



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**  
**Radicación No. 001-2018-00613-01**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: MARIA GLADIS VALERO VALERO y JOAQUIN STEVEN ROMERO VALERO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACION DEMANDANTE.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación concedido a favor de la demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 41º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 06 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Los apoderados de las partes presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto del 28 de julio de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **MARÍA GLADIS VALERO VALERO**, actuando en nombre propio y representación de su hijo **JOAQUIN STEVEN ROMERO VALERO**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, debidamente sustentada como aparece de folios 1-10, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**PRETENSIONES DECLARATIVAS:**

- 1. DECLARAR** que el afiliado **JOAQUIN ROMERO ROMERO (Q.E.P.D)**, cotizó al sistema general en pensiones un total de 766,71 semanas, entre el 26 de mayo de 1971 y el 1 de agosto de 1991

2. **DECLARAR** que el asegurado dejó causado la pensión de sobrevivientes prevista en el Acuerdo 049 de 1990, a favor de sus beneficiarios.

### **PRETENSIONES CONDENATORIAS**

3. **CONDENAR** a **COLPENSIONES** al pago de la pensión de sobrevivientes, desde el 28 de diciembre de 2008, fecha en que falleció el señor JOAQUIN ROMERO ROMERO.
4. **CONDENAR** a la entidad demandada, a pagar las mesadas pensionales causadas desde el 28 de diciembre de 2008, debidamente indexadas.
5. Costas procesales.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

**COLPENSIONES**, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que el afiliado no dejó causado el derecho pensional a favor de sus beneficiarios, ya que previo a su fallecimiento no cotizó el número de semanas exigidos por la legislación aplicable, esto es, la Ley 797 de 2003. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, entre otras.

Mediante proveído del 13 de diciembre de 2021, el Juzgado de origen, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada (folio 27 carpeta 27).

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 41º LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 6 de mayo de 2022, en el siguiente sentido:

**“PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones elevadas por la actora MARÍA GLADIS VALERO VALERO y JOAQUIN STEVEN ROMERO VALERO, por las razones expuestas en la parte emotiva de la sentencia.

**SEGUNDO: RELEVARSE** del estudio de las excepciones elevadas por la demandada.

**TERCERO: CONDENAR** en costas, incluidas las agencias en derecho a los demandantes y a favor de la demandada, en la suma única de un millón de pesos m/cte (\$1.000.000)

**CUARTO: REMITIR** copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURIDICA DEL ESTADO, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

**QUINTO:** *En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala Laboral del Tribunal de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de los demandantes.*

## **RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE**

El apoderado de la parte **demandante** interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria, indicando en síntesis que se desconoció el derecho al debido proceso, como quiera que para resolver la solicitud pensional, no se tuvo en cuenta el periodo o tiempo en que se efectuaron las cotizaciones por parte del afiliado fallecido, esto es, entre el 26 de mayo de 1971 al 1 de agosto de 1991. Que dichos aportes, se realizaron con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, Ley 860 de 2003 y 797 de 2003, siendo clara la sentencia T-062 de 2011, que es posible aplicar el Acuerdo 049 de 1990, cuando los aportes pensionales se cotizaron dentro del término en que esta última norma estuvo vigente. Así mismo expresó que la Sala de Casación Laboral en la sentencia con radicación 36109 de 2011, adujo que cuando el asegurado cumplió con un nivel elevado de semanas antes de la Ley 100 de 1993, aunque éste hubiese fallecido en vigencia del sistema de seguridad social integral, tienen sus beneficiarios al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por virtud del principio de la condición mas beneficiosa.

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si los demandantes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del afiliado JOAQUIN ROMERO ROMERO.

Al respecto debemos tener en cuenta que las pensiones de sobrevivientes por regla general se rigen por la norma vigente en que se produce la muerte del afiliado o pensionado. Sin embargo, por vía jurisprudencial se ha establecido una excepción a esa regla general, la que se deriva en la aplicación del principio de la condición más beneficiosa y se presenta, cuando ante un cambio del sistema de seguridad social en pensiones, el nuevo contempla unos requisitos más gravosos que el anterior.

Este criterio lo estableció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación N° 40662 del 15 de febrero de 2011 y SL 2843 de 2021, mediante la cual determinó que la condición más beneficiosa, se

distingue porque: (i) opera en el tránsito legislativo, y *ante la ausencia de un régimen de transición*; (ii) *se debe cotejar una norma derogada con una vigente*, y (iii) el destinatario posee una situación jurídica concreta, la cual es protegida, dado que con la nueva ley se le desmejora.

Así mismo, nuestro máximo órgano de cierre ha enunciado que, este principio no le permite al juzgador efectuar una búsqueda histórica en las legislaciones anteriores para ver cual se ajusta a la situación, en la medida que ello desconocería la aplicación inmediata de las leyes sociales y el hecho que éstas en principio rigen hacia el futuro, de acuerdo a lo definido en la sentencia 44509 del 14 de agosto de 2013, reiterada en la sentencia SL 2078 de 2022, lo que indica que solo este beneficio permite aplicar, la normatividad anterior a la que se encuentra vigente:

*“No es admisible aducir, como parámetro para la aplicación de la condición más beneficiosa, cualquier norma legal que haya regulado el asunto en algún momento pretérito en que se ha desarrollado la vinculación de la persona con el sistema de la seguridad social, sino la norma inmediatamente anterior a la vigente que ordinariamente regularía el caso. Es decir, el juez no puede desplegar un ejercicio histórico, a fin de encontrar alguna otra legislación, más allá de la que haya precedido –a su vez- a la norma anteriormente derogada por la que viene al caso, para darle una especie de efectos “plusultractivos”, que resquebraja el valor de la seguridad jurídica”*

En este orden de ideas, se tiene que en el presente asunto el afiliado JOAQUIN ROMERO ROMERO, falleció el 28 de diciembre de 2008 (folio 11 carpeta 3), por lo que la norma aplicable sería el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, que exige haber cotizado al sistema por lo menos 50 semanas dentro de los tres años anteriores al fallecimiento, condición que no cumplió el asegurado, ya que el último aporte lo efectuó en agosto de 1991 (folio 14 carpeta 3).

No obstante lo anterior, tal como se indicó, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha desarrollado la aplicación del principio de la condición más beneficiosa para el reconocimiento tanto de pensión de sobrevivientes como de invalidez, por lo tanto este beneficio permite aplicar, la normativa anterior a la que se encuentra vigente, que en el caso examinado sería la Ley 100 de 1993, en su texto original, mas no el Acuerdo 049 de 1990.

Ahora, en la sentencia con radicación 45262 del 25 de enero de 2017, la cual es acogida por esta Sala de Decisión, al tratarse del máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, estableció que solo es posible la aplicación de la

Ley 100 de 1993, por virtud del principio de la condición más beneficiosa, para aquellos afiliados que fallecieron en vigencia de la ley 797 de 2003, cuando el deceso ocurrió entre 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006: **“Solo es posible que la Ley 797 de 2003 difiera sus efectos jurídicos hasta el 29 de enero de 2006, exclusivamente para las personas con una expectativa legítima. Con estribo en ello se garantiza y protege, de forma interina pero suficiente, la cobertura al sistema general de seguridad social frente a la contingencia de la muerte, bajo la égida de la condición más beneficiosa. Después de allí no sería viable su aplicación, pues este principio no puede convertirse en un obstáculo de cambio normativo y de adecuación de los preceptos a una realidad social y económica diferente, toda vez que es de la esencia del sistema el ser dinámico, jamás estático. Expresado en otro giro, durante dicho periodo (29 de enero de 2003 – 29 de enero de 2006), el artículo 46 de la Ley 100 de 1993 continúa produciendo sus efectos con venero en el principio de la condición más beneficiosa para las personas con expectativa legítima, ulterior a ese día opera, en estrictez, el relevo normativo y cesan los efectos de este postulado constitucional.”**

A su vez el precitado precedente jurisprudencial previó, dos situaciones jurídicas a saber para la aplicación del este principio constitucional en el cambio normativo de la Leyes 100 de 1993 y 797 de 2003 así:

**“Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo:**

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en cualquier tiempo, anterior al 29 de enero de 2003.
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
- d) Que al momento del fallecimiento estuviese cotizando, y
- e) Que hubiese cotizado 26 semanas en cualquier tiempo, antes del deceso.

**Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo**

- a) Que al 29 de enero de 2003 el afiliado no estuviese cotizando.
- b) Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2002.
- c) Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006.
- d) Que al momento del deceso no estuviese cotizando, y

e) Que hubiese cotizado 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento.

(...)

#### **4.1 Afiliado que se encontraba cotizando al momento del cambio normativo y cuando falleció no estaba cotizando**

La situación jurídica concreta se explica porque el afiliado al momento del cambio legislativo, esto es, 29 de enero de 2003, se encontraba cotizando al sistema y había aportado 26 semanas o más en cualquier tiempo. Si el mencionado afiliado, además, no estaba cotizando para la época del siniestro de la muerte - «hecho que hace exigible el acceso a la pensión»- que debe sobrevenir entre el 29 de enero de 2003 y 29 de enero de 2006, pero tenía 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, es dable la aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Acontece, sin embargo, que de no verificarse este último supuesto, no aplica tal postulado.

En el asunto bajo examen el señor JOAQUIN ROMERO ROMERO, para la calenda en que empezó a regir la Ley 797 de 2003 (29 de enero de 2003), no se encontraba cotizando (folio 14 carpeta 3), por lo que se considera que se encuentra en la segunda hipótesis descrita- **Afiliado que no se encontraba cotizando al momento del cambio normativo.**

Al revisar los supuestos a efectos de determinar el cumplimiento de los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en desarrollado del principio de la condición más beneficiosa, encontramos:

1. **Que al 29 de enero de 2003 el causante no estuviese cotizando:** de acuerdo con la Historia Laboral, el señor ROMERO ROMERO, para dicha fecha efectivamente no estaba efectuando aportes.
2. **Que hubiese aportado 26 semanas en el año que antecede a dicha data, es decir, entre el 29 de enero de 2002 y el 29 de enero de 2003.** Según da cuenta la historia laboral del asegurado, durante dicho lapso no realizó cotizaciones. La última cotización anterior a este período data del año 1991.
3. **Que la muerte se produzca entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2006:** el deceso del señor JOAQUIN ROMERO ROMERO, ocurrió el 28 de diciembre de 2008 .
4. **No cotizó 26 semanas en el año que antecede al fallecimiento (folio 14 carpeta 3).**

Luego es dable concluir que el causante JOAQUIN ROMERO ROMERO, no dejó causado el derecho pensional para que sus beneficiarios accedieran a la pensión de sobrevivientes, pues además de que el deceso se presentó después de los tres años que contemplo el precedente jurisprudencial para la prolongación de este principio constitucional, no cotizó el número de semanas exigidos por la Ley 100 de 1993, al momento del cambio legislativo.

Por último, cabe mencionar que la parte demandante solicita la aplicación del Acuerdo 049 de 1990, para obtener el beneficio pensional por el riesgo de muerte, mas no por vejez, frente a lo cual se ha de indicar que, para el caso de la pensión de sobrevivientes, ni la Ley 100 de 1993, ni la Ley 797 de 2003, regularon un régimen de transición para aquellos asegurados que, en los respectivos tránsitos legislativos, consideraran afectadas sus expectativas para acceder a esta prestación económica, empero como se ha venido mencionado este vacío fue completado por la jurisprudencia a través del principio de la condición más beneficiosa.

A lo que se debe adicionar que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, creó el régimen de transición exclusivamente aplicable para la pensión de vejez del subsistema de prima media con prestación definida, pues basta una lectura del precepto jurídico para concluir que nada reguló sobre la pensión por muerte.

La citada norma, consagró un régimen de transición para la pensión de vejez en beneficio de aquellas personas que, antes de la vigencia del nuevo sistema de pensiones, por su edad o densidad de cotizaciones, tenían la posibilidad cercana de causar una pensión, de vejez, bajo las reglas de regímenes anteriores.

Ahora quienes, siendo beneficiarios del citado régimen, no causaron el derecho pensional de vejez bajo las condiciones que les fueron reservadas del régimen anterior, perdieron tal expectativa.

Así las cosas, no desconoce la Sala que el afiliado JOAQUIN ROMERO ROMERO, por contar con más de 43 años al 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigor del sistema general de pensiones, adquirió la calidad de beneficiario del régimen de transición de la pensión de vejez; sin embargo, como quiera que, falleció el 28 de diciembre de 2008, sin haber alcanzado la edad (60 años), ya que nació el 28 de abril de 1940, como tampoco la densidad de cotizaciones exigidas en el art. 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el art. 1 del Decreto 758 de la misma anualidad, - mínimo 500 semanas pagadas en los 20 años anteriores a la edad mínima o 1000 en cualquier tiempo - no dejó causado el derecho a la pensión de vejez regulado en aquella disposición *-solo cotizó 766,71, entre el 26 de mayo de 1971 al 1 de agosto de 1991 -*.

Los argumentos expuestos resultan suficientes para **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, en cuanto ABSOLVER a la entidad de seguridad social, de las pretensiones esbozadas en el escrito inicial, ya que el afiliado fallecido no dejó causado el derecho pensional a favor de sus beneficiarios.

**COSTAS.**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, el día 6 de mayo de 2022, conforme se expuso.

**SEGUNDO: Sin Costas** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los magistrados,

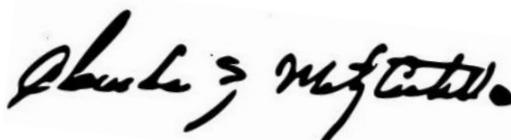


**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**PONENTE**



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ**



**CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO**

**CON ACLARACION DE VOTO**

**EXPEDIENTE DIGITAL:** [11001310500120180061301](https://expediente.digita.gov.co/11001310500120180061301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 12-2020-00193-01**

Bogotá D.C., septiembre veintinueve (29) de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: JUAN DIEGO PUENTES BALLESTEROS**  
**DEMANDADO: C Y G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS**  
**ASUNTO : RECURSO DE APELACION PARTE DEMANDANTE Y DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de diciembre de 2021, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Las partes presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 8 de abril de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor **JUAN DIEGO PUENTES BALLESTEROS** instauro demanda ordinaria laboral contra de **C&G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS** con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**DECLARACIONES:**

- 1) Que se declare que entre las partes existió una vinculación laboral contractual por el periodo comprendido entre el 2 de marzo de 2015 hasta el 31 de agosto de 2019, sin solución de continuidad.
- 2) Que se declare que la desvinculación del demandante se debió a un despido sin justa causa, esto es, por decisión unilateral del empleador demandado.
- 3) Que se declare que el salario real percibido por el demandante a la fecha en que se da por terminado su contrato de trabajo, para con el empleador demandado era de \$5.300.000.
- 4) Que se declare que todo lo percibido por el trabajador hoy demandante lo conminaba a presentar mediante cuenta de cobro, eran factores salariales y por lo tanto se debe considerar como parte integrante del salario percibido por el actor durante su vinculación laboral.
- 5) Que se declare que el empleador demandado está obligado al reconocimiento y pago a favor del demandante, de todas las sumas de dinero debidas a su favor y por concepto de la vinculación laboral contractual sucedía por el tiempo correspondiente y de que tratan los hechos de la presente demanda.
- 6) Que se declare que el empleador está obligado al pago de los aportes patrono – laborales correspondientes y con destino a COLFONDOS por todo el tiempo y durante la vinculación laboral suscrita entre las partes, según las fechas denotadas en los hechos de la presente demanda.

