el fallo proferido en lo pertinente de forma subsidiaria y en caso de que se confirme la sentencia solicito se confirme la solución de costas toda vez que mi representado no tuvo injerencia del acto jurídico y que se declara ineficaz que se configure la devolución de aportes con los rendimientos y gastos de administración debidamente indexados a fin no afectar el patrimonio de la entidad que represento de esta forma dejo sentado mi recurso de apelación. Muchas gracias, señor Juez.”.

EXP. 37 2021 00426 01

Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

los dos regímenes pensionales y el derecho a trasladarse entre uno y otro régimen una vez cada cinco años contados a partir de la selección inicial. Sin embargo, por razones financieras y de estabilidad en el Sistema pensional, las normas limitaron el derecho a trasladarse de régimen cuando al afiliado le faltan 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión. Solo se conservó el derecho al traslado en cualquier tiempo para los afiliados que tuvieran más de quince (15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

EXP. 37 2021 00426 01

Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

Bajo estos lineamientos normativos, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 42² años de edad y había cotizado 108.86³ semanas (tiempo de servicios públicos cotizados a CAJANAL), para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (de acuerdo con la historia laboral allegada tenía 2 años, 1 mes, 3 días⁴), y para la fecha de presentación de la demanda había superado la de edad mínima para acceder al derecho pensional (tenía 61 años de edad- ver archivo 1 y 4 del expediente digital).

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

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

² Nació el 08 de diciembre de 1960.

³ Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda, folio 69 archivo 06 del expediente digital.

⁴ *Ibidem*.

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

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: "*Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes".*

EXP. 37 2021 00426 01

Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

Según dicho precedente, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

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

EXP. 37 2021 00426 01

Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia que declaró la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, pues COLFONDOS no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado.

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, el asesor le indicó que debido al cierre de CAJANAL y la posible terminación del ISS la mejor opción era el traslado y nunca se le informó cómo funcionaba el RAIS (Audiencia virtual del 15 de febrero de 2023, récord 39:27).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

EXP. 37 2021 00426 01

Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

Pese a que la demandante se encontraba afiliada a CAJANAL, el traslado debe efectuarse a COLPENSIONES, como lo ordenó el Juez de primera instancia, en tanto el nuevo Sistema Pensional que reglamentó la Ley 100 de 1993 buscó unificar los regímenes y cajas de previsión social antes dispersos, y por ello, el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 dispuso que el régimen solidario de prima media con prestación definida sería administrado por el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, señalando que *“las cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrarán los regímenes respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio de que aquellos se acojan a cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley”*. El Decreto 2527 de 2000 establece, además, que las Cajas, Fondos, o entidades públicas, continuaran reconociendo o pagando pensiones, *“mientras subsistan dichas entidades respecto de quienes tuvieran el carácter de afiliados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones”*.

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN S.A. la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, y la suma destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) los cuales se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal adicionará la decisión de primera instancia para declarar que bien puede

EXP. 37 2021 00426 01

Martha Inés Flórez Bejarano contra Colpensiones y otros.

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

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

EXP. 37 2021 00429 01
Luis Alfonso Guerrero Calderón contra Colpensiones y Otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE LUIS ALFONSO GUERRERO CALDERÓN
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.**

Bogotá D.C., Veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante en contra de la sentencia dictada el 15 de febrero del 2023 por el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual DECLARÓ probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, y en consecuencia ABSOLVIÓ de las pretensiones de ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUIS ALFONSO GUERRERO CALDERÓN presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* de su afiliación al régimen de ahorro individual, en el mes de julio de 1996, por *existir engaño y asalto a su buena fe induciéndole al error y viciando su consentimiento para que se trasladara*

EXP. 37 2021 00429 01
Luis Alfonso Guerrero Calderón contra Colpensiones y Otros.

de régimen. En consecuencia, pide que se ordene a PROTECCIÓN S.A. disponer el retorno a COLPENSIONES con la entrega de todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieran causado, y se ordene a esta última activar su afiliación sin solución de continuidad (ver demanda folios 01 al 20 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderado para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que el demandante se afilió a HORIZONTE S.A de forma libre y espontánea, sin presiones o engaños, tras haber recibido una amplia y oportuna información sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, como consta en la declaración prevista del artículo 114 de la ley 100 de 1993. Asegura que siempre garantizó al actor su derecho al retracto mediante la publicación en el diario El Tiempo que informó a los afiliados la posibilidad de trasladarse entre regímenes. Indica que de existir un vicio del consentimiento esta deriva en una nulidad relativa, la cual es susceptible de saneamiento mediante ratificación como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil. Advierte que el demandante está inmerso en la restricción contenida en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y compensación* (ver contestación folio 02 a 27 archivo No. 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a la prosperidad de todas las pretensiones. Afirma que no se allegó al proceso prueba que invalide la afiliación del actor, además por ser la Ley 100 de 1993 de público y obligatorio conocimiento no habría vicio en el consentimiento. Indica que el formulario de afiliación se encuentra debidamente diligenciado conforme a la normatividad exigible para la fecha. Señala que el actor ratificó su vinculación con la permanencia en el RAIS. En

EXP. 37 2021 00429 01
Luis Alfonso Guerrero Calderón contra Colpensiones y Otros.