#### **CONDENATORIAS:**

- 1) Al reconocimiento y pago a favor del trabajador, de lo debido por concepto de salarios, cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios, vacaciones, auxilio de transporte y demás emolumentos que resulten probados a su favor.
- 2) A un día de salario por cada día de demora en el pago de las prestaciones sociales debidas y todo el tiempo laborado (Art. 99 de la Ley 50 de 1990),
- 3) A la indemnización por falta de pago a la terminación del contrato de prestaciones sociales y salarios debidos, correspondiente a una suma igual al último salario diario por cada día de retardo (Art. 65 CST).
- 4) Al pago de las sumas de dinero debidas a favor del trabajador debidamente indexadas.
- 5) A los aportes y diferencias no pagados a una entidad de seguridad social que el demandante considera que debe serlo frente a COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SA

COLFONDOS, tomando como IBC el salario realmente devengado por el demandante.

- 6) Al pago de la indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que el trabajador demandante laboró y por los periodos denotados en acápite de los hechos de la presente acción judicial.
- 7) A pagar las anteriores sumas de dinero debidas, más los intereses que por Ley corresponda
- 8) Ultra y extra petita.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La demandada C&G CONSULTORIA Y GERENCIA DE PROYECTOS LTDA contestó la demanda, de acuerdo al auto que data del 1 de marzo de 2021. Se opusieron a las pretensiones del demandante, proponiendo excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 12° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 1 de diciembre de 2021:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre las partes **JUAN DIEGO PUENTES BALLESTEROS** y la empresa **C&G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A.S** no se presentó concurrencia de contratos conforme a lo expuesto.

**SEGUNDO: DECLARAR** que lo recibido por el señor **JUAN DIEGO PUENTES BALLESTEROS** por concepto de honorarios desde el 2 de marzo de 2015 hasta el 31 de agosto de 2019 es salario, conforme lo expuesto.

**TERCERO: DECLARAR** que los salarios mensuales reales devengados por el señor **JUAN DIEGO PUENTES BALLESTEROS** como trabajador, durante la vigencia del contrato de trabajo con la demandada **C & G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A.S**, fueron los siguientes:

Año	Salario
2015	\$4.600.000
2016	\$4.800.000
2017	\$4.960.000
2018	\$5.128.000
2019	\$5.304.000

**CUARTO: CONDENAR** a la demandada **C & G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A.S**, a pagar al demandante señor **JUAN DIEGO**

**PUENTES BALLESTEROS** con ocasión de la reliquidación de prestaciones las siguientes cantidades:

- a. \$3.446.600.00 pesos por concepto de prima de servicios,
- b. \$7.195.288.089 centavos por cesantías,
- c. \$793.757.093 centavos por intereses a las cesantías,
- d. \$113.330.078 centavos por vacaciones,
- e. A la indexación de anteriores sumas a partir del 1 de septiembre de 2019 y hasta la fecha en que se produzca el pago respectivo.
- f. Al pago de las diferencias por aportes pensionales generados entre el 2 de marzo de 2015 hasta el 31 de agosto de 2019, teniendo como ingreso base de cotización los salarios establecidos en el ordinal tercero de esta sentencia dineros que deberán ser cancelados a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS o al fondo donde se encuentra afiliado actualmente el demandante, lo anterior conforme a lo expuesto.

**QUINTO: DECLARAR** probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a la liquidación de la prima de servicios causada entre marzo 2015 y hasta junio de 2017, las demás excepciones se declaran no probadas conforme lo expuesto.

**SEXTO: ABSOLVER** a la demandada **C & G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A.S**, de las demás pretensiones incoadas en su contra conforme lo expuesto.

**SEPTIMO: CONDENAR** en costas a la demandada quien por secretaria incluyesen como agencia en derecho la suma de \$800.000.00 pesos a favor del demandante.”

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandante** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

1. **SANCIÓN ART. 99 DE LA LEY 50 DE 1990 Y SANCIÓN MORATORIA ART. 65 CST:** Solicita se revoque la absolución por éstos conceptos, como quiera que se encuentra acreditada la mala fe del empleador al no hacer la consignación total de los aportes de las cesantías con el valor realmente devengado, en tanto que como lo ha mencionado la Corte Suprema de Justicia, no basta con que la demandada indique que tenía la creencia de que se trataba de un contrato de prestación de servicios, por el contrario, en este tipo de casos, se debe dar razones serias y atendibles, lo cual no pasó en este proceso, todo lo contrario, las pruebas arrimadas al plenario, indican

que, todo esto fue una maquinaria fraudulenta por parte del empleador para ocultar un valor que en realidad era salario.

Lo anterior, como quiera que, se modificó el concepto por el cual se facturó, situación que está probado que nunca sucedió, aunado al hecho que el valor de facturación varió, por otro lado, cuando el contrato pasó a tiempo completo, el valor del contrato aumentó, por lo que igualmente aumentó el valor de la factura a \$1.600.000.

Adicionalmente, está probado que la parte demandada el manual de funciones del demandante, en donde se indica que dentro de su objeto estaba el mantenimiento de equipos, y en ese orden, al decir que existía un manual de funciones que conocía el demandante, no puede desconocerse entonces que era un contrato de trabajo, y que percibía salario, y que se reunían mensualmente para coordinar los pagos de los proveedores, es increíble que en 4 años, no se hayan dado cuenta que dicha factura no correspondía a un valor realmente prestado, lo que dan cuenta que en verdad esa remuneración en verdad correspondía a salario, y en el evento de que paguen honorarios, lo que se buscaba engañar al sistema de seguridad social, en consecuencia procede las sanciones de que trata el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 y del Art. 65 del CST.

La **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia proferida en primera instancia:

- 1. EXISTENCIA DE CONTRATO LABORAL:** Solicita se revoque la condena impuesta, como quiera que, no existe la conexidad que invoca el Juez de instancia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, pues el único argumento que expuso el Juzgado fue que para contratar al demandante fue para desempeñar las funciones desempeñadas del cargo de coordinador de sistemas, y que le correspondía realizar el back up, función específica que las ejecutaba en el contrato de prestación de servicios, confusión que se generó con la terminología aparente, y que a criterio del A Quo, no había diferencia en las funciones desempeñadas en los contratos, omitiendo el significado y objeto del contrato comercial, en el cual única y exclusivamente correspondió al mantenimiento de equipos entendiendo esto como el ejercicio de mantener en el mejor estado posible los equipos de cómputo de la compañía y el manteniendo de los servidores de la misma. Por otro lado, ignoró el A Quo en el análisis total de las pruebas, toda la documentación relacionada y adjuntada en la contestación de la demanda

específicamente de aquella que tiene que ver con la presentación o las presentaciones de las facturas por el demandante, el pago de IVA, las retenciones en la fuente o RETE ICA o generaciones del RUT y las diferentes consignaciones realizadas en el ejercicio de una prestación de servicios profesionales.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **DE ORDEN FACTICO Y JURÍDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Sí de conformidad con la prueba recauda dentro del proceso es procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo vigente desde el 2 de marzo de 2015 al 31 de agosto de 2019. **2.** En caso afirmativo, si hay lugar o no a condenar a la demandada por concepto de indemnización moratoria de que trata el Art. 65 del CSRT y sanción por no consignación de cesantías de que dispone el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 al acreditarse la mala fe de la sociedad accionada.

### **EXISTENCIA DEL CONTRATO DE TRABAJO:**

El Juzgado de instancia declaró que entre las partes **JUAN DIEGO PUENTES BALLESTEROS** y la empresa **C&G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A.S** no se presentó concurrencia de contratos conforme a lo expuesto. En consecuencia, declaró que lo recibido por el señor **JUAN DIEGO PUENTES BALLESTEROS** por concepto de honorarios desde el 2 de marzo de 2015 hasta el 31 de agosto de 2019 es salario, conforme lo expuesto.

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la demandada presentó recurso de apelación, indicando que, no existe la conexidad que invoca el juzgador de instancia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, pues el único argumento que expuso el Juzgado fue que para contratar al demandante fue para desempeñar las funciones desempeñadas del cargo de coordinador de sistemas, y que le correspondía realizar el back up, función

específica que las ejecutaba en el contrato de prestación de servicios, confusión que se generó con la terminología aparente, y que a criterio del A Quo, no había diferencia en las funciones desempeñadas en los contratos, aunado al hecho que no se tuvo en cuenta la totalidad de las pruebas, específicamente aquella en la que tiene que ver con la presentación de facturas por el demandante, pago de IVA, RETEICA, generación del RUT, etc.

Así las cosas, la Sala acomete el estudio minucioso de la prueba testimonial y documental obrante dentro del plenario a fin de establecer si entre las partes existió una relación laboral en los términos indicados en la demanda, conforme lo concluyera el juzgador de primer grado.

De acuerdo a lo anterior, Conforme lo consagra el art. 22 del C.S.T., el contrato de trabajo debe entenderse como *“aquél 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 “*.

Así pues, para que resulten probadas sus pretensiones, es necesario acudir a lo dispuesto en el artículo 23 del C.S.T., que dispone la existencia de tres elementos para la configuración del contrato de trabajo a saber: 1) **la actividad personal del trabajador**, 2) **remuneración** y 3) la **subordinación**, la cual, valga aclarar, se diferencia de los anteriores al ser sólo predicable en la existencia de un contrato de trabajo.

Significa lo anterior que, la existencia del vínculo laboral depende primordialmente de la “situación real “en la que se encuentre la persona que hace las veces de trabajador y no de la “situación formal “o del acto celebrado entre las partes.

De encontrarse acreditados los elementos mencionados, el contrato de trabajo así tenga una denominación formal propia, debe ser tomado como lo que realmente es y no lo que aparenta ser. En apoyo de ello nuestra Constitución Política en el artículo 53 consagra el principio de primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales.

Dentro de éste orden, si quien presta sus servicios personales y deriva de ello una retribución económica directa alega que el vínculo contractual que sostiene es de estirpe laboral, y no civil o de prestación de servicios, le corresponde como carga probatoria acreditar efectivamente la prestación del servicio y su remuneración,

quedando a cargo de quien la niega la carga de acreditar que esa relación no era subordinada o que estando en presencia de elementos denotativos de la misma no se trataba en realidad de aquella subordinación jurídica presente en los contratos de trabajo.

Así entonces, la carga probatoria respecto de la subordinación jurídica no es imputable al trabajador por el hecho de que alegue la existencia de un contrato de trabajo, pues la exigencia probatoria respecto de él, como viene dicho, es la demostración de la prestación personal del servicio y su retribución.

Cumpliendo el trabajador con esa carga probatoria se activa a su favor la presunción de que esa relación estaba regida por un contrato de trabajo, la cual por ser una presunción legal es susceptible de ser desestimada mediante la demostración del hecho contrario.

Descendiendo al *sublite*, la demandante alega que prestó sus servicios para la demandada en una relación laboral desde el 2 de marzo de 2015 al 31 de agosto de 2019, desempeñando el cargo de coordinador de sistemas. Sin embargo, que si bien la demandada le exigía pasar una cuenta de cobro por un supuesto concepto adicional de "arrendamiento de servicio" por la remuneración adicional de \$1.600.000, lo cierto es que dicha suma era salario

La sociedad demandada por su parte, niega la existencia de la relación laboral en los términos planteados en la demanda, indicando que efectivamente hubo una concurrencia de contratos, y que la conexidad que invocó el juzgador de instancia entre el contrato de prestación de servicios y el contrato de trabajo, no son las mismas en ambos contratos, pese a confusión que se generó con la terminología aparente, entre tanto, existía diferencia en las funciones desempeñadas en ambos contratos específicamente aquella en la que tiene que ver con la presentación de facturas por el demandante, pago de IVA, RETEICA, generación del RUT, etc.

Así las cosas, la jurisprudencia ha sido reiterada en señalar que, quien invoca la condición de trabajador, debe además de afirmarlo, acreditar la prestación personal del servicio y sólo entonces se presume el contrato de trabajo, como lo predica el artículo 24 del C.S.T. Bien sabido es, que a quien invoca la condición de trabajador no le basta con afirmar que el contrato de trabajo se estructuró, sino que debe acreditar la prestación personal del servicio para que en aplicación del artículo 24 del CSTSS se presuma el contrato de trabajo y en ese orden de ideas, queda en

cabeza de la parte demandada la carga de desvirtuar la existencia de subordinación y entonces, demostrar la existencia de un contrato con características diferentes a uno de trabajo, precisando que la parte demandada señala que el elemento de subordinación no se encuentra acreditado dentro del presente asunto.

Ahora bien, como sustento de su pretensión, el demandante allegó al plenario copia de contrato de trabajo y certificación expedida por la demandada, en la que certifica que el demandante devengaba un salario de \$3.704.400, con lo que se acredita el verdadero contrato de trabajo suscrito entre las partes.

Ahora, respecto del vínculo que aduce la demandada la cual era de prestación de servicios, por el mismo tiempo de vigencia del contrato de trabajo, y que para el efecto el demandante debía pasar una cuenta de cobro para que le fuera cancelada la suma adicional de \$1.600.000 por concepto de honorarios, frente a lo cual el demandante solicita sea reconocido ese valor y sea incluido como salario un total de \$5.300.000 y en consecuencia de re liquide las prestaciones sociales, ha de señalar que, la demandada aduce en la contestación de la demanda que, ese contrato de prestación de servicios existía incluso, con anterioridad a la suscripción del contrato laboral, esto es, desde el 13 de noviembre de 2014, cuyo objeto consistía en el mantenimiento de equipos, con unos honorarios de \$1.446.622.

Así las cosas, reposa contrato de prestación de servicios suscrito el 13 de noviembre de 2014, con el objeto de que el demandante prestara sus servicios a la empresa demandada: la *administración de mantenimiento de equipos y servicios* de C&G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS, percibiendo la suma de \$1.446.622 como honorarios, cuya duración inicial fue hasta el 12 de mayo de 2015, precisando en todo caso que las partes suscribieron contrato de trabajo a término indefinido el 2 de marzo de 2015.

Al respecto, vale la pena traer a colación el artículo 25 del código sustantivo del trabajo que dispone: “**CONCURRENCIA DE CONTRATOS.** Aunque el contrato de trabajo se presente involucrado o en concurrencia con otro, u otros, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código.”

No obstante, para que surta efectos dicha figura es necesario que esos contratos sean autónomos e independiente entre sí y en ese sentido, que tengan distintos objetos contractuales y que las relaciones entre uno y otros no se confundan, pues en el evento en que no exista autonomía e independiente entre éstos, se estaría

frente a la existencia de un solo contrato en virtud del principio de la realidad sobre las formas.

Así las cosas, al revisar con detenimiento el objeto del contrato de prestación de servicios que existió entre las partes, el mismo consistía en la administración **de equipos y servidores de equipos de C&G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS**, función para la cual fue vinculado el demandante a través de contrato de prestación de servicios, en tanto que fue contrato a través de contrato laboral para el cargo de **coordinador de sistemas**.

Lo anterior, como quiera que de conformidad con el archivo 8 del documento denominado "Anexo Contestación", reposa MANUAL DE RESPONSABILIDAD HSEQ - en el cargo "4.2 Coordinador de sistemas", llamado el archivo "FUNCIONES JUAN DIEGO", en el que se indican las responsabilidades básicas del cargo, así:

- Mantener control y orden sobre los equipos de la oficina.
- Mantener actualizada la información de los activos fijos (inventario) de la compañía relacionados con los equipos de cómputo, impresoras, escáner, servidores, discos duros etc.
- Dar soporte técnico en proyectos al inicio y cada vez que se requiera siguiendo instrucciones de su jefe inmediato.
- Realizar los back up a los equipos de cómputo y servidores de acuerdo con los procedimientos internos.
- Realizar back up a los equipos de cómputo y formatearlos al finalizar un proyecto extrayendo la información a la estructura del archivo de la compañía.
- Las demás que le sean asignadas por el gerente administrativo y por los representantes legales.

Funciones estas que debía ejecutar el demandante en el cargo de coordinador de sistemas, en ejecución del contrato de trabajo, funciones éstas que se asemejan con el objeto del contrato de prestación de servicios que consistía en:

*"PRIMERA: OBJETO.- EL CONTRATISTA se compromete a prestar sus servicios profesionales en la administración de mantenimiento de equipos y servidores de CYG Ingeniería y Construcción SAS"*

Conforme lo expuesto, se tiene por acreditado que al revisar las funciones desempeñadas por el demandante en virtud del contrato de prestación de servicios

y las desempeñadas como coordinador de sistemas no pueden ser consideradas autónomas o independientes, en tanto que ambas en últimas se tratan de dar mantenimiento de equipos y servidores de C&G INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN SAS, sin que una u otra se convierta en diferenciador que la haga autónoma o independiente en los términos del artículo 25 del CST.

Se recibió el interrogatorio de parte al representante legal de la empresa demandada, quien manifestó que el contrato de prestación de servicio se terminó y se liquidó en el mismo momento en que el demandante se retiró de la compañía. Que, el contrato de prestación de servicios era para que el actor realizara el mantenimiento a los equipos de la compañía de los servidores y equipos de cómputo en general en el área de sistemas, back up y que la información estuviera debidamente guardada en los servidores. Que, el demandante se contrató por otro lado, mediante vínculo laboral para las funciones diarias, como legalidad del software, que los equipos de cómputo se encuentren al día, asistencia para cada uno de los ingenieros de la compañía, montaje en el sistema de comunicación que hacían en la obras, montaje en el sistema de información que se hacían con alturas, que la información estuviera debidamente guardada en los servidores, asistencia técnica, dijo que entre las funciones de contrato de trabajo no estaba previsto lo relacionado con back up. Que el demandante prestaba servicios los fines de semana y en horas adicionales a la laboral.

Por su parte, el demandante en su interrogatorio de parte manifestó que, la prestación de servicio los fines de semana fue de manera esporádica.

Por otro lado, se recibió el testimonio de la señora **AURA LINETH ORTIZ VARELA**, quien relató sobre la existencia de los dos contratos que suscribió el demandante, uno laboral a término indefinido y le otro de prestación de servicios.

Conforme la prueba recaudada, se concluye que, las funciones realizadas por el demandante en virtud del contrato de prestación de servicios, como el contrato laboral son las mismas, sin que exista un elemento o aspecto relevante que permita diferenciarlos, pues el mismo representante legal no fue claro en manifestar que efectivamente las funciones eran diferentes, y en ese sentido, se despacha desfavorablemente las súplicas de la parte demandada, en tanto que las actividades desarrolladas en ambos contratos suscritos por las partes tienen connotación de salario, sin que sea posible declarar la concurrencia de dos contratos, como lo pretende la parte demandada, en los términos del artículo 25 del CST.

Ahora, si bien en las cuentas de cobro se introdujo el logotipo del establecimiento de comercio del demandante, en la que facturaba y cobraba el respectivo IVA por el producto que ofrecía, lo cierto es que ese servicio nunca se prestó, la única actividad adicional que prestó el actor y que no hacía relación con su contrato de trabajo correspondió a abril del año 2018, donde además de pagarse la suma de \$1.600.000 por concepto de arrendamiento de equipos, se le canceló la suma de \$350.000 por concepto de toma de fotos con dron en el parque el lago, situación que incluso fue confesado por el mismo demandante, adicionalmente, se le pagó un concepto de monitor en octubre de 2018, situación que no desnaturaliza los valores pagados al demandante, como lo pretende el apoderado de la parte demandada.

Finalmente, vale la pena resaltar que el contrato de prestación de servicios se dio por terminado al mismo tiempo en que se finalizó el contrato de trabajo, de lo que se concluye que, la existencia del contrato de prestación de servicios dependía de la vigencia del contrato de trabajo, en tanto que ambos se terminaron para la fecha de desvinculación del demandante.

En consecuencia, la suma de \$1.600.000 que devengaba como honorarios el demandante, debe ser considerado como salario, tal y como lo indicó el juzgador de primera instancia, en atención que no se diferenciaron las funciones que el demandante cumplía bajo el denominado contrato de prestación de servicios y las funciones que cumplía el demandante en virtud del contrato de trabajo lo que desvirtúa la concurrencia de contratos en la forma antes indicada, confirmando este punto de decisión, relevándose la Sala de revisar las condenas impuestas, por no ser punto expreso de apelación.

#### **INDEMNIZACIÓN ART. 99 DE LA LEY 50 DE 1990 E INDEMNIZACIÓN MORATORIA DE QUE TRATA EL ART. 65 DEL CST:**

El juzgador de primer grado absolvió a la demandada a pagar la indemnizaciones de que tratan el Art. 99 de la Ley 50 de 1990, así como del Art. 65 del CST; por cuanto no se acreditó la mala fe de la empresa C&G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS, al estar éstos convencidos de que su actuar se encontraba pegado al imperio de la Ley, y tan solo con la emisión de la sentencia de primera instancia se pudo determinar la obligación que le existe de tener el valor pagado como honorarios en virtud del contrato de prestación de servicios, en verdad correspondían a salario.

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado del demandante presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión y en su lugar, se acceda a la condena pretendida, en atención a que, si se encuentra acreditada la mala fe de la demandada al no hacer la consignación total de las cesantías, esto es, teniendo en cuenta el valor real del salario devengado por el demandante, pues no basta con que se tenga la creencia de que se trataba un contrato de prestación de servicios, por el contrario, este tipo de casos, se debe dar razones serias y atendibles de porque ocurrieron las cosas, lo cual no pasó en el presente asunto, pues se demuestra que todo este actuar fue una maniobra fraudulenta por parte del empleador para ocultar un valor que en realidad era salario.

En punto a la indemnización por no consignación de cesantías, prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se impone ante el incumplimiento de trasladar el pago de la prestación al fondo de cesantías elegido por el trabajador, dentro del plazo legal – 14 de febrero del año siguiente, causándose por un día de salario por cada día de retardo en su consignación, y se liquida hasta la fecha de terminación del contrato.

No obstante, como quiera que la imposición de la indemnización moratoria por falta de depósito del auxilio es eminentemente sancionatoria, su aplicación no es automática, sino que se genera cuando el empleador se sustrae, sin justificación atendible, a la consignación de las cesantías a un fondo previsto para tal fin, luego debe analizarse la conducta del empleador para determinar si existen circunstancias que lo eximan de su pago.

En el caso en cuestión, resulta oportuno traer a colación la sentencia CSJ SL3936-2018, en donde la Corte reflexionó *«Por tanto, la forma contractual adoptada por las partes no es suficiente para eximir de la sanción moratoria, en la medida que, igualmente, deben ser allegados al juicio otros argumentos y elementos que respalden la presencia de una conducta conscientemente correcta»*.

Siguiendo los lineamientos jurisprudenciales expuestos, al efectuar un análisis pormenorizado de las pruebas recaudadas, esta Sala considera que no se encuentra acreditada la buena fe en el comportamiento de C&G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS, como quiera que no se acreditó por qué una parte del salario se cobraba a través de cuenta de cobro, en virtud del supuesto contrato de prestación de servicio, pese a que estaba ejecutando las mismas funciones por las cuales se contrató con el contrato de trabajo, y en consecuencia, no se evidencian

razones atendibles para sustraerse de sus obligaciones como empleador, en la omisión en la consignación COMPLETA del auxilio de cesantía en un fondo, o pago completo de prestaciones sociales, como quiera que al reconocer el valor cancelado por concepto de honorarios como salario, se ordenó la re liquidación de prestaciones sociales.

Ahora bien, como quiera que se DECLARÓ probada parcialmente la excepción de prescripción respecto a la liquidación de la prima de servicios causada entre marzo 2015 y hasta el 14 de junio de 2017, el cual no fue objeto de apelación, recuérdese que la sanción o indemnización moratoria por no consignar las cesantías están sujetas al fenómeno de la prescripción, por lo tanto, el derecho debe ejercerse oportunamente. El momento de la prescripción empieza a correr desde la fecha en que vence el plazo para consignar las cesantías al fondo, como lo recuerda la sala laboral de la Corte suprema de justicia en sentencia 70892 del 3 de diciembre de 2019:

*«Al respecto debe precisarse, que la prescripción no corre de igual forma tratándose de las cesantías y de la sanción por la no consignación de estas, dado que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, siendo que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto de la sanción moratoria del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado y que se omitió consignar, por cuanto su exigibilidad data desde dicho día;»*

No obstante lo anterior, no se observa documental alguna con la que se acredite que efectivamente al demandante le hayan consignado las cesantías de los años proporcional de 2017 y 2018 a un fondo de cesantías, respecto del valor reconocido por concepto de supuestos honorarios.

Para efectuar el cálculo de la sanción moratoria prevista en el art. 99 de la Ley 50 de 1990, debe precisarse que la misma se hace exigible el 15 de febrero de cada anualidad, respecto al auxilio de cesantía causado en el año inmediatamente anterior, pues antes de dicha data el empleador debe consignarlo en el fondo de elección del trabajador, y de incumplir ese plazo, debe pagar un día de salario por cada día de retardo. Para su liquidación, ha de tenerse en cuenta el salario base de liquidación de cada auxilio de cesantía que origina la sanción moratoria por la omisión en su consignación, sin que en ningún caso se cause de manera concomitante o simultánea, con la misma sanción por el siguiente periodo de

causación del derecho o con la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST.

Es por lo anterior que habría lugar de **REVOCARSE** parcialmente el NUMERAL SEXTO de la sentencia proferida en primera instancia, puesto que se estableció en el proceso que la demandada no consignó anualmente el auxilio de cesantías, para en su lugar ordenar su condena, a excepción de las que se encuentran prescritas las prestaciones causadas con anterioridad al 14 de junio de 2017.

En consecuencia, se **CONDENARÁ** a C&G INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN SAS, para que se reconozca la sanción por no consignación de cesantías de que trata el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 a un día de salario de cada anualidad, de la fracción del año **2017** a partir del 14 de febrero de 2018 al 13 de febrero de 2019, y del año **2018** a partir del 14 de febrero de 2019 al 19 de agosto de 2019, fecha en que se terminó la relación laboral.

En relación a la fracción del año **2019**, se absolverá como quiera que el empleador no tenía la obligación de consignar las cesantías, sino que por el contrario, debía cancelarlas en la liquidación final de prestaciones sociales, cesantías que se ordenaron cancelar en la sentencia de primera instancia.

Finalmente, el artículo 65 del CST dispone que sí *a la terminación del contrato*, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)»*.

Ahora bien, vale la pena traer a colación la sentencia SL2805 de 2020 que adoctrinó:

*“Así las cosas, sin que resulten necesarias más consideraciones, se revocará parcialmente la decisión de primer grado y, en su lugar, se impondrá la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. Específicamente, como el trabajador devengaba una suma superior al salario mínimo legal para el año 2010, esto es, \$609.350, según lo determinó el Tribunal y no se desvirtuó en casación, además de que **la demanda fue presentada después de los 24 meses de terminada la relación laboral – 24 de octubre de 2013 (fol. 15) – solo se deben intereses moratorios sobre las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales**, los que se causan a partir del día siguiente a la fecha en que terminó la relación laboral, esto es, 1 de diciembre de 2010.*

*Así lo ha establecido esta Sala de la Corte al fijar la interpretación correcta de la referida norma, en los siguientes términos:*

*Esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 6 May 2010, Rad. 36577, reiterada en las CSJ SL, 3 May 2011, Rad. 38177 y CSJ SL, 25 Jul 2012, Rad. 46385, fijó su criterio sobre la sanción prevista por la norma pre transcrita, en los siguientes términos:*

*En este caso es un hecho no discutido que la relación laboral de la demandante terminó el 31 de diciembre de 2003, de tal suerte que, como lo afirma la censura, para ese momento ya se encontraba rigiendo el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que introdujo una modificación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Según aquella norma, luego de que fuera parcialmente declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-781 del 30 de septiembre de 2003, que retiró del ordenamiento jurídico las expresiones “o si presentara la demanda no ha habido pronunciamiento judicial”, la indemnización por falta de pago, en lo que aquí interesa, quedó regulada de la siguiente manera:*

*“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique”.*

*La anterior disposición, según el parágrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.*

*No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el*

artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

**De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.**

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción del vínculo jurídico. (Subrayas fuera del texto).

Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial, observa la Sala que la relación laboral que se suscitó entre las partes finalizó el 6 de abril de 2003 y la demanda que dio origen al proceso fue presentada el 7 de julio de 2006 según se infiere del acta individual de reparto visible a folio 20, es decir, después de haber transcurrido 24 meses desde la ruptura del vínculo contractual. En estas condiciones, al haber reclamado inoportunamente sus acreencias laborales, la demandante perdió el derecho a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de retraso y solo le asiste derecho a los intereses moratorios sobre los créditos sociales insatisfechos. (CSJ SL10632-2014).

En igual sentido pueden verse las sentencias CSJ SL2966-2018 y CSJ SL-2140-2019, para solo mencionar estas dos.”

En ese orden de ideas, como quiera que se acreditó la mala fe de la sociedad demandada, conforme la Jurisprudencia en cita, se tiene por acreditado que la relación laboral finalizó el **31 de agosto de 2019**, y la presente demanda fue radicada el **13 de julio de 2020**, conforme el acta individual de reparto visible en el Archivo 002 del expediente digital, esto es, previo a haber transcurridos 24 meses desde la ruptura del vínculo contractual.

En estas condiciones, en palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, al haber reclamado oportunamente sus acreencias laborales, es procedente condenar a C&G INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS al pago de un día de salario por cada día de retardo hasta por 24 meses, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada dentro de los 24 meses desde la finalización del vínculo, ordenando el pago de intereses moratorios a partir del mes 25, y hasta que el pago se haga efectivo, en los términos previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, revocando de esta manera parcialmente el numeral sexto, para en lugar ordenar el reconocimiento y pago de dicho concepto.

No existiendo otro motivo expreso de apelación presentado por las partes, se confirmará en lo demás la sentencia de primera instancia.

#### **COSTAS:**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

#### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** parcialmente el NUMERAL SEXTO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, **CONDENAR** a C&G INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN SAS, para que se reconozca y pague la sanción por no consignación de cesantías de que trata el Art. 99 de la Ley 50 de 1990 a un día de salario de cada anualidad, de la fracción del año **2017** a partir del 14 de febrero de 2018 al 13 de febrero de 2019, y

del año **2018** a partir del 14 de febrero de 2019 al 19 de agosto de 2019, fecha en que se terminó la relación laboral, conforme las consideraciones que anteceden.

**SEGUNDO: REVOCAR** parcialmente el NUMERAL SEXTO de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar, **CONDENAR** a C&G INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN SAS, al pago de un día de salario por cada día de retardo hasta por 24 meses, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada dentro de los 24 meses desde la finalización del vínculo, ordenando el pago de intereses moratorios a partir del mes 25, y hasta que el pago se haga efectivo, en los términos previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, conforme las consideraciones que anteceden.

**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 1 de diciembre de 2021 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá.

**CUARTO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**

**Magistrada**



CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO

Magistrada

Link expediente digital: [11001310501220200019301](https://www.gob.mx/portal/expediente/11001310501220200019301)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador  
Radicación No. 017-2020-00462-01**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: PATRICIA ISABEL ECHEVERRI actuando como curadora  
de MARBEL LUZ ECHEVERRI FERNÁNDEZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**ASUNTO: RECURSO DE APELACIÓN Y GRADO JURISDICCIONAL  
DE CONSULTA A FAVOR DE COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 17º Laboral del Circuito de Bogotá, el día 05 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Las partes no presentaron alegatos, pese a lo ordenado en auto del 02 de septiembre de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora **PATRICIA ISABEL ECHEVERRI FERNÁNDEZ**, actuando como curadora de **MARBEL LUZ ECHEVERRI FERNÁNDEZ**, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **COLPENSIONES**, debidamente sustentada como aparece de folios 4-16, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**CONDENAS:**

1. **CONDENAR a COLPENSIONES** al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, alegando la condición de hija del señor MIGUEL ANGEL ECHEVERRI ARIZA, quien falleció el 23 de enero de 2001.
2. **CONDENAR** a la entidad demandada, a pagar el retroactivo pensional debidamente indexado.
3. Costas procesales.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

**COLPENSIONES**, contestó la demanda, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, bajo el argumento que para la fecha en que falleció el pensionado, la demandante no contaba con un estado de invalidez, ya que fue estructurado con posterioridad a la fecha del deceso del asegurado. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, entre otras (folio 514-522)

Mediante proveído del 7 de diciembre de 2021, el Juzgado de origen, admitió el escrito de contestación presentado por la entidad accionada (carpeta 851).

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 17° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia el 05 de agosto de 2022, en el siguiente sentido:

**“PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS**, las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido, **DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE** la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas antes del 17 de noviembre de 2017, lo anterior según las razones expuestas.

**SEGUNDO: DECLARAR** que la señora **MARBEL LUZ ECHEVERRI FERNÁNDEZ**, identificada con la C.C. 32.756.856 y representada por su guardadora **PATRICIA ISABEL ECHEVERRI FERNÁNDEZ**, en su condición de hija en condición de discapacidad, es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, en razón al fallecimiento del padre, el señor Miguel Ángel Echeverri Ariza, quien en vida se identificó con la C.C. 3.684.426.

**TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a favor de la hija en condición de discapacidad **MARBEL LUZ ECHEVERRI FERNÁNDEZ**, a partir del 26 de septiembre de 2008, junto con los reajustes legales y las mesadas adicionales que se causen y hasta que subsistan las causa que le dieron origen, lo anterior según las consideraciones anotadas en la parte motiva.

**CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES** a pagar a la demandante, la señora **MARBEL LUZ ECHEVERRI FERNÁNDEZ** a través de su curadora judicial, la suma de \$60.348.054 por mesadas causadas y no prescritas entre el 18 de diciembre de

2017 y el 31 de julio de 2022, y a partir de agosto de 2022, una mesada de \$1.015.791., y en adelante con los reajustes anuales legales y 14 mesadas en el año, valores que deberán ser indexados mes a mes, desde la fecha de causación de cada mesada y hasta el momento en que se efectuó el pago respectivo, lo anterior según lo analizado en precedencia.

**QUINTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para descontar del retroactivo de mesadas reconocidas a favor de la demandante, los aportes con destino al Sistema de Seguridad Social en salud en el porcentaje que establece la Ley.

**SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** a COLPENSIONES en proporción del 80%. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$3.000.000.

**SEPTIMO: SE ORDENA LA CONSULTA** de esta sentencia a favor de COLPENSIONES.

### RECURSO DE APELACION

La **parte demandada presentó** recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, indicando: *“interpongo recurso de apelación contra la sentencia dictada por su honorable despacho, en los siguientes términos, señores magistrados, del tribunal superior de Bogotá, he de indicar que apeló en su integridad la sentencia dictada, por su Honorable Despacho A-quo, toda vez que como se indicó la parte de alegatos de conclusión, a la señora demandante se le estructura la fecha de pérdida de la capacidad laboral el 6 de mayo de 2009, fecha posterior a la muerte del causante, señor Echeverri Ariza Miguel Ángel, frente a que se condenó a la pensión de sobrevivientes a partir del fallecimiento de su señor madre, he de indicar que la señora Mary Luz Echeverri Fernández, por medio de su curadora la señora Patricia Echeverri Fernández, no indicaron o no solicitaron a la entidad que represento que la pensión de sobrevivientes a raíz de la señora madre, sino a raíz del señor padre, tanto es así que, se pudo demostrar que durante la vida de la señora madre, de la señora Maribel, pues esta fue la que cubrió los gastos de la señora Maribel, en los anteriores términos señores magistrados solicito que se revoque la sentencia antes dictada y se proceda a no condenar en costas toda vez que de acuerdo al artículo 46 de la ley 100 de 1993, establece que tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes, los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, invalidez o riesgo común y los miembros del grupo familiar del afiliado que fallezcan siempre que se hubieran cumplido alguno de los requisitos, pero como nos dimos cuenta no se está cumpliendo con los requisitos del artículo 46 de la ley 100 de 1993, toda vez que el literal b del numeral segundo, los hijos menores de 18 años, los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados, pero como ya lo indique se le está otorgando es una pensión de*

*sobrevivientes, es porque falleció la señora madre, es decir, la señora madre era la que cubría los gastos de la señora Maribel, no era el señor Echeverri Ariza Miguel”*

## CONSIDERACIONES

### DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:

La controversia del presente proceso se centra en determinar: **1.** Si la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento del pensionado MIGUEL ANGEL ECHEVERRI ARIZA **2.** En caso afirmativo se habrá de resolver lo relacionado con la excepción de prescripción.

Para resolver este asunto, conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia con radicado No. SL16322-2014, radicación No. 43184 del veintiséis (26) de noviembre de dos mil catorce (2014) y 69788 de 2021, en cuanto expuso: *“La pensión de sobrevivientes es una prestación autónoma, con estructura propia, cuya causa reside en la muerte de una afiliado o pensionado, y ampara los riesgos de orfandad y viudedad, y en consecuencia, sus titulares son la cónyuge o compañera permanente, y los causahabientes, eso sí, con la condición de reunir los requisitos señalados en la Ley.”* Y que, por regla general, *“la pensión de sobrevivientes se rige por la normatividad vigente a la fecha de la muerte del causante, en virtud de la aplicación inmediata de la ley laboral.”*

En este asunto no se encuentra en controversia que, al señor MIGUEL A. ECHEVERRI ARIZA, a quien el ISS le reconoció una pensión de vejez, a partir del 19 de julio de 1994, en cuantía de \$135.768, falleció el 23 de enero de 2001 (folio 21 y 117), por lo que, la norma para definir sobre los beneficiarios de la prestación que se reclama es el artículo 47 de la Ley 100 de 2003, y en lo que interesa al caso, establece:

(i) Hijos menores de 18 años de edad; (ii) Hijo mayor de 18 años y hasta los 25 años de edad, pero dependiente económicamente del causante debido a que se encuentran estudiando e, (iii) Hijo invalido que dependa económicamente del causante, mientras subsista el estado de invalidez.

Ahora, para la causación del derecho pensional en mención a favor del hijo invalido, se requiere acreditar prueba del parentesco con el causante, la pérdida de capacidad laboral y la dependencia económica al momento del fallecimiento de su progenitor.

En lo que respecta al parentesco, se requiere medio idóneo que pruebe el vínculo consanguíneo o civil, o la prueba libre para los hijos de crianza (CSJ SL1939-

2020). En tanto para determinar la invalidez del descendiente se debe acudir al artículo 38 de la Ley 100 de 1993, que contempló: *“para los efectos del presente capítulo se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral.”* Y finalmente una dependencia económica, que se estructura a partir de aportes ciertos, regulares y periódicos de los padres hacia los hijos, además de significativos y representativos, en caso de tratarse de un mayor de edad.

Conviene precisar que las condiciones enunciadas, deben estar reunidas al momento del deceso del causante, de suerte que no pueden ser sobrevinientes a la causación del derecho pensional, dado que no ostentaría la calidad de beneficiario de la prestación. En ese sentido, la sentencia SL3412-2021, ha expuesto: *“A título de recapitulación: a la luz del precepto estudiado los dos requisitos- dependencia económica y estado de invalidez- son hechos inescindibles que realizan o generan el derecho, en el tiempo en que el causante fallece, no basta que se cumpla tan solo uno de ellos, ni que se verifiquen con posterioridad al deceso”*

En este orden de ideas, encontramos del registro civil que obra a folio 17 del plenario, que el pensionado fallecido MIGUEL ECHEVERRI ARIZA, figura como padre de la demandante, quien nació el 24 de mayo de 1959, luego está debidamente demostrado ese lazo de consanguinidad.

Frente al estado de invalidez, cabe mencionar en primer lugar que, nuestro ordenamiento jurídico, ha determinado dos sistemas de valoración probatorio, el primero: la tarifa legal, que supone que un supuesto de hecho únicamente puede ser demostrado a través de cierto medio probatorio -las denominadas pruebas ad substantiam actus- y un segundo denominado el sistema de sana crítica, que le otorga al operador judicial la facultad de apreciar libremente, dentro de estándares de razonabilidad, los medios de pruebas aportados al proceso y de formar su propio convencimiento.

En tratándose de la calificación de la invalidez, para efectos de la obtención de una prestación como la peticionada por la demandante, conviene precisar que la jurisprudencia ha señalado que el dictamen de calificación de invalidez, pese a su valor probatorio prima facie, no constituye una prueba solemne para acreditar la pérdida de capacidad laboral. Al respecto, cabe traer a colación las sentencias SL3992-2019, y SL509-2022, que indicaron:

*“En ese contexto, resulta jurídicamente viable constatar la pérdida de capacidad laboral por otros medios probatorios distintos del dictamen de calificación de invalidez, en el evento en que estos resulten suficientemente convincentes para el juez de instancia,*

*como quiera que el dictamen no constituye un concepto definitivo e inmutable que no admita prueba en contrario.*

*La libertad probatoria con respecto a la invalidez resulta de especial importancia, teniendo en cuenta las limitaciones inherentes del dictamen de calificación de invalidez frente a circunstancias particulares, tales como la presencia de enfermedades progresivas o degenerativas, de manera que la fecha de pérdida de capacidad laboral fijada por el dictamen no corresponde siempre a la realidad de la situación de la persona.  
[...]*

*En suma, conviene no perder de vista que los dictámenes de calificación de invalidez no constituyen la única ni última prueba de la pérdida de capacidad laboral de una persona, si se tiene en cuenta que el juez, en virtud del sistema de sana crítica, cuenta con la potestad de valorar las pruebas libremente, generar su propio convencimiento y reconstruir la realidad del proceso, de suerte que esta puede acreditarse por cualquier medio probatorio.”*

Así las cosas, tenemos que en el asunto de marras, se aportó la calificación efectuada por COLPENSIONES, en la que se estableció que la patología padecida por señora MARBEL ECHEVERRI FERNÁNDEZ, denominada “ESQUIZOFRENIA RESIDUAL” le generaba una pérdida de la capacidad laboral del 65%, con fecha de estructuración 6 de mayo de 2009, es decir, con posterioridad al deceso del pensionado, por lo que en principio le asistiría razón a la entidad convocada a juicio, referente a que para la fecha del fallecimiento del progenitor, la actora no contaba con una invalidez, máxime cuando al plenario únicamente fue aportada la historia clínica, que evidencia las consultas médicas, tratamientos, medicamentos y hospitalizaciones de la señora ECHEVERRI FERNÁNDEZ, para los años 2006, 2007, 2008 y 2009 (folio 31-59, 63 a 86, 365 y 459)