su defensa propuso las excepciones que denominó *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* (ver contestación folios 210 a 231 del archivo No. 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Igualmente, PROTECCIÓN S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que existe un acto válido, libre de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como se evidencia en el formulario de vinculación, suscrito en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Sostiene que el demandante no puede pretender la declaración de nulidad por motivo del valor de la pensión de vejez, o por la forma en que se liquida, ya que para la época de afiliación era fácticamente imposible saberlo al faltarle muchos años de cotización. Advierte que el demandante está inmersa en la prohibición del literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Además, no es posible devolver a COLPENSIONES el capital de la cuenta de ahorro individual al no ser el fondo que las posee, y por no ser aplicable al caso el artículo 1746. Como excepciones de mérito propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa; inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto* y la genérica (ver contestación folio 3 a 21 y archivo No. 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de febrero del 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandas de la declaratoria de nulidad e ineficacia del

EXP. 37 2021 00429 01
Luis Alfonso Guerrero Calderón contra Colpensiones y Otros.

traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión se apartó de la jurisprudencia trazada por la Corte Suprema de Justicia al encontrar probado que las demandadas garantizaron una afiliación, libre y voluntaria, con la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, además de brindar en diferentes momentos distintas re-asesorías.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y a consecuencia ABSOLVER a las entidades demandadas PROTECCIÓN S. A, PORVENIR S. A Y COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el demandante, el señor LUIS ALFONSO GUERRERO CALDERÓN de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión. SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante y se fijan como agencias en derecho la suma de \$100.000 a favor de cada una de las entidades demandadas.”* (Audiencia virtual, récord 50:47, archivo No. 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante afirma en el recurso que el deber de información a cargo de las AFP existe desde la expedición de la Ley 100 de 1993, y consiste en suministrar al afiliado información suficiente, completa y clara sobre las implicaciones del traslado, antes de la afiliación, y debe ser brindado por personal idóneo al ser un tema de alta complejidad, teniendo en cuenta el caso particular de cada afiliado hecho que no se probó en el expediente. Pide aplicación del precedente vertido en la sentencia CSJSL 1688 de 2019¹ (Audiencia virtual, récord 51:53, archivo No. 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

¹ *“Muchísimas gracias su señoría y atendiendo al poder conferido, me permito sustentar el recurso de apelación en contra de la sentencia proferida por el despacho teniendo en cuenta las siguientes consideraciones: En primer lugar, me permito precisar que el deber de información a cargo de las administradoras del fondo de pensiones emanan de una responsabilidad de carácter previsional que les impide el deber legal de suministrar al afiliado la información suficiente, completa y clara sobre las*

EXP. 37 2021 00429 01
Luis Alfonso Guerrero Calderón contra Colpensiones y Otros.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

Sobre la validez constitucional de la restricción temporal del traslado, se pronunció claramente la Corte Constitucional en la sentencia C-1024 de 2004, cuyo contenido reprodujeron en lo pertinente las sentencias SU-062 de 2010 y SU-130 de 2013. Dijo la Corte: *el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en*

implicaciones de dicho traslado eso es así desde la creación del sistema General de pensiones desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, en ella radica el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora. Es decir que no den peso a existir esta obligación de los fondos con lo demandado en el Estatuto del Consumidor y mucho menos con la creación de las leyes 1478 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, así las cosas pues podemos evidenciar que no se sanguino dentro del presente proceso como correspondía que el grado de información cambio pasando de ser necesaria, accesoria y de buen consejo y finalmente el deber de la doble asesoría, sin perder de vista que tal deber existió desde la creación de los fondos de pensiones en este sentido entonces podemos decir que la entrega de esta información debería ser de manera clara, precisa y entendible pues para que el futuro afiliado porque este deber de informar se entiende desde la antesala de una de una futura afiliación, teniendo en cuenta entonces que esta información debía ser dada por un personal idóneo, capacitado, al ser un tema de alta complejidad, que debió ser real y oportuna acogiéndose al caso particular de cada posible afiliado, quien debía haber continuado informando durante toda la administración de su dinero hasta el mismo alcance de tan anhelado derecho pensional. De otra parte la sentencia SL 1688 del 2019 indica que la asesoría debería ser oportuna, clara, precisa y motivo por el cual la re asesoría pierde validez asimismo indica que el estudio de la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual se predica del incumplimiento al deber de información por parte de las AFP en el traslado inicial que realizo a la persona afiliada, en este sentido este desacato genera por sí mismo la ineficacia del traslado en los términos establecidos en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 pues teniendo en cuenta los argumentos anteriormente definidos solicito al Honorable Tribunal del Distrito de Bogotá de la Sala Laboral revocar en su totalidad la sentencia proferida por el a quo acogiéndose a la obligatoriedad de seguir el precedente de la Corte Suprema de Justicia Sala laboral y en consecuencia conceder las pretensiones incoadas en el escrito de demanda. Muchas Gracias, señor juez.”

EXP. 37 2021 00429 01

Luis Alfonso Guerrero Calderón contra Colpensiones y Otros.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 33² años de edad y había cotizado 619,43³ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 9 años, 6 meses y 19 días)⁴, y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para llegar a la edad mínima de acceso a la pensión (tenía 58 años de edad - ver archivo 01 folio 90 y archivo 02 del expediente digital).

² Nació el 04 de marzo de 1963.

³ Ver historia laboral válida para bono expedida por el Ministerio de Hacienda, folios 57 a 64 del archivo 07 del expediente digital.

⁴ *Ibidem*.

EXP. 37 2021 00429 01

Luis Alfonso Guerrero Calderón contra Colpensiones y Otros.