No obstante, esta Sala de decisión pudo determinar por intermedio del portal de la organización HEALTHYCHILDREN, que la esquizofrenia se desarrolla a partir de una combinación de factores, incluidos la genética, el entorno y la química del cerebro; igualmente que dicha patología generalmente se diagnostica entre los últimos años de la adolescencia y alrededor de los 30 años. A lo que se agrega que la Corte Constitucional, en la sentencia T-213 de 2019, preciso frente a la enfermedad precitada, lo siguiente: “Sobre el particular, es preciso señalar que según la Organización Mundial de la Salud no se ha podido identificar un único factor determinante de las causas de la esquizofrenia, sin embargo, se considera que “puede estar provocada por la interacción entre la genética y una serie de factores ambientales” Así mismo, sobre la naturaleza y síntomas de dicho padecimiento, refiere: “La esquizofrenia es una psicosis, un tipo de enfermedad mental caracterizado por una distorsión del pensamiento, las percepciones, las emociones, el lenguaje, la conciencia de sí mismo y la conducta. De otra parte, en

*el portal MedlinePlus se indicó que “los síntomas de la esquizofrenia suelen comenzar entre los 16 y 30 años. Los hombres a menudo desarrollan síntomas a una edad más temprana que las mujeres. Por lo general no se desarrolla después de los 45 años.”*

Luego entonces atendiendo lo anterior, se pudo constatar de la declaración rendida por PATRICIA ISABEL ECHEVERRI, hermana de la demandante, que los primeros síntomas de la enfermedad de la accionante, se presentaron cuando contaba con 16 años de edad, lo que ello conllevó a que tan solo cursara tercero de bachillerato y nunca pudiese trabajar. Igualmente, la testigo MARTHA REALES ZAMBRANO, adujo que conoce a la demandante, así como a su núcleo familiar, desde hace 30 años, calenda desde la cual tiene conocimiento del estado de salud de la actora: *“ha sido un deterioro progresivo”*

De igual forma el testigo ROBINSON GUSTAVO FLOREZ MIRANDA, dijo conocer a MARBEL ECHEVERRI FERNANDEZ y su familia desde el año 1975-1976, anualidad desde la cual la accionante padece de una enfermedad que le ha impedido laborar y depender económicamente de su padre, luego de su madre y actualmente de su hermana.

Adicionalmente de la fórmula médica, visible a folio 62, se denota que, para el mes de junio de 1977, la señora ECHEVERRI FERNÁNDEZ, ya que se encontraba en tratamiento por parte del médico psiquiatra.

Sumado a lo anterior, a folio 105 del plenario, obra un escrito elaborado el 20 de noviembre de 1997, por el progenitor de la demandante, indicando que su hija era inválida y dependía económicamente de él.

Señores;  
 INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES  
 Of de inscripciones  
 Ciudad

Yo Miguel Echeverri Ariza con cc.3.684.423 de B.quilla pensionado con número de afiliación 903684423, declaro que mi hija Marbel Luz Echeverri Fernández con cédula de ciudadanía No.32.756.856 de B.quilla es invalida y recibe tratamiento psiquiátrico desde hace mas de quince años en el Seguro Social, en el momento la está tratando el Dr Adolfo Ahumada. Ella no puede trabajar por lo tanto, depende económicamente de mí.

Atentamente,

  
 Miguel Echeverri Ariza  
 cc.3.684.423 de B.a

Además de lo anterior, dentro del expediente administrativo incorporado por COLPENSIONES, obra un dictamen rendido por medicina Laboral del ISS, elaborado el 23 de marzo de 1995, que enuncia una pérdida de la capacidad laboral de la demandante, igual al 50,47% y la define como persona con incapacidad para trabajar y con requerimiento de curaduría (folio 95 y 232), documento que no fue desconocido por la pasiva.

Por otra parte, se aportó sentencia emitida por el Juzgado Quince de Familia, de fecha 30 de marzo de 2012, por medio de la cual se declaró la interdicción judicial definitiva de MARBEL LUZ ECHEVERRI FERNÁNDEZ, y se nombró como curadora legítima a la señora PATRICIA ISABEL ECHEVERRI FERNÁNDEZ (folio 94), ya que la actora no contaba con capacidad para poder autodeterminarse, suplir sus necesidades y atenciones necesarias y manejar los bienes de su propiedad.

Con fundamento en las razones expuestas en líneas precedentes, para la Sala no existe duda, que pese a que a la demandante se le determinó como fecha de estructuración de la invalidez el 6º de mayo de 2009, ésta sufría de esquizofrenia con anterioridad a la data señalada por COLPENSIONES, además que se hallaba bajo la dependencia económica de su padre tiempo antes de que este falleciera, como consecuencia del trastorno mental que aún padece y que le ha imposibilitado llevar a cabo un proyecto de vida con el pleno de sus potencialidades, pues así se logró establecer de los testimonios de los señores MARTHA REALES ZAMBRANO y ROBINSON GUSTAVO FLOREZ MIRANDA, así como del documento que en vida suscribió el pensionado fallecido -folio 105- y demás pruebas enunciadas.

Por lo tanto, dado que la patología que padece la señora ECHEVERRI FERNÁNDEZ, se trata de aquellas denominadas crónicas, degenerativas o

progresivas, en las cuales la fecha de estructuración no siempre coincide con el momento en que la persona pierde la aptitud para trabajar o para continuar laborando, se acudió a otros elementos de juicio, tales como la historia clínica y el dictamen médico rendido en el año 1995, por el ISS, para establecer la fecha o estado de pérdida de la capacidad laboral, más si se tiene que en la sentencia T-213 de 2019, la Corte Constitucional, indicó: *“ha expresado que el no reconocimiento de la prestación pensional por falta de dicho de dictamen o por inconsistencias sobre la fecha de estructuración de la situación incapacitante de la persona “sin tener en cuenta la totalidad del acervo probatorio, tratándose de una persona que presenta una discapacidad mental severa, constituye una exigencia desproporcionada que configura una vulneración de los derechos fundamentales del accionante y un desconocimiento de la obligación de prestar especial protección a la misma, teniendo en cuenta su condición síquica.”*

Así, el material probatorio recaudo permite evidenciar tal como ya se precisó que para la fecha en que falleció el señor MIGUEL ECHEVERRI ARIZA, la demandante padecía de una enfermedad mental, que la incapacitaba para trabajar y le generaba una dependencia económica frente a su padre, por lo que resulta beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, desde la fecha en que el asegurado falleció, lo que ocurrió el 23 de enero de 2001, en cuantía del 50%, ya que el porcentaje restante había sido otorgado a la señora PURA FERNANDEZ, esposa del causante -RESOLUCION 2761 de 2001-, empero modificar en este aspecto la sentencia de primera instancia, haría más gravosa la situación de la entidad de seguridad social, a favor de quien se surte la apelación y el grado jurisdiccional de consulta, ya que el juez la concedió desde el momento en que la madre de la accionante falleció -26 de septiembre de 2008-.

Adicionalmente se tiene que, la pasiva propuso la **excepción de prescripción**, por lo que atendiendo lo normado en los artículos 151 del C.P.T. y S.S., en el entendido que los derechos no reclamados con posterioridad a los 3 años a partir de su exigibilidad quedarán sujetos a la cobertura de dicho fenómeno, se considera que la pensión debió ser reconocida desde el 12 de agosto de 2013, por las razones que pasan a enunciarse:

Se verifica que el beneficio pensional se causó el 23 de enero de 2001, siendo peticionada la prestación a favor de la aquí demandante, el 12 de agosto de 2016 y atendida por Resolución GNR 304409 del 13 de octubre de 2016; acto administrativo que fue objeto de los recursos de reposición y apelación, el último de los cuales fue resuelto por Resolución VPB 2982 del 24 de enero de 2017, notificado el 5 de enero de 2018, en tanto la acción ordinaria fue radicada el 18 de diciembre de 2020, por lo que es claro que NO transcurrió más de tres años entre una y otra actuación, por lo que la calenda en que fue presentada la reclamación, servía de base para contabilizar el término trienal, concluyéndose entonces, que

todas aquellas mesadas causadas con anterioridad al 12 de agosto de 2013, se vieron afectadas por este medio exceptivo, empero se repite modificar en este aspecto la sentencia de primera instancia, haría más gravosa la situación de COLPENSIONES.

Finalmente, se advierte que el escrito visible a folio 220, elaborado por la señora Pura Fernández Escorcía, el 4 de marzo de 2001, no interrumpió el fenómeno jurídico enunciado, ya que no se probó que la pensión en ese momento hubiese sido peticionada a favor de la accionante.

En consecuencia, los argumentos esbozados resultan suficientes para CONFIRMAR la sentencia de primera instancia, ya que según las fechas señaladas por el A-quo, el retroactivo por él determinado resultó inferior - \$60.348.054- a aquel hallado por esta instancia, aun teniendo en cuenta los extremos temporales indicados en la providencia recurrida -18 de diciembre de 2017 al 31 de julio de 2022-.

<b>Tabla Retroactivo Pensional</b>					
<b>Fecha inicial</b>	<b>Fecha final</b>	<b>Incremento %</b>	<b>Valor mesada calculada</b>	<b>Nº. Mesadas</b>	<b>Subtotal</b>
01/01/01	31/12/01	8,75%	\$ 394.511,00	0,00	\$ 0,0
01/01/02	31/12/02	7,65%	\$ 424.691,00	0,00	\$ 0,0
01/01/03	31/12/03	6,99%	\$ 454.377,00	0,00	\$ 0,0
01/01/04	31/12/04	6,49%	\$ 483.866,00	0,00	\$ 0,0
01/01/05	31/12/05	5,50%	\$ 510.479,00	0,00	\$ 0,0
01/01/06	31/12/06	4,85%	\$ 535.237,00	0,00	\$ 0,0
01/01/07	31/12/07	4,48%	\$ 559.216,00	0,00	\$ 0,0
01/01/08	31/12/08	5,69%	\$ 591.035,00	0,00	\$ 0,0
01/01/09	31/12/09	7,67%	\$ 636.367,00	0,00	\$ 0,0
01/01/10	31/12/10	2,00%	\$ 649.094,00	0,00	\$ 0,0
01/01/11	31/12/11	3,17%	\$ 669.670,00	0,00	\$ 0,0
01/01/12	31/12/12	3,73%	\$ 694.649,00	0,00	\$ 0,0
01/01/13	31/12/13	2,44%	\$ 711.598,00	0,00	\$ 0,0
01/01/14	31/12/14	1,94%	\$ 725.403,00	0,00	\$ 0,0
01/01/15	31/12/15	3,66%	\$ 751.953,00	0,00	\$ 0,0
01/01/16	31/12/16	6,77%	\$ 802.860,00	0,00	\$ 0,0
<b>18/12/17</b>	31/12/17	5,75%	\$ 849.024,00	1,43	1.216.934,4
01/01/18	31/12/18	4,09%	\$ 883.749,00	14,00	12.372.486,0
01/01/19	31/12/19	3,18%	\$ 911.852,00	14,00	12.765.928,0
01/01/20	31/12/20	3,80%	\$ 946.502,00	14,00	13.251.028,0
01/01/21	31/12/21	1,61%	\$ 961.741,00	14,00	13.464.374,0
01/01/22	<b>31/07/22</b>	5,62%	\$ 1.015.791,00	8,00	8.126.328,0
<b>Total retroactivo</b>				<b>\$ 61.197.078,40</b>	

**COSTAS.**

Sin costas en esta instancia,

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el día 05 de agosto de 2022, conforme se expuso.

**SEGUNDO: Sin Costas** en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

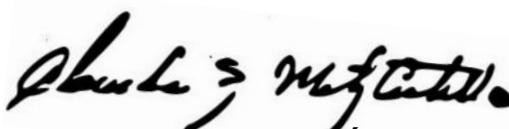
Los magistrados,



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ**



**CLAUDIA ANGELICA MARTÍNEZ CASTILLO**

**EXPEDIENTE DIGITAL:** [11001310501720200046201](https://expediente.digita.gov.co/11001310501720200046201)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHAVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 32-2019-00020-01**

Bogotá D.C., septiembre veintinueve (29) de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: OBEN ALBERTO CAMACHO GOMEZ**

**DEMANDADO: - ASESORES EN DERECHO SAS** en calidad de mandataria con representación del patrimonio autónomo de **PANFLOTA.**

- **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** como administradora del Fondo Nacional del Café
- **FIDUCIARIA LA PREVISORA – PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA**
- **LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**
- **LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA**
- **COLFONDOS SA**

**ASUNTO : APELACIÓN (Demandante y Demandadas FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y AFP COLFONDOS SA) // CONSULTA A FAVOR DE LA NACIÓN – MINISTERIO DE DEFENSA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación presentado en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de agosto de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Se reconoce personería para actuar como apoderado de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO al abogado WALTER ARLEY RINCON QUINTERO, identificado con CC 3.157.684 de San Cayetano Cundí y TP 333.284 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese.

La parte demandada FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS, COLFONDOS SA, FIDUPREVISORA SA y ASESORES EN DERECHO SAS presentaron alegaciones, según lo ordenado en auto de 29 de agosto de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

### **ANTECEDENTES**

El señor OBEN ALBERTO CAMACHO GOMEZ instauró demanda ordinaria laboral contra de las demandadas de la referencia, debidamente sustentada con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

### **PRETENSIONES PRINCIPALES:**

- 1) Declarar que el actor fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana SA hoy Compañía de Inversiones e la Flota Mercante SA, cerrada.
- 2) Se declare que la Flota Mercante Grancolombiana SA hoy Compañía de Inversiones e la Flota Mercante SA, cerrada, no efectuó los aportes a la seguridad social con los salarios reales devengados por el trabajador como lo ordena le Ley.
- 3) Condenar a ASESORES EN DERECHO SAS, mandataria con representación PANFLOTA de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, entidad cerrada a expedirle al actor la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en dicha compañía.
- 4) Condenar a FIDUCIARIA LA PREVISORA OATRIMONIO AUTONOMO PAFLOTA a pagar a COLFONDOS SA el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde al actor por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana SA.
- 5) Condenar a COLFONDOS SA a tener en cuenta el tiempo laborado por el actor en la Flota Mercante Grancolombiana SA hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, entidad cerrada, para la pensión de vejez o devolución de saldos.
- 6) Condenar a COLFONDOS SA a tener en cuenta el tiempo laborado por el actor en la ARMADA NACIONAL, entidad incorporada al MINSITERIO DE DEFENSA NACIONAL, para la pensión de vejez.
- 7) Se condene a COLFONDOS SA a pensionar al demandante, por cumplir con los requisitos exigidos en el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, para acceder a la pensión de vejez, a partir del 18 de agosto de 2018, fecha en que causó y debió empezar el disfrute a la prestación.
- 8) Condenar a las demandadas a pagar al actor los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento en el pago de la mesada pensional de

conformidad con el Art. 16 de la Ley 446 de 1998, el cual se estima en 100 SMLMV.