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción ^{5, 6}, según dicho criterio, se debe declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

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

⁶ Sentencia STL3187-2020: *“Debe insistir la Corte en que los funcionarios judiciales de la jurisdicción ordinaria están obligados a seguir la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia. Así lo imponen no solo razones de seguridad jurídica, buena fe, certeza y previsibilidad en la aplicación del derecho, sino también el derecho a la igualdad de trato, en cuya virtud los casos semejantes sometidos a consideración de los jueces deben resolverse del mismo modo a como lo definieron los máximos órganos de cierre de cada jurisdicción. Es normal que los jueces puedan disentir de los criterios judiciales de sus superiores; sin embargo, ello no los autoriza a desatender las construcciones jurisprudenciales trazadas por los órganos encargados por la Constitución de fijar, con carácter general, el sentido de los grandes dilemas jurídicos que suscita el Derecho en cada área. Si las percepciones, convicciones o divergencias de los juzgadores frente a una cuestión jurídica no pueden canalizarse a través de sólidos y persuasivos argumentos, estructurados acordes con la dimensión social de la Constitución Política de 1991, no es válido apartarse del precedente sentado por las Altas Cortes”*.

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia para declarar -en las mismas palabras usadas por la Corte- la *ineficacia* del traslado de régimen del demandante, y dictará las condenas que corresponden, con el criterio que en esta materia trazó la Corte Suprema de Justicia, pues la AFP HORIZONTE S.A. hoy AFP PORVENIR S.A. no probó haberle brindado *toda la información pertinente* en el momento en que se suscribió el documento de traslado del Régimen de

EXP. 37 2021 00429 01
Luis Alfonso Guerrero Calderón contra Colpensiones y Otros.

Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no solo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró el asesor de horizonte, le indicó que en el fondo privado iba a tener una pensión más alta y rentable pero no le explicó de manera clara y suficiente como podría acceder a la pensión ni el funcionamiento del RAIS y sus diferencias con el RPM. Solo hasta que se trasladó a la AFP Protección le informaron sobre la rentabilidad, el bono pensional y la posibilidad de realizar aportes voluntarios (Audiencia virtual del 15 de febrero del 2023, récord 11:56).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

En consecuencia, se declarará la ineficacia del traslado y se condenará a la AFP PORVENIR S.A., en la forma como lo definió la Sala Laboral de la Corte, a la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con

EXP. 37 2021 00429 01

Luis Alfonso Guerrero Calderón contra Colpensiones y Otros.

solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones y rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y de la AFP PROTECCIÓN S.A., sin que sea posible descontar suma alguna por cualquier causa (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones)⁷ valores que se deben devolver *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Por las resultas del proceso, según el artículo 365 del CGP, las COSTAS en primera instancia corren a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.

SIN condena en COSTAS en la apelación.

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

EXP. 37 2021 00429 01
Luis Alfonso Guerrero Calderón contra Colpensiones y Otros.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de LUIS ALFONSO GUERRERO CALDERÓN del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
3. **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. –actual administradora a la que se encuentra afiliado el demandante- a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración pertenecientes a la cuenta del demandante, debidamente indexados, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, acorde a lo motivado.
4. **ORDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. que entregue toda la información contenida en la historia laboral de LUIS ALFONSO GUERRERO CALDERÓN a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
5. **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar los valores descontados a título de administración y seguros previsionales en vigencia de la vinculación del actor con ese fondo, debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
6. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.

EXP. 37 2021 00429 01

Luis Alfonso Guerrero Calderón contra Colpensiones y Otros.

7. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A., y PROTECCIÓN S.A.
8. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 39 2021 00449 01
Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ORDINARIO DE MARIO ALBERTO BALLESTEROS SANTOS
CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES Y LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS
DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S. A Y PORVENIR S.A.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, la sentencia dictada el 21 de febrero del 2023 por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARIO ALBERTO BALLESTEROS SANTOS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y las SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad o ineficacia* del traslado al régimen de ahorro individual con fundamento en que los fondos no le suministraron *información documentada*

EXP. 39 2021 00449 01

Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

cierta, clara, comprensible, y oportuna relacionada con la diferencia del monto de la mesada pensional entre regímenes, el monto del capital requerido en el RAIS para tener una pensión igual o superior a un 110% del salario mínimo, además de no informarle las consecuencias negativas de dejar el RPM. En consecuencia, pide que se ordene a PORVENIR y a PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES los aportes recibidos durante su afiliación y sus rendimientos financieros, y a esta última recibirlos y validar su afiliación al RPM (ver demanda folios 3 a 8 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas del auto admisorio, las demandadas contestaron la demanda mediante apoderados judiciales.

PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones con fundamento en que la demandante pretende desconocer que su traslado al RAIS fue válido, pues al momento de la afiliación brindó información clara, precisa, veraz y suficiente sobre las características del régimen al que se estaba afiliando, de allí que la suscripción del formulario fue libre, espontánea e informada conforme a lo dispuesto en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, documento que, además, se presume auténtico en los términos de los artículos 114 de esa misma disposición, 243 y 244 del Código General del Proceso y el parágrafo del artículo 54 del C.P.T. Asegura que, en todo caso, el vicio del consentimiento derivaría en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación, como lo dispone el artículo 1741 del Código Civil, y que el demandante se encuentra sujeto a la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, por estar a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho pensional. Advierte que no procede la devolución de los gastos de administración porque estos no forman parte integral de la pensión de vejez, ni de la prima de seguro previsional en tanto la aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. En su defensa

EXP. 39 2021 00449 01

Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

propuso las excepciones de prescripción, buena fe, *inexistencia de la obligación*, compensación y la genérica (ver contestación folios 2 a 27 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S. A., también se opuso a las pretensiones. A su juicio, el traslado es un acto válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se deduce del formulario de afiliación en el que consta que la vinculación se realizó de forma libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Adicionalmente, sostiene que la forma como se liquida la pensión en el RAIS no puede ser motivo de nulidad, pues está contemplada en la Ley 100 de 1993 -norma de público conocimiento-; además el demandante pudo ejercer el derecho al retracto pero no lo hizo y actualmente se encuentra inmerso en la prohibición legal traslado que contempla el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 al estar a menos de 10 años de cumplir la edad requerida para obtener la pensión. Presentó como excepciones las de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa y por qué afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto* y la genérica. (ver contestación folios 3 a 21 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda con fundamento en que al expediente no se aporta prueba que demuestre que al demandante se le hubiera hecho incurrir en error o que

EXP. 39 2021 00449 01

Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

existiera algún vicio del consentimiento, o de inconformidad alguna con el RAIS. Por el contrario, afirma, las documentales dan cuenta que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria. Advierte que no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 y le es aplicable por ello la restricción de traslado que regula la Ley 797 de 2003 que impide su retorno al RPM. En su defensa propuso las excepciones que denominó *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de la causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* y la *genérica* (ver contestación folios 2 a 40 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de febrero de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de dicha, lo que constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP en el ordenamiento jurídico.

La parte resolutive de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal:
“*PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el demandante del régimen*

EXP. 39 2021 00449 01

Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

de prima media al régimen de ahorro individual a través de PORVENIR y con efectividad a partir del 1 de enero del 2004, es ineficaz y por ende, no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que el demandante nunca se separó del régimen de prima media, situación que también se traduce a la afiliación que se hizo por parte del demandante de PORVENIR a PROTECCIÓN, teniendo en cuenta las razones expuestas en este proveído. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a que transfiera a COLPENSIONES las sumas que recibió por gastos de administración, comisiones de administración, seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados. TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN a que transfiera a COLPENSIONES todas las sumas de dinero que obren la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los bonos pensionales de haberse redimido, así como los gastos o comisiones de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, todos estos emolumentos debidamente indexados. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a que reciba los dineros de los cuales habla el numeral segundo y tercero de esta sentencia y reactive la afiliación del demandante al régimen de prima media, sin solución de continuidad. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas. SEXTO: Informarle a COLPENSIONES que pueda acudir las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los eventuales perjuicios que pueda causar esta ineficacia en contra PORVENIR y PROTECCIÓN. SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandada PORVENIR y PROTECCIÓN dentro de los cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. Se exonera del pago de costas a COLPENSIONES. OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión con el superior, por cuanto contiene algunas órdenes a cargo de COLPENSIONES” (Audiencia virtual, récord 1:02:42, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

EXP. 39 2021 00449 01

Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

En el recurso de PORVENIR, su apoderado afirma que no hay lugar a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales ni el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debido a que corresponden a una obligación de tracto sucesivo y son sumas que no financian la prestación. Además, frente a los primeros asegura que se trata de un valor que le asigna la ley por su buena gestión durante la afiliación del demandante y que, con los rendimientos causados, las sumas de dinero se encuentran indexadas lo que compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda¹ (Audiencia virtual, récord 1:04:36, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, su apoderado asegura que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional conforme a los preceptos legales y jurisprudenciales, y que no se acreditó algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera lugar a la ineficacia. Pide se revoque la sentencia y en su lugar se le absuelva de las

¹ “Gracias Señoría. Me permito presentar recurso de apelación en forma parcial contra el numeral segundo de la sentencia. Lo anterior frente al traslado de los gastos de administración, seguros de previsionales, porcentajes de fondo de Garantía mínima, en los cuales deben hacerse de forma indexada, por lo cual me permite sustentar el mismo recurso. Señores magistrados, no hay razón alguna para que se condene a mi representada generar devolución por gastos de administración, seguridad de primas previsionales mínimas y porcentaje del Fondo de Garantía mínima teniendo en cuenta que estos corresponden a una obligación de tracto sucesivo, por lo que está sumando, entran dentro de los dineros con los cuales se pudo llegar a financiar la prestación pensional del demandante, el señor Mario Ballesteros. Estos dineros son aquellos que la ley 100 estipuló en su momento como una cuota de administración que se materializa en la buena gestión que hizo mi representada Porvenir de los aportes que hizo el demandante durante el tiempo que estuvo vinculado con nosotros, frente a la indemnización, me permito destacar que las sumas de dinero se encuentran ya actualizadas conforme los rendimientos y la declaración indexada, y con esto se generaría una doble condena contra mi representada, ya que estos rendimientos, al ser su más actualizadas, superan con creces la devaluación del dinero y como pudo haberse presentado de retornar estas sumas, ya se genera una una compensación al demandante, para lo cual me permito citar decisión del Tribunal Superior de Cali, Sala laboral con el magistrado ponente Carlos Alberto Oliver en decisión del 30 de octubre de 2022, en proceso de Harol Lozano contra Porvenir, en el cual se indicó frente a la indexación que la sala consideraba que no hay lugar a dicha imposición, toda vez que como ya se mencionó, el traslado de todos los dineros se compensa con la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que pudiera haberse generado en los emolumentos que se retornarían toda vez en ese momento se revocó la indexación que se ordenó, con esto dejo presentado mi recurso de apelación, gracias.”

EXP. 39 2021 00449 01

Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

pretensiones formuladas en su contra² (Audiencia virtual, récord 1:06:47, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

² “Gracias, Señoría, de manera respetuosa. Me metió representar recursos de apelación, teniendo en cuenta que el demandante no cumple con los requisitos para trasladarse de régimen pensional, de acuerdo con los preceptos legales y jurisprudenciales. Así mismo no se acreditó que existió algún tipo de engaño por parte de la AFP que diera paso a declarar la ineficacia del mismo, teniendo en cuenta que en las oportunidades legales nunca se manifestó deseo alguno de retractarse de la afiliación efectuada así las cosas solicito respetuosamente, al honorable sala del Tribunal laboral, que revoque la presente sentencia conforme lo anotado en estos términos de sustentado mi recurso su Señoría, gracias.”