- 9) Condenar COLFONDOS SA a pagarle al actor el valor correspondiente a los intereses de mora, desde el 20 de junio de 2017, fecha en que se causó la pensión de vejez.
- 10) Costas procesales.

#### **PETICIONES SUBSIDIARIAS:**

- 1) **Subsidiaria a la pretensión cuarta.** Declarar la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, de las obligaciones pensionales en favor del demandante.
- 2) En consecuencia, se condene a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ a pagarle a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde al demandante por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana SA, en caso de no prosperar.
- 3) **Subsidiaria de la pretensión cuarta y duodécima.** Declarar la responsabilidad subsidiaria de la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO como titular jurídico de la cuenta – FONDO NACIONAL DEL CAFÉ de las obligaciones pensionales en favor del demandante.
- 4) En consecuencia, se condene a la NACION – MINISTERIO DE HACIENDA Y CREDITO PUBLICO como titular jurídico de la cuenta – FONDO NACIONAL DEL CAFÉ a pagarle a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde al demandante por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana SA.
- 5) **Subsidiaria de la petición séptima.** Condenar a COLFONDOS SA a re liquidar la pensión del demandante, junto con los incrementos anuales desde el 18 de agosto de 2018, teniendo en cuenta el mayor valor por el título pensional, o cálculo actuarial que le corresponde al actor, por el tiempo laborado en la Flota Mercante Grancolombiana SA, hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, entidad cerrada y a la ARMADA NACIONAL, entidad incorporada al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.
- 6) **Subsidiaria de la pretensión novena.** Condenar a COLFONDOS, a pagar todas las sumas debidamente indexadas.

#### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Mediante auto del 29 de mayo de 2019, se dio por contestada la demanda por parte de **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y COLFONDOS SA.**

En auto del 15 de julio de 2019, se dio por contestada la demanda por parte de **FIDUPREVISORA SA.**

Mediante auto del 23 de enero de 2020, se tuvo por contestada la demanda por parte de **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** y por NO contestada, por parte de la **NACION – MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL.**

Mediante auto del 18 de febrero de 2020 se tuvo por contestada la demanda por parte de **ASESORES EN DERECHO.**

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **JUZGADO 32° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 18 de agosto de 2022, decidió:

**“PRIMERO. DECLARAR PROBADAS** las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva e imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil formuladas por **FIDUPREVISORA S.A.**, inexistencia de obligación alguna al Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda formulada por el referido ministerio, inexistencia de la obligación formulada por **ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, y no probadas las excepciones formuladas por la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, conforme a las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO. CONDENAR** a la demandada **MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** a pagar el bono pensional por los tiempos servidos por el demandante **OBEN ALBERTO CAMACHO GOMEZ** a la Armada Nacional entre el 01 de febrero de 1979 y el 01 de agosto de 1981.

**TERCERO. CONDENAR** a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** en su condición de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ** a pagar el cálculo actuarial por el tiempo servido por el demandante **OBEN ALBERTO CAMACHO GÓMEZ** a la **FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA** entre el 26 de marzo de 1982 y el 28 de agosto de 1990 de lo cual abran que descontarse 33 días por licencia no remuneradas y para cuya elaboración se tomará como salario del año 1990 la suma de \$665.070

**CUARTO. CONDENAR** a la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a re liquidar la pensión de vejez del señor **OBEN ALBERTO CAMACHO GOMEZ** una vez se reciba o se integre al capital relacionado con el bono pensional y el cálculo actuarial ordenados en los numerales segundo y tercero de la presente providencia.

**QUINTO. ABSOLVER** a las demandadas **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y COLFONDOS S.A.** de las demás pretensiones incoadas en su contra y a las demandadas **MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, ASESORES EN DERECHOS S.A.S. y FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** de todas las pretensiones incoadas en su contra.

**SEXTO.** Que quedará en el sentido de aclarar que las agencias en derecho se fijan en cuantía equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes en cabeza de la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA.**

**SÉPTIMO.** En caso de no ser apelada la presente decisión y en lo que sea desfavorable a las entidades públicas demandadas remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

### RECURSO DE APELACIÓN

La **parte demandante** presentó recurso de apelación:

1. **EXCEPCIONES PROBADAS:** Solicita se revoque parcialmente la decisión de primera instancia, por cuanto ASESORES EN DERECHO es la entidad obligada de expedir las resoluciones de los bonos pensionales, y que, en virtud del contrato de fiducia, la FIDUPREVISORA es la encargada de responder por todas aquellas contingencias en materia laboral, y es que, por otro lado, según el artículo 4 de la Ley 66 de 1943, se obligó al Ministerio de Hacienda a responder por las obligaciones insolutas que saldrían del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, sin perder de vista que había un proyecto de Ley que ordenaba al Ministerio de Hacienda hacer un aprovisionamiento para reconocer las pensiones de vejez, de todas aquellos trabajadores de la Flota Mercante.
2. **SALARIO:** Manifiesta que debe aplicarse el Decreto 1887 de 1994, pues si bien el Decreto 209 de 1994 que estableció que se tomaría el último salario para realizar el cálculo actuarial, lo cierto es que, fue declarado inexecutable, aunado al hecho que la Corte Constitucional dijo que todos los que se afiliaron y se ampararon en el año 2005 hacia atrás, son beneficiarios de ese decreto, y por lo tanto, debe tenérseles el último salario devengado, sin que se tenga en cuenta la incidencia de la prima extralegal del servicio, trayendo a colación el pacto de Nueva York.

Ahora, señala que, de conformidad con la Convención de 1988, establece que son dos salarios, el de julio y el de diciembre, y en ese sentido al ser extralegales, se ha determinado que efectivamente es salario, y de conformidad con el estudio de viabilidad económica presentado por

FEDECAFE se duele el laudo arbitral de 1973, para que aumente las primas extralegales a los salarios en julio y diciembre, con todos los efectos legales, por lo que debe reconocerse el valor de USD\$209,7, correspondiente a \$1.329.849m por lo que ese es el salario de referencia para tomar el salario con el cual debe efectuarse el cálculo actuarial.

3. **PENSION DE VEJEZ:** Señala que de conformidad con la sentencia SL1109 de 2020, COLFONDOS debió pensionar al demandante desde la fecha en que se causó porque tenía el capital, es más, en caso de que no tuviera el capital, de conformidad con los artículos 64, 65 y 83 de la Ley 100 de 1993, tiene la obligación de adelantar todos los trámites correspondientes para el reconocimiento de la garantía de la pensión mínima, junto con los intereses moratorios, con fundamento en la sentencia SL1681 de 2020.
4. **DECUENTOS DIAS DE LICENCIA:** Indica que de conformidad con la sentencia C- 993 de 2000 y C 1039, esos tiempos no son descontables para la Seguridad Social, y se deben efectuar los aportes.
5. **COSTAS:** Finalmente, solicita sean condenadas todas las demandadas, conforme las disposiciones establecidas en la sentencia SL 882 de 2021, teniendo en cuenta que todas se opusieron a las pretensiones de la demanda,

Por otro lado, la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** presentó recurso de apelación en los siguientes puntos de apelación:

1. **RESPONSABILIDAD FEDECAFE:** Solicita realizar un nuevo análisis respecto de la figura jurídica de responsabilidad que se le imputa a la Federación Nacional de Cafeteros, como quiera que, en desarrollo del párrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995 aportó medios de prueba para derruir la responsabilidad en cabeza de FedeCafe, y en ese orden quedó establecido que la liquidación de la Flota Mercante fue producto de multiplicidad de situaciones que ninguna sea achacable a FedeCafe, pues dicha compañía no obtenía utilidades desde el año 1959, y todas sus ganancias provenían de negocios no operativos, como inversiones financieras, ingresos por ventas de buques y otros tipos de actividades que de igual manera, la desaparecida compañía debía afrontar una desproporcionada carga prestacional, que indudablemente fue una de los móviles para la precaria situación, situación que a todas luces no es achacable a FedeCafe, en razón que las decisiones fueron tomadas no por imposición de la Federación, sino con la aquiescencia de los accionistas minoritarios y adicionalmente fueron tomadas respetando la institucionalidad

de la desaparecida compañía a través de la Junta directiva y de la asamblea de accionistas previamente mencionadas.

Indica que no se tuvo en cuenta el concepto de la sala de consulta y servicio civil del Consejo de Estado con radicación 1307 proferido el día 15 de febrero de 2001 el cual, define que FedeCafe no es la llamada asumir el pasivo pensional o cualquier otro tipo de deudas dejada por la desaparecida compañía de inversiones de la flota mercante y este sí debe ser tenido como un criterio a la hora de definir este tipo de juicios y en última momento en cuanto a este primer aspecto de la apelación debe tenerse en cuenta en sede de segunda instancia una especialísima circunstancia que no fue tenida en consideración por parte del emisor de la decisión que ahora se cuestiona y es que los recursos con los cuales eventualmente abra de solventarse el título pensional reclamado por el señor Camacho Gómez pertenecen a una cuenta para fiscal cuya destinación ya se encuentra previamente definida que no es otra que la cuenta denominada Fondo Nacional del café respecto de la cual mi representada tan solo funge como su administradora, la modificación de la destinación de estos recursos no es competencia de la Federación nacional de cafeteros sino que corresponde a una serie de órganos que involucran a la nación colombiana y al titular de la referida cuenta del Fondo Nacional del café que no es otro que la nación Ministerio de Hacienda. En ese orden de ideas ha de abordarse en el fallo de segundo grado esta específica circunstancia que involucra la modificación de la destinación de los referidos recursos y respecto de la cual habrá de incluirse la discusión atinente a si respecto al Fondo Nacional del café hay un mandatario o cuál es la figura aplicable ya que la Federación es tan solo su administradora y no puede arrogarse funciones que no le fueron atribuidas en el contrato de administración del fondo suscrito con la nación.

- 2. TIEMPOS RECLAMADOS PARA CALCULO ACTUARIAL:** Señala que los tiempos reclamados a título de cálculo actuarial se refieren a un periodo de servicios comprendido entre los años de 1982 y 1990 periodos para el cual la desaparecida compañía no había sido llamada a realizar la afiliación de sus trabajadores ante el Instituto de seguros sociales, en ese orden de ideas para el año de 1990 cuando por medio de la resolución 03296 el Instituto de seguros sociales estableció el día 15 de agosto de esa anualidad como la fecha inicial para realizar la afiliación debemos entender que hasta ese preciso instante el ex empleador del aquí demandante cumplió a cabalidad con sus obligaciones en materia pensional entre otras debido a que el señor Camacho Gómez para esa fecha no había configurado siquiera una expectativa pensional, entonces la única obligación de su ex empleador era proceder como efectivamente lo hizo afiliar a su trabajador al Instituto de seguros sociales, no se puede hablar de ninguna otra obligación en su

cabeza de manera clara y específica ni a título de aprovisionamiento ni de ningún otro concepto, mucho más aún cuando dicha presunta obligación no resulta debidamente determinada disposición alguna bien sea la ley 90 de 1946 o ninguna otra norma concordante.

En ese orden de ideas debemos atender que fue la ley 100 de 1993 y no una norma anterior la que transformó integralmente la responsabilidad individual pensional que se encontraba en cabeza del empleador conforme a lo establecido en el código sustantivo del trabajo a responsabilidad social a cargo del naciente sistema. En ese orden de ideas, no hay lugar a que se declare la viabilidad de pagar cálculo actuarial alguno respecto del señor Camacho Gómez y en este orden de ideas la decisión de primera instancia necesariamente habrá de ser revocada, trayendo a colación la sentencia SL606 de 2019.

**3. RELIQUIDACION PENSIONAL:** Indica que, si bien al demandante le fue reconocida pensión de vejez desde el año 2019, en ese orden quedaría excluido de la aplicación jurisprudencial invocada, y por tal razón tampoco habría lugar al reconocimiento del pago del cálculo actuarial, ya que el demandante se encuentra actualmente devengando una pensión de vejez.

**4. MODULACION CONDENAS DE PRIMER GRADO:** Manifiesta que si bien el objetivo principal es salvaguardar el derecho a la seguridad social del demandante, lo cierto es que, ni siquiera en virtud de la figura de la responsabilidad subsidiaria la Federación nacional de cafeteros de Colombia como administradora del Fondo Nacional del café puede ser condenada como responsable principal o directa del título pensional pretendido mediante este tipo de juicios, toda vez que como consecuencia de la liquidación de la desaparecida compañía inversiones de la flota mercante el liquidador tomó una serie de medidas que indudablemente deben ser respetadas, por ejemplo en auto No. 400-016211 proferido el 22 de noviembre del año 2012 la Superintendencia de Sociedades conminó a los ex empleados de la compañía de inversiones de la flota mercante a remitir cualquier tipo de pretensión, cualquier tipo de solicitud ante el patrimonio autónomo Panflota creado para atender tal efecto.

Adicional a lo anterior, conforme el contrato de Fiducia mercantil, las cláusulas cuarta y 16ª establecen concretamente las obligaciones atribuibles a este patrimonio a través de su administradora y adicionalmente el *otro si* No. 3 que modificó y adicionó los numerales segundo y décimo quinto dispone especial énfasis en cuanto al deber y a las obligaciones que debe atender el mencionado patrimonio autónomo por flota por intermedio de su administradora. En ese orden de ideas, resulta innegable que una de las grandes conclusiones de este tipo de juicios ha sido que las obligaciones

pecuniarias económicas y pensionales de los ex empleados de la flota mercante gran colombiana recaen de manera principal encabeza del patrimonio autónomo pan flota y esa específica consideración ha de ser respetada a la hora de emitir cualquier tipo de orden que involucre un título pensional de un ex trabajador de la flota mercante de la desaparecida compañía de inversiones de la flota mercante y así ha de modificarse estableciendo una orden que involucre al referido patrimonio autónomo.