EXP. 39 2021 00449 01

Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 36³ años de edad y había cotizado 464.29⁴ semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (la historia laboral allegada solo acredita 1 año, 6 meses, 20 días⁵), y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para alcanzar la edad mínima de acceso a la pensión (tenía 54 años de edad- ver folio 9 del archivo 1 del expediente digital).

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

³ Nació el 03 de enero de 1967.

⁴ Ver historia laboral expedida por ministerio de hacienda, folio 65 archivo 10 del expediente digital.

⁵ *Ibidem*.

EXP. 39 2021 00449 01

Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

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

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

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

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

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

EXP. 39 2021 00449 01

Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

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

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

EXP. 39 2021 00449 01

Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

régimen del demandante, pues PORVENIR no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *“consentimiento informado”*.

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información *“debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión”*, lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró, los asesores dieron una charla grupal en su lugar de trabajo donde indicaron que se podían pensionar anticipadamente y que el fondo privado era mejor que el público, pero nunca le explicaron cómo funcionaba el RAIS, ni los requisitos para pensionarse o cual iba a ser el monto de su pensión. (Audiencia virtual del 21 de febrero de 2023, récord 08:57).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *“en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos”* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como *“saneamiento”* la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible *“en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social”* -ha dicho la corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales

EXP. 39 2021 00449 01
Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PROTECCIÓN y PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual del demandante incluyendo cotizaciones, rendimientos, y la *suma* destinada a garantizar la pensión mínima, así como la devolución de los gastos de administración y montos de las primas previsionales a cargo de aquella y PORVENIR (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver dichas sumas de dinero con cargo a sus propias utilidades, *“pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES”* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) los cuales se deben entregar *“debidamente indexados”* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLPENSIONES.

EXP. 39 2021 00449 01
Mario Alberto Ballesteros Santos contra Colpensiones y otros.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN MILLÓN DE PESOS
(\$1.000.000) como agencias en derecho de segunda instancia.


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

**PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL PROMOVIDO POR LUZ
ADRIANA RAMÍREZ SERNA CONTRA LA UNIDAD NACIONAL DE
PROTECCIÓN – UNP.**

Bogotá D.C., veintiocho (28) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Llega el expediente digital al Tribunal procedente del Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá para decidir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la asociación sindical vinculada, contra la sentencia dictada el 12 de abril de 2023, mediante la cual se ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, con las cuales se procuraba la ineficacia del despido y el consecuente reintegro por fuero sindical.

SENTENCIA

Por medio de apoderado, LUZ ADRIANA RAMÍREZ SERNA presentó demanda contra la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN - UNP para que previos los trámites de un proceso especial, se declare que tiene fuero sindical como miembro de la SUBDIRECTIVA DE BOGOTÁ del SINDICATO DE LA UNIDAD DE PROTECCIÓN Y LAS UNIONES TEMPORALES SINDEUNP, y que fue despedida sin autorización judicial. Como consecuencia de ello pide que se condene a la demandada a reintegrarla al mismo cargo que desempeñaba al momento del despido, o a otro de igual o superior categoría, y a pagarle, a título de indemnización, los salarios y acreencias laborales legales y convencionales que haya dejado de percibir entre la fecha del despido y la del reintegro, debidamente indexado.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que se vinculó a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN con carácter ordinario de *libre nombramiento* y

remoción en el cargo de PROFESIONAL ESPECIALIZADO CÓGIDO 2028 GRADO 22, mediante Resolución 107 del 1 de febrero de 2022 (sic), del cual tomó posesión el 19 de febrero de 2019. Asegura que el 17 de mayo de 2022 junto con 82 personas fundó la organización sindical denominada SINDICATO DE LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN Y LAS UNIONES TEMPORALES -SINDEUNP- respecto del cual se solicitó el registro ante el Ministerio del Trabajo, entidad que emitió certificación de inscripción No. 13EE2022721100000018078. Afirma que, mediante comunicación del 2 de junio de 2022, SINDEUN dio a conocer a la demandada su creación. Indica que el 17 de julio de 2022 fue creada la SUBDIRECTIVA BOGOTÁ D.C. del SINDICATO DE LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN Y LAS UNIONES TEMPORALES – SINDEUNP con la concurrencia de 46 afiliados del sindicato, incluida ella, quien fue además designada como miembro de la Junta Directiva, frente al cual se generó solicitud de registro el 22 de julio de ese mismo año. Señala que el certificado de inscripción se expidió el 4 de agosto de 2022, con lo cual se cumplió la finalidad de publicidad. Sostiene que mediante Resolución No. 1775 del 9 de septiembre de 2022 fue declarada insubsistente por la demandada, momento para el cual era miembro de la Junta Directiva de la Subdirectiva de SINDEUNP, como Secretaría Jurídica. Indica que el 12 de septiembre de 2022 solicitó su reintegro pero la petición fue negada mediante oficio OFI22-00044960 (ver demanda y su subsanación archivos 02 y 07 del expediente digital, trámite primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la demandada en audiencia celebrada el 12 de abril de 2023. Aceptó los hechos relativos al nombramiento de la demandante y su posterior declaración de insubsistencia, así como la creación del sindicato SINDEUNP y la subdirectiva, pero negó conocer las modificaciones en la Junta Directiva porque no le fueron notificadas ni por la organización sindical ni por el Ministerio de Trabajo. Se opuso al éxito de las pretensiones con fundamento en que la actora ostentaba el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 22, que es de libre nombramiento y remoción con funciones administrativas, razón por la cual no estaría amparada por el fuero sindical conforme a lo previsto en la Ley 909 de 2004, ni era necesario recurrir a la jurisdicción ordinaria laboral para declarar la insubsistencia; en todo caso, indica que nunca fue notificada de la

constitución de la subdirectiva del sindicato ni del cambio de junta directiva con anterioridad a la desvinculación de la actora, razón por la cual dicha designación no le era oponible. Asegura que sólo se acreditó su condición de aforada el 12 de septiembre de 2022, esto es, luego de la expedición de la Resolución que la declaró insubsistente. En su defensa propuso como excepciones las que denominó *frente al fuero sindical de los empleados de libre nombramiento y remoción, frente al tipo de vinculación legal de la señora LUZ ADRIANA RAMIREZ SERNA, frente a la oponibilidad del nombramiento de la señora LUZ ADRIANA RAMIREZ SERNA en la directiva del SINDICATO SINDEUNP y la imposibilidad de condenar en costas* (Audiencia virtual, archivos 16 y 17 del expediente digital).

También se notificó la admisión de la demanda al SINDICATO DE LA UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN LAS UNIONES TEMPORALES SINDEUNP (archivo 10), quien compareció al proceso a través de su presidente y coadyuvó las pretensiones de la parte actora (Audiencia virtual 12 de abril de 2023).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de abril de 2023, mediante la cual, el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá negó el reintegro solicitado. Para tomar su decisión, consideró que la demandante sí podía beneficiarse de la garantía foral a pesar de haber sido nombrada en un cargo de libre nombramiento y remoción, pues su actividad no se enmarcaba en ninguna de las excepciones establecidas en la Ley 584 de 2000; sin embargo, como no se efectuó la comunicación al empleador sobre la inscripción de la subdirectiva sindical no se cumplió con el principio de publicidad y por ende la protección foral no le era oponible al empleador.

La parte resolutive de dicha sentencia es del siguiente tenor: *“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN de todas las pretensiones incoadas en su contra por la aquí demandante, por lo expuesto anteriormente. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción propuesta por la demandada de inoponibilidad del nombramiento y de oficio la de la inexistencia de la obligación por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia, por cuanto no*

se causaron.” (Audiencia virtual, récord 32:47, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

La anterior decisión fue apelada por la demandante. Afirma que el registro sindical tiene publicidad cuando se comunica la creación del sindicato bien sea al Ministerio del Trabajo o al empleador, no siendo posible que se traslade en su contra la mora de la entidad ministerial de comunicar a la demandada la creación de la subdirectiva, ni que se *premie* la omisión de la UNP de verificar los antecedentes de su funcionaria, quien también había sido creadora del sindicato -al cual renunció en el mes de junio-, y se le cobraban cuotas sindicales por su vinculación a la nueva Subdirectiva Bogotá¹ (Audiencia virtual, récord 38:15, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

1 “

Gracias, señora juez. Señora juez pues de manera atenta le manifiesto que frente a la sentencia que usted acaba de proferir presentó el recurso de apelación en contra de la misma, teniendo en cuenta que no me encuentro de acuerdo en el sentido del fallo que usted acaba de proferir, en virtud de los siguientes aspectos, que los voy a exponer de manera general. El primer aspecto es que el fuero sindical es una garantía constitucional superior a las normas especiales que sobre fuero sindical se tiene y así lo ha señalado el artículo 39 de la Constitución nacional norma supra. Segundo, la jurisprudencia colombiana ha sido reiterativa en señalar que el registro sindical tiene publicidad cuando se realiza la primera comunicación de la creación de la del sindicato, en este caso de la subdirectiva, bien sea al Ministerio de Trabajo o a la entidad que funge como empleadora, por lo que en el caso que nos ocupa debe aplicarse este antecedente, esta jurisprudencia, pues con el fin de no vulnerar los derechos fundamentales de la señora Luz Adriana Ramírez Serna como trabajadora. En tercer lugar, no se le puede trasladar a mi poderdante la demora administrativa que tuvo el Ministerio de Trabajo en comunicarle a la entidad demandada la creación de la subdirectiva teniendo en cuenta y como se aportó en las pruebas documentales de esta demanda que si fue realizada la comunicación al Ministerio de Trabajo que se dio un radicado y que este ministerio no cumplió su deber legal de comunicarle a la entidad dentro de los términos establecidos, por lo tanto, la creación de esta subdirectiva que quedó en firme como cuarto punto que debe resolver el superior, no se puede premiar la omisión de la entidad demandada en omitir la verificación de los antecedentes de su funcionaria, incluso cuando antes de la creación de la subdirectiva fue también creadora del sindicato durante determinado tiempo o tuvo un determinado tiempo, tuvo un fuero, se le cobraban las cuotas sindicales ella renunció en el mes de junio, ya se le había notificado a la entidad demandada que no pertenece a ningún sindicato y en el mes de julio se le volvió a comunicar que la señora Luz Adriana Ramírez Serna hacía parte de la nueva Subdirectiva, Bogotá de SINDEUNP, si la entidad demandada no verificó esto a pesar de que aplicó los descuentos, no puede abstraerse la responsabilidad que le cabe a la UNP de no haber verificado en debida forma los antecedentes de la señora Luz Adriana Ramírez para poder desvincularla, como así lo hizo en septiembre 2022. Estos son los argumentos que tengo, señora juez, de manera general y como sustento, el recurso de apelación para que usted amablemente pueda remitirlo al superior para para la decisión final”.