De igual manera, a título de modulación o modificación invita que se tenga en cuenta las consideraciones que abundan en la jurisdicción constitucional en sentencias como la T-435 de 2014 y T-281 de 2020 en donde dentro del campo de la justicia y de la equidad de la transición entre pensiones patronales y pensiones de vejez se realiza una distribución proporcional de las cargas a fin de ofrecer una solución que resulte verdaderamente justa y en ese orden de ideas se ofrecen alternativas como la posibilidad de autorizar el porcentaje de cotización atribuirle al trabajador a quien también le compete contribuir en la formación de las prestaciones establecidas en el sistema de Seguridad Social colombiano y no solo respecto de este aspecto operan las consideraciones vertidas en sentencias de la jurisdicción constitucional sino aplican consideraciones legales en donde se establece que al trabajador le compete una obligación contributiva y de financiamiento frente al sistema y frente a las pretensiones pretendidas de conformidad con el decreto 3041 de 1966 y recientemente en la ley 100 de 1993 en su artículo 22.

De igual manera a título de alternativa de modificación, invita para que se busque una alternativa o una figura de financiamiento distinta a la establecida en el decreto 1887 de 1994, el cálculo actuarial allí desarrollado no aplica dentro de las presentes diligencias como primera medida, basado en que el referido decreto habla de contratos de trabajo vigentes al 23 de diciembre de 1993 y adicionalmente habla de trabajadores que seleccionen el régimen de prima media con prestación definida y dentro del presente diligenciamiento resulta completamente claro que el señor Oben Alberto Camacho se encuentra afiliado a una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad lo cual, lo excluye de la aplicación del contenido del decreto 1887 de 1994 pero adicionalmente debe tenerse en cuenta que el decreto 1887 de 1994 habla de la figura de la actualización de las sumas, figura que no aplica para el caso de los ex trabajadores de la flota mercante gran colombiana ya que estos al devengar sus emolumentos en dólares la simple conversión a moneda nacional implica una actualización de dichas sumas si se aplica el contenido del decreto 1887 indudablemente se está incurriendo en una doble indexación y por lo tanto en una posibilidad de doble condena por un mismo concepto en virtud de la aplicación de las reglas del referido cálculo actuarial establecido en el decreto 1887.

5. **SALARIO:** Señala que bajo ninguna circunstancia se puede tener como salario el último devengado, en tanto que los periodos reclamados y que las cotizaciones se realizan valga la redundancia periódicamente; en ese orden de ideas los salarios a tenerse en cuenta han de ser los devengados en cada uno de esos periodos trabajados por parte del señor Camacho Gómez, realizar cualquier otro tipo de consideración equivale a tener en cuenta un IBC que resultaría a todas luces exagerado y para nada representativo y tal cual bien hizo el señor fallador de primera instancia respecto de todos esos periodos han de respetarse las tablas de categorías y cotizaciones que imponían topes de salario máximo asegurable que para el caso objeto de estudio, se encuentran establecidas en los decretos 3090 de 1979, decreto 2630 de 1983 y en el decreto 2610 de 1989.

Adicionalmente, en cuanto al salario no se puede tener en consideración toda esa serie de emolumentos de conceptos referidos en el fallo de primera instancia, el salario para la liquidación del título pensional reclamado eventualmente habrá de tomarse el salario básico o el salario mínimo en caso de que no se pruebe el primero de ellos, en tanto que todos esos emolumentos a los cuales se hizo referencia no gozan de una naturaleza salarial, no está establecido dentro del plenario que fueran pagados como contraprestación del servicio prestado por el señor Camacho Gómez y adicionalmente si en algunos instrumentos colectivos respecto de algunos de ellos se pactó su incidencia salarial para efectos del pago de prestaciones sociales nunca se pactó su incidencia salarial para efectos de pensiones.

En ese orden de ideas como lo venía diciendo el salario debe ser modificado respecto de cual habrá de tomarse la suma a tener en cuenta para la liquidación del título pensional conseguido.

6. **COSTAS:** Solicita que revoque, o siquiera modifique la condena en costas proferida en contra de FedeCafe, ya que ha de advertirse que la misma no procede dentro del presente diligenciamiento ya que lo que resultó probado e indudablemente es que la situación materia de controversia no resultó, no fue promovida por un proceder fraudulento por parte de la Federación, en donde se desconociera el cumplimiento de disposición normativa o legalmente establecida dentro del ordenamiento jurídico colombiano, sino que resulta de la interpretación de una solución jurisprudencial desproporcionada por la corporación, por el órgano de cierre de esta jurisdicción, en ese orden de ideas al no haber un proceder omisivo y defraudatorio por parte de la Federación quien entre otras no es más que una eventual responsable subsidiaria, no procede la condena en costas impuesta en sede de primera instancia.

La demandada **COLFONDOS SA** presentó recurso de apelación en contra de los siguientes puntos de la sentencia proferida en primera instancia:

**1. RELIQUIDACIÓN PENSIONAL:** Señala que, si bien el demandante presenta una cuenta activa en COLFONDOS, en estado de pensión de vejez, el 01 de abril de 2019 radicó solicitud de reconocimiento y pago de dicha prestación, señala que, al vincularse el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de su afiliación, el actor aceptó todas las condiciones previstas en este régimen, por cuanto la selección del mismo la relación para todos sus efectos. En consecuencia, menciona que se comprometió a cumplir todas las condiciones propias del régimen para acceder, entre otras, a la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, sin embargo, bajo esas condiciones, no se reconoce los presupuestos de edad y cantidad de semanas, sino que se exige el cumplimiento de un capital específico, el que se logra acumular en la cuenta de ahorro individual del afiliado, conforme Ley 100 de 1993, señalando que la pensión se liquidó en su debido momento con el dinero depositado en la cuenta de ahorro individual, valores de bono pensional y el mismo fue aceptada en su debido momento por la parte demandante.

Ahora, en caso en que se confirme la decisión de re liquidar la prestación, se absuelva al pago de la indexación o al eventual pago de intereses moratorios tal como fueron pretendidos en la demanda.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente le mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., así como el Grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la Nación – Ministerio de Defensa, de acuerdo a las siguientes

### **CONSIDERACIONES:**

#### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí existió una relación laboral entre el demandante y la extinta Flota Mercante para los periodos comprendidos entre el 26 de marzo de 1982 hasta el 28 de agosto de 1990. **2.** Sí hay lugar a efectuar el cálculo actuarial y a quien le corresponde realizarlo. **3.** Sí las primas extralegales que devengaba el actor durante la vigencia de la relación laboral tenían incidencia salarial a efectos de ser incluidas en el salario declarado por el Juez de primera instancia. **4.** Responsabilidad de las demandadas. **5.** Si las licencias otorgadas al demandante deben ser descontadas. **6.** Si procede la reliquidación pensional. **7.** Costas procesales.

**RELACIÓN LABORAL:**

Sea lo primero indicar que no fue objeto de inconformidad de las partes la existencia de un contrato de trabajo suscrito entre el demandante OBEN ALBERTO CAMACHO GÓMEZ y la extinta sociedad FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante SA, con vigencia desde el 26 de marzo de 1982 al 18 de febrero de 1992, descontando 33 días de licencia sin sueldo, conforme liquidación de salarios obrante a folio 724 del plenario.

**RESPONSABILIDAD DE LAS DEMANDADAS:**

Así pues, resulta pertinente determinar cuál fue la relación jurídica entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., cuya liquidación obligatoria se declaró terminada por parte de la Superintendencia de Sociedades mediante el Auto No. 400-010928 del 28 de agosto de 2012, adicionado por los Autos Nos. 400-16211 del 22 de noviembre de 2012 y 400-17782 del 18 de diciembre del mismo año.

Pues bien, dado que la terminación del proceso liquidatorio de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA marca el momento en que se puede reclamar la declaración de la responsabilidad subsidiaria, importa destacar acerca de la condición de sociedades matriz y subordinada, establecida en los artículos 260 y 261 del C Co, subrogados por los artículos 26 y 27 de la Ley 222 de 1995, que no admite discusión alguna, en tanto fue asentada de antaño por COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE SA, quien a través de comunicación del 29 de abril de 1998, informó a la Cámara de Comercio de Bogotá que *“Por documento privado del 29 de abril de 1998, de Santafé de Bogotá inscrito el 9 de junio de 1998, bajo el número 637602 del libro IX, la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, domiciliada en Santafé de Bogotá DC, comunicó que en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de este como matriz, se ha configurado una situación de control con la sociedad de la referencia”* (fls. 16 y 17).

Acerca de la estructuración de la responsabilidad subsidiaria a cargo de la sociedad matriz, el párrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, derogado por el artículo 126 de la Ley 1116 de 2006, pero vigente durante el año 2000 cuando se ordenó la liquidación obligatoria de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., establecía que:

**“ARTICULO 148. ACUMULACION PROCESAL.**

(...)

**PARAGRAFO. (...) Se presumirá que la sociedad se encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente.”**

La norma transcrita establece dos postulados importantes para el caso bajo estudio: *De un lado*, se consigna la posibilidad de endilgarle responsabilidad solidaria a la matriz sobre las obligaciones adquiridas por la empresa subordinada, y *de otro lado*, se establece la presunción legal de que la situación concursal se ha originado en actuaciones propias del control de la entidad matriz sobre su filial, constituyéndose aquí la fuente normativa de la predicha responsabilidad subsidiaria, frente a lo cual se pronunció la H. Corte Constitucional, M.P. Dr. José Gregorio Hernández Galindo, al declarar exequible el parágrafo del transcrito artículo 148 en Sentencia C-510 de 1997.

Así, la presunción iuris tantum, legal o provisional está regulada por el artículo 66 del C.C. estableciendo que “*se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume*”, valga decir, se trata de una presunción que admite prueba en contrario, la cual está por supuesto a cargo de quien contradice la existencia del supuesto normativo en el caso concreto.

Así pues, el precepto en cita presume que el estado concursal de la sociedad subordinada obedece a las actuaciones de la matriz o controlante o sus vinculadas, salvo que éstas demuestren que se generó por causas distintas. Por tanto, resulta claro que la presunción contenida en la norma admite prueba en contrario de parte de la sociedad matriz o sus vinculadas, por lo que se requiere verificar si la FEDERACIÓN DE CAFETEROS acompañó prueba que le permita desvirtuar suficientemente la presunción que obra en su contra, respecto a las actuaciones que condujeron a la liquidación obligatoria de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A.

Ahora, se observa que la FEDERACIÓN alega como principal argumento para ser eximida de la responsabilidad subsidiaria, que el infortunio empresarial de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. obedeció a las decisiones asumidas por el Estado mediante la Ley 7 de 1991 y los Decretos 501 de 1990 y 2327 de 1991, que dispusieron la supresión de la “reserva de carga” que la benefició hasta ese momento, consistente en tener la exclusividad para transportar el 50% de la carga entrante y saliente del territorio nacional.

El referido estudio indica que la eliminación de la reserva de carga fue apenas uno de los tantos factores que, antes de la adquisición por parte de la FEDERACIÓN

NACIONAL DE CAFETEROS, incidió en el decrecimiento económico de la entonces FLOTA MERCANTE, pues incluso durante los 13 años precedentes a la abolición de aquella prerrogativa (1979 – 1991), la participación de la FLOTA en el comercio exterior de Colombia fue disminuyendo progresivamente, debido a otros factores como la revaluación del peso frente al dólar, la reducción de las tarifas de los fletes internacionales y el auge del transporte multimodal frente a la precariedad de su flota, lo cual conllevó inclusive, a que el comercio exterior del país creciera en la misma medida que el volumen movilizado por la FLOTA MERCANTE disminuía, pese a la existencia de la reserva de carga

De esta manera queda evidenciado que la eliminación por mandato legal de la reserva de carga, además de ser un hecho anterior al ingreso de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como socio mayoritario de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A., ni siquiera es la causa que generó el descalabro económico de esta última.

Así pues, no se estima desvirtuada la presunción prevista en el parágrafo del art 148 de la Ley 222 de 1995, la responsabilidad subsidiaria asignada por el *A quo* a la Federación Nacional de Cafeteros.

Expuesto lo anterior, es claro para la Sala que las llamadas a responder por las eventuales condenas proferidas en la presente decisión, se encuentra en cabeza de las demandadas **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.**, como administradora y vocera del Patrimonio Autónomo PANFLOTA, **ASESORES EN DERECHO S.A.S.**, como mandatario con representación a cargo del patrimonio autónomo PANFLOTA, de conformidad con el Contrato de Mandato No. 9264-001-2014 suscrito entre la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. y ésta, y de manera subsidiaria, la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, como matriz o controlante Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. En consecuencia, se **REVOCARÁ** los NUMERALES PRIMERO, TERCERO Y QUINTO de la sentencia proferida en primera instancia.

#### **CALCULO ACTUARIAL:**

En cuanto a la determinación del valor del cálculo actuarial, deberá hacerse con base en las previsiones del Decreto 1887 de 1994, esto es, calculado en los términos previstos en sus artículos 2 al 5 en cuanto resultan aplicables a la situación particular del demandante.

Al respecto, debe traerse a colación la sentencia SL 2138 con radicación 57129 del 24 de febrero de 2016:

*En torno a este tópico, desde el punto de vista jurídico, la Corte ha precisado que los riesgos pensionales en cabeza del empleador **solo cesan con la subrogación a la respectiva entidad de seguridad social, de manera que los tiempos de servicios no cotizados, por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, no pueden ser desconocidos y el empleador conserva una responsabilidad financiera respecto de los mismos, que se traduce en el pago de un cálculo actuarial.** En la sentencia CSJ SL17300-2014 se explicó al respecto:*

*En efecto, el concepto de que no existía norma reguladora del pago de las cotizaciones en cabeza del patrono en el período en que no existió cobertura del I.S.S., equivale a trasladar al trabajador las consecuencias de la orfandad legislativa de la época, solución que no se compadece con el contexto de un ordenamiento jurídico que parte de reconocer un desequilibrio en la relación contractual laboral, en tanto esos períodos no cotizados tienen incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional y en todo caso **propiciaría un enriquecimiento sin causa al permitir un desequilibrio patrimonial, que carece de justificación.***

(...)