La organización sindical SINDEUNP coadyuvó el recurso de apelación presentado por la demandante, y con ese fin agregó que el 2 de junio de 2022 informó la creación del sindicato a través de los correos electrónicos oficiales a todas las entidades que correspondía entre ellas a la Unidad Nacional de Protección, y en esa medida le correspondía a la entidad dar cumplimiento en el Código Sustantivo del Trabajo² (Audiencia virtual, récord 44:03, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No son objeto del debate en esta instancia los siguientes hechos que encontré probados la sentencia apelada, sin manifestación en contra por parte de la recurrente: i) que mediante Resolución 107 del 1 de febrero de 2019 la Unidad Nacional de Protección nombró con carácter ordinario en cargo de Libre Nombramiento y Remoción a LUZ ADRIANA RAMÍREZ SERNA como PROFESIONAL ESPECIALIZADO CODIGO 2028, GRADO 22, del cual tomó posesión el 19 de febrero de ese mismo año (folios 15 a 17, 18 y 62 a 65 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia); (ii) que por Resolución 1775 del 9 de septiembre de 2022, la Unidad Nacional de Protección declaró insubsistente el nombramiento de la demandante (folios 71 a 73, ibídem); (iii) que el 17 de julio de 2022 se creó la Subdirectiva SINDEUNP Bogotá D. C. de la que la demandante fue fundadora y designada Secretaría Jurídica de la Junta Directiva, designación que fue registrada ante el Ministerio

² “Sí doctora, con respecto a su fallo, pues coadyuvar el recurso de apelación en el sentido también de manifestar que de acuerdo a las facultades que se me dio en el poder conferido por el representante legal del sindicato manifesté de manera clara que el sindicato SINDEUNP, el día 2 de junio del año 2022, inmediatamente pasaron los 15 días que tenía el Ministerio para responder informó a través del medio idóneo que son los correos electrónicos oficiales a todas las entidades que les correspondía y entre esos, la unidad nacional de protección informándole sobre la creación del sindicato y, por lo tanto, era la parte que le correspondía al sindicato como tal para hacer el cumplimiento de la norma del Código Sustantivo del Trabajo y la Seguridad Social de todas maneras, en el en el plenario existen las evidencias que ha manifestado el apoderado de la parte demandante y simplemente era agregarle que la notificación que anteriormente se hacía de forma escrita o personal se está haciendo a través de los correos electrónicos y así se conoce ampliamente, por lo tanto el sindicato cumplió con enviar a los correos electrónicos a los correos oficiales que les correspondía, muy amable, señora juez. Por lo tanto, considero que acepte la alzada y que el superior decida muy gentil de su parte”

de Trabajo el 4 de agosto de 2022 (folios 51 a 57 y 58 a 59 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En estas circunstancias, y en consonancia con el recurso de apelación, la controversia se resuelve definiendo si la garantía de fuero sindical que alega tener la demandante le era oponible a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN para la fecha del retiro del servicio.

Para resolver lo que corresponde, recuerda la Sala que nuestro ordenamiento jurídico protege el *derecho de asociación sindical* de tres acciones concretas del empleador, en cuanto de ellas se pueda derivar una limitación o una afectación *cierta* al funcionamiento de las organizaciones sindicales: el despido, la desmejora en las condiciones de trabajo, y el traslado o cambio del lugar de trabajo de servidores amparados con fuero sindical.

Para hacer efectiva dicha protección, en la primera de tales eventualidades (el despido o terminación unilateral del contrato de trabajo), el ordenamiento jurídico impone al empleador que estime ocurrida una justa causa de terminación *unilateral* del contrato de trabajo, acudir ante un juez, mediante el procedimiento que regula el artículo 113 del CPL para que se califique la existencia de la causa y se autorice el despido del trabajador aforado. Con ello se protege a las asociaciones sindicales de decisiones del empleador que puedan afectar su funcionamiento por el despido arbitrario de sus directivos, o de otros miembros que gocen de estabilidad reforzada.

Según el artículo 406 del CST, tienen derecho al amparo sindical: a) los fundadores del sindicato, desde el día de su constitución hasta dos meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis meses; b) los trabajadores que ingresen al sindicato con anterioridad al reconocimiento de la personería jurídica de la organización sindical (inscripción en el registro sindical), para quienes subsiste el amparo por el mismo período de los fundadores; c) los miembros de la junta directiva de todo sindicato, federación o confederación, y los miembros de los comités seccionales (un principal y un suplente), durante el tiempo que dure el mandato y seis meses más; y d) dos de los miembros de la comisión estatutaria de

reclamos, para quienes subsiste el amparo por el mismo período de la junta directiva y por seis meses más.

Para ese efecto, el artículo 363³ del C.S.T. modificado por el artículo 43 de la Ley 50 de 1990, impone en cabeza de la organización sindical, la obligación de notificar su existencia al empleador, requisito que, si bien no afecta su validez, sí constituye un presupuesto para que la garantía foral sea oponible al empleador. La Corte Constitucional ha señalado claramente que la comunicación al empleador da publicidad a las decisiones del sindicato, y de ella se deriva su oponibilidad (C-465 de 2008). En la sentencia T-308 de 2018 esa Corporación explicó que *“(...) cuando el sindicato no remite notificación por escrito al empleador en los términos del artículo 363 y 371 del C.S.T., no se está cumpliendo una carga razonable para activar una protección de singular importancia. Si la finalidad de la norma, como se ha señalado, es garantizar la publicidad y seguridad jurídica de las personas obligadas por el fuero sindical, es apenas lógico que la protección se active una vez las personas obligadas conozcan quiénes son los sujetos amparados. En adición a ello, tal y como lo advirtió la sentencia C-734 de 2008, la notificación allí prevista constituye una garantía para los trabajadores que conforman el sindicato, pues el hecho de que “el empleador conozca de su existencia [la del sindicato y de los aforados], permite hacerle exigible la garantía de los derechos de los trabajadores fundadores del sindicato, de su junta directiva y de todos cuantos hayan participado en su constitución, particularmente para el fuero sindical” (énfasis añadido). Esto significa que el fuero sindical es oponible al empleador cuando éste conozca acerca de la existencia del sindicato, de sus fundadores y de los miembros de su junta directiva.”* Bajo esa orientación, concluyó que *“(i) si el sindicato le notificó por escrito al inspector de trabajo y al empleador, el fuero sindical es oponible a este último desde la fecha de la primera comunicación, según lo dispone la sentencia C-465 de 2008. A su vez, (ii) si el sindicato le notificó al inspector de trabajo y no al empleador, el fuero sindical solo será oponible a éste último, cuando conozca*

³ *“Una vez realizada la asamblea de constitución, el sindicato de trabajadores comunicará por escrito al respectivo empleador y al inspector del trabajo, y en su defecto, al alcalde del lugar, la constitución del sindicato, con la declaración de los nombres e identificación de cada uno de los fundadores. El inspector o alcalde a su vez, pasarán igual comunicación al empleador inmediatamente”*

efectivamente de la existencia del sindicato, sus fundadores y/o miembros de Junta Directiva, mediante la notificación realizada por el Ministerio de Trabajo o por información proveniente directamente de la organización sindical. En el caso (iii) de que el sindicato no comunique ni al Ministerio ni al empleador, la protección foral no puede activarse.” (destaca la Sala)⁴.

Con los anteriores referentes normativos y jurisprudenciales la Sala confirmará la sentencia apelada, pues al expediente no se allegó medio de prueba alguno del cual se pueda establecer que a la demandada se le hubiera informado por escrito sobre la constitución de la Subdirectiva del Sindicato de la Unidad Nacional de Protección y las Uniones Temporales SINTRADEUNP, comunicación de la cual se derivaría lo oponible de la garantía foral que alega la demandante.

No se acredita dicha comunicación con la constancia de *registro de creación y primera junta directiva de una subdirectiva o comité seccional* ante la Dirección Territorial de Bogotá del Ministerio del Trabajo (folios 58 a 59, archivo 02 del expediente digital) de la cual se deduce la comunicación al Ministerio, pero no a la UNP.

⁴ Esta postura fue igualmente acogida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 16635-2017, radicado 48554 en la que indicó que “para que fuera eficaz, válido y oponible el fuero sindical de las señoras Sandra Patricia Palacios, Mariela García Gamboa, María Fernanda Mesa Calero y Edilma Consuelo Ceballos Castillo, debió cumplirse con el requisito de comunicar a su empleador su condición de miembros de la organización sindical, de otra manera, se estaría violando la garantía superior del debido proceso, tal y como precisó en la sentencia que por iguales supuestos fácticos se plantearon y en donde fungió como accionante la misma sociedad (STL13109-2017).”

Para que sea oponible al empleador la condición de aforado de un trabajador, esta debe ser comunicada por escrito, por tanto, para el caso del empleador opera inmediatamente después de que tenido conocimiento y para el Ministerio del Trabajo surge la obligación de informar al empleador a efecto de que se surta la notificación de este, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-465 -08 del 14 de mayo de 2008 al declarar condicionalmente exequible el artículo 371 del C.S.T., en el entendido que «desde la perspectiva del derecho constitucional de asociación y libertad sindical, la respuesta apropiada es que la protección foral opere desde que se efectúa la primera notificación. Ello, por cuanto en el caso de que el primer notificado hubiere sido el empleador éste adquiere desde el mismo momento de la comunicación la obligación de respetar el fuero sindical de los nuevos dirigentes. Y porque, en el caso de que el primer notificado hubiera sido el Ministerio, éste adquiere la obligación de comunicar inmediatamente al empleador sobre la designación realizada», por lo que no se le puede imponer a la accionante una carga que no le corresponde, pues ello constituye una violación a la garantía constitucional del debido proceso.”

Tampoco se advierte el conocimiento de dicha situación por *conducta concluyente* del empleador como lo sugiere la demandante, ya que si bien en el expediente administrativo de la actora (carpeta 14) aparecen otorgados permisos sindicales, estos se dieron con anterioridad a la creación a la Subdirectiva del Sindicato SINTRADEUNP (el último fue el 10 de junio de 2022, folio 208), dada su vinculación a esa organización sindical – SINTRADEUNP- a la cual, según confesó en la apelación renunció en ese mismo mes, es decir, antes de participar en la constitución la subdirectiva reseñada. Además, fue con destino a ese mismo sindicato que se efectuó el descuento de la *cuota sindical* según se lee de los desprendibles de nómina.

Así las cosas, aunque el Ministerio del Trabajo fue el primero en ser notificado de la existencia de la nueva subdirectiva de la organización sindical, no hay prueba alguna de que se haya comunicado al empleador por el Ministerio ni por la trabajadora, ni tampoco que lo hubiera hecho el sindicato como era su obligación legal. No resulta plausible, como se pide en el recurso, que se asuma a favor de la demandante el incumplimiento del deber a cargo del sindicato y/o de la entidad ministerial, pues ello iría en contravía del derecho al debido proceso que le asiste a la demandada.

COSTAS en la apelación a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

- 1. CONFIRMAR** la sentencia apelada.
- 2. COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandante.

CÓPIESE NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Esta decisión la tomó la Sala Sexta Laboral, integrada por los magistrados,

EXP. 13 2022 00530 01

Luz Adriana Ramírez Serna contra la Unidad Nacional de Protección - UNP



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE

Magistrada

SALVO VOTO

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

Magistrado