*En ese sentido, se repite, por los tiempos en que no se efectuaron las cotizaciones, por falta de cobertura del Instituto de Seguros Sociales, el empleador conservaba responsabilidades pensionales que permitían encuadrarlo dentro de las premisas del literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993.*

Así mismo, en sentencia SL 3892 con radicación 45209 del 02 de marzo de 2016 nuestro órgano de cierre adoctrinó:

*En consecuencia, no tiene razón la apelante cuando, sobre la base de establecer que ella solo estuvo obligada a la afiliación de la demandante desde el 1º de octubre de 1993, momento en que ya había terminado el contrato de trabajo que ligó a las partes, pretende la revocatoria de la condena impuesta por el a quo. **Dado que, en sede de casación, se concluyó que la obligación del bono tiene su fundamento principal en el hecho de que el empleador, durante la vigencia del contrato de trabajo, conforme al artículo 260 del CST, en armonía con la Ley 90 de 1946, en especial el artículo 72, siempre tuvo a su cargo el reconocimiento de la pensión de jubilación, y tal obligación no desapareció por el hecho de que no hubiese sido llamada a la afiliación obligatoria en ese tiempo y el contrato terminase antes de entrar a regir la Ley 100 de 1993;** es más, en todo caso de haberse llamado antes a los empleadores del sector petrolero, de quedar algún tiempo de servicio descubierto por el nuevo régimen de los seguros sociales obligatorios, este no lo podía perder el trabajador, y debía el empleador, en virtud del principio de la proporcionalidad, reconocer el valor equivalente a dicho tiempo para efectos de que pudiera ser contabilizado para la pensión, como lo dispone el literal c) del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, independientemente de que el contrato estuviera o no vigente a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, condición legal que no se ha de aplicar en salvaguarda del derecho adquirido de la demandante de que su tiempo de servicios prestado fuera computado para obtener la pensión de jubilación o la de vejez.*

Así pues, en relación a los trabajadores del mar, por Resolución No. 3296, se fijó el 15 de agosto de 1990, como fecha de iniciación de inscripción en el régimen de los seguros sociales obligatorios para el personal de mar que laboraba en las empresas

y agencias de transporte marítima, razón por la cual sus empleadores solo estuvieron obligados a afiliarlos a partir de tal data.

No obstante lo anterior, considera la Sala que aunque la demandada solamente se vio obligada a realizar la afiliación de sus trabajadores al Instituto de Seguros Sociales a partir del 15 de agosto de 1990 (Resolución 3296 de 1990) y al 23 de diciembre de 1993, fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, la relación laboral estaba vigente, lo cierto es, que ello no la exoneró de la obligación de responder por los periodos en que el demandante efectivamente trabajó a su servicio, pues ello iría en detrimento del derecho a la seguridad social en pensiones del trabajador.

En relación con el reconocimiento de los tiempos en que los trabajadores estuvieron vinculados laboralmente pero sus empleadores no tenían la obligación de cotizar al Instituto de Seguros Sociales, porque este no había iniciado su cobertura la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 16 de julio de 2014, Radicación No. 41745 M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón señaló:

*“En tal sentido, en criterio de esta Corte, el patrono, debe responder al Instituto de Seguros Sociales por el pago de los periodos en los que la prestación estuvo a su cargo, pues sólo en ese evento pudo haberse liberado de la carga que le correspondía, amén de las obligaciones contractuales existentes entre las partes.”*

Así las cosas, el fallo no será modificado en este aspecto.

Ahora bien, es preciso señalar, en relación con el tema de la **elaboración de un cálculo actuarial** que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 52395 precisó la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido de que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, en casos de omisión en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial.

Concordante con lo anterior, el artículo 9 de la Ley 797 del 29 de enero de 2003, reglamentado por el Decreto 3798 de 2003, estableció la posibilidad de sumar el tiempo de servicios con empleadores omisivos en la afiliación al sistema general de pensiones, a través del pago de un título pensional a favor de la entidad de seguridad social, con base en el cálculo actuarial que ésta elabore.

De otra parte, debe decirse que dentro del presente proceso no se demostró que los aportes correspondientes al periodo comprendido en las fechas de declaratorias del contrato previamente anotadas efectivamente se hayan efectuado; por el

contrario, lo que quedó establecido conforme a la historia laboral del demandante y lo debatido es que no se registra afiliación durante ese lapso, situación ésta que la demandada reconoce en su réplica y frente a la cual indicó que se realizaban las diligencias tendientes a establecer lo ocurrido en dicho lapso, siendo admitida la existencia de la relación laboral.

Así pues, es importante destacar que en el Contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pagos No. 3-1-0138 celebrado entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante en liquidación y Fiduciaria La Previsora el 14 de febrero de 2006 (folios 767 y ss.) definió el objeto del mismo en la cláusula segunda así:

*“El objeto del presente contrato es la constitución de un PATRIMONIO AUTÓNOMO por parte de la FIDUCIARA, el cual se denominará fideicomiso “PANFLOTA”, con los recursos y bienes que le sean transferidos por el FIDEICOMITENTE al momento de la celebración del presente contrato y los recursos que posteriormente le sean transferidos, acorde con lo descrito en el presente contrato, con el fin de que la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos según las instrucciones contenidas en el texto del contrato acorde con las especificaciones y características relacionadas en la propuesta presentada por la FIDUCIARIA, la cual en un todo, forma parte integrante del presente contrato”*

Por su parte, en relación con el objeto pactado entre Asesores en Derecho SAS y Fiduciaria La Previsora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota en la celebración del contrato de mandato, en la que se indica que aquella está obligada o facultada como mandataria para las siguientes actividades:

*“1. Expedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los trabajadores de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. liquidada y sus beneficiarios si los hubiere con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, una vez la Federación Nacional de Cafeteros gire los respectivos recursos en cumplimiento de la sentencia SU-1023 de 2001 proferida por la Corte Constitucional*

*2. Atender los requerimientos judiciales, administrativos o de entes de control relacionados con la gestión.*

*3 Excepcionalmente cuando medie una orden judicial en firme y ejecutoriada expedir el correspondiente acto administrativo mediante el cual se ordene la reliquidación de una mesada pensional.*

*4. Gestionar su propia defensa judicial en todas las demandas y/o acciones constitucionales iniciadas por los beneficiarios de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. liquidada, contra los actos administrativos y/o cualquier actuación realizada por el mandante”.*

La Superintendencia de Sociedades mediante auto No. 411-11731 del 31 de julio de 2000, decretó la liquidación obligatoria de la empresa y el embargo y secuestro de todos los bienes de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana. Esta Superintendencia por auto del 28 de agosto de 2012, aprobó la rendición final de cuentas, declaró la terminación del proceso liquidatorio y ordenó el cierre y extinción de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Gran Colombiana. De conformidad con la sentencia SU 1023 de 2001, la Federación Nacional de Cafeteros, es la llamada a continuar con el pago del pasivo pensional de la Flota Mercante Gran Colombiana. La Superintendencia de Sociedades, determinó que cualquier reclamación de orden laboral o pensional debía efectuarse ante el Patrimonio Autónomo denominado PANFLOTA administrado por la Fiduprevisora S.A

Así pues, conforme a los contratos a cuyos objetos se ha hecho referencia, los que constituyen ley para las partes en los términos del art 1602 del CC, la delimitación de responsabilidades determina que corresponde a FIDUCIARIA LA PREVISORA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA **efectuar el pago** de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial que determine COLFONDOS, con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, confirmando parcialmente el numeral tercero de la sentencia proferida en primera instancia, precisando que se modificará en lo atinente a los salarios previamente declarados en la presente proferida en primera instancia.

Así las cosas, se **MODIFICARÁ** los NUMERALES PRIMERO Y TERCERO, en el sentido de condenar a ASESORES EN DERECHO SAS como mandataria de La Previsora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota **expedir el acto administrativo** correspondiente al reconocimiento de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial que determine COLFONDOS a nombre del demandante.

En suma, y conforme las consideraciones que anteceden, se **REVOCARÁ** los numerales primero, tercero y quinto de la sentencia proferida en primer instancia, en el sentido de **CONDENAR** en *forma principal* a FIDUCIARIA LA PREVISORA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Panflota para que **previo cálculo actuarial** que efectúe COLFONDOS, pague el cálculo actuarial con cargo al Patrimonio Autónomo Panflota y a **ASESORES EN DERECHO SAS** como mandataria de La Previsora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA a expedir el acto administrativo correspondiente al reconocimiento de la suma liquidada por dicho concepto. De ***forma subsidiaria, en caso de que en el Patrimonio Autónomo no obren los dineros suficientes para el cumplimiento de la condena,*** a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora y con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café a

**efectuar el pago de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial que determine COLFONDOS con arreglo al Decreto 1887 de 1994**, por los periodos comprendidos entre 26 de marzo de 1982 al 28 de agosto de 1990, como quiera que de conformidad con el reporte de historia laboral la Flota Mercante le cotizó al actor a partir del 29 de agosto de 1990 al 24 de enero de 1994, precisando que éste cálculo actuarial habrá de descontarle 33 días de licencia otorgadas al actor, conforme la liquidación obrante a folio 718 del plenario, pues con la no prestación del servicio no hay lugar a realizar cotización alguna, despachando la súplica del apoderado de la parte demandante.

#### **SALARIO PERCIBIDO POR EL ACTOR:**

Solicita la parte demandante en su recurso de apelación que debe tomarse el último salario devengado por el actor e incluir la totalidad de los factores devengados por el mismo a efectos de liquidar el cálculo actuarial, conforme se realizó en la liquidación final, incluyendo la prima extralegal de servicio.

Por su parte, el apoderado de la demandada Federación Nacional de Café, presenta inconformidad sobre el asunto, argumentando que deberá tomarse para realizar el cálculo actuarial, no el último salario, sino el salario percibido mes a mes por el actor.

Para dilucidar el problema jurídico planteado y retomando el fundamento legal señalado por la parte actora se tiene, que el artículo 128 de la CST, establece los pagos que constituyen salario.

No obstante lo anterior, una vez revisados los textos aportados de la Convención Colectiva de Trabajo, así como el Laudo arbitral allegados al proceso con las formalidades legales, no establece la naturaleza salarial o el carácter jurídico de las citadas primas extralegales, encontrándose regida la relación laboral del actor por el CST, en ese orden de ideas, no evidencia la Sala razón legal alguna para otorgarle la naturaleza salarial a la prima extralegal y demás emolumentos peticionados por el demandante, máxime si no se tiene certeza de las sumas devengadas por el actor.

Ahora, si bien en la liquidación final de prestaciones sociales fue incluida la prima de servicio, lo cierto es que de la convención colectiva o cualquier otra prueba allegada al plenario pueda colegirse que constituía factor salarial. Sobre el particular se puede mirar la sentencia SL 18067 del 2016, con radicado 42173, del 19 de octubre del 2016, en la cual se indica. *"se excluye el valor que se le canceló a título de prima de servicio por carecer de la connotación salarial que se requiere para*

*efectos de pensión y que el empleador tuvo en cuenta para liquidar las cesantías”, despachando desfavorablemente la súplica del demandante en este sentido.*

En consecuencia, se **REVOCARÁ** parcialmente el NUMERAL QUINTO del fallo de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a las demandadas FIDUPREVISORA y a ASESORES EN DERECHO, en calidad de mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA o quien haga sus veces, a remitir a COLFONDOS la información necesaria para la elaboración del cálculo actuarial, señalando mes a mes los salarios devengados por el demandante y los factores salariales que lo constituían, como quiera que de la liquidación final de prestaciones no se puede establecer los salarios que devengaba el demandante año a año, ni su incidencia salarial.

En otro punto, respecto de quien debe asumir la **porción de cotización** que a su cargo se encontraba, estima la Sala que reexaminado el tema esta posición debe modificarse tomando en cuenta los lineamientos adoctrinados en la sentencia SL1515 con radicación No. 50481 del 3 de mayo de 2018, la cual recoge el precedente lo indicado por la máxima Corporación tendientes que el empleador que no afilie a sus trabajadores al sistema de seguridad social por cualquier causa, incluida la falta de cobertura del ISS, así no actúe de manera negligente, tiene a su cargo el pago de las obligaciones pensionales frente a aquellos por dichos períodos, porque en esos momentos estaban bajo su responsabilidad.

En ese orden, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, el ISS subrogó a los empleadores en el riesgo pensional, ello resulta intrascendente en el *caso bajo examen*, toda vez que la relación laboral que vinculó a las partes finalizó antes de entrar en vigencia esa normativa; luego, la obligación en materia de pensiones siempre estuvo a cargo del ex empleador, y en esa dirección, se ha dicho que la totalidad del pago del cálculo actuarial a cargo del empleador se justifica porque sería inequitativo e injusto que por la falta de esos aportes se genere un perjuicio al trabajador y se afecte su expectativa pensional, máxime que se trata de un lapso en que la obligación estuvo a cargo de aquel y, además, porque ello no resquebraja la estabilidad financiera del sistema, toda vez que se propende por la integración de los recursos por parte de los empleadores con los de las entidades de seguridad social por las cotizaciones sufragadas, tal y como se adoctrinó en la Sentencia SL1515 con radicación No. 50481 del 3 de mayo de 2018, por lo que deberá asumir el **100%** del pago del cálculo actuarial.

## **DEL RECONOCIMIENTO PENSIONAL**

El Juzgado de primera instancia **condenó** a la demandada **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a re liquidar la pensión de vejez del señor **OBEN ALBERTO CAMACHO GOMEZ** una vez se reciba o se integre al capital relacionado con el bono pensional y el cálculo actuarial ordenados en los numerales segundo y tercero de la providencia.

Inconforme con lo anterior, la parte demandante presentó recurso de apelación, solicitando condenar a COLFONDOS, pues a su consideración, debió pensionar al demandante desde la fecha en que se causó porque tenía el capital, es más, en caso de que no tuviera el capital, de conformidad con los artículos 64, 65 y 83 de la Ley 100 de 1993

Por su parte, la FEDERACIÓN NACIONAL DEL CAFÉ presentó recurso de apelación, solicitando se revoque la condena impuesta por concepto de reliquidación, pues si bien al demandante le fue reconocida pensión de vejez desde el año 2019, en ese orden quedaría excluido de la aplicación jurisprudencial invocada, y por tal razón tampoco habría lugar al reconocimiento del pago del cálculo actuarial, ya que el demandante se encuentra actualmente devengando una pensión de vejez.

Finalmente, COLFONDOS presentó recurso de apelación, solicitando revocar la decisión de primera instancia, como quiera que el demandante le fue reconocida pensión de vejez el 01 de abril de 2019, por lo que al vincularse el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de su afiliación, el actor aceptó todas las condiciones previstas en este régimen, por cuanto la selección del mismo la relación para todos sus efectos. En consecuencia, menciona que se comprometió a cumplir todas las condiciones propias del régimen para acceder, entre otras, a la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, sin embargo, bajo esas condiciones, no se reconoce los presupuestos de edad y cantidad de semanas, sino que se exige el cumplimiento de un capital específico, el que se logra acumular en la cuenta de ahorro individual del afiliado, conforme Ley 100 de 1993, señalando que la pensión se liquidó en su debido momento con el dinero depositado en la cuenta de ahorro individual, valores de bono pensional y el mismo fue aceptada en su debido momento por la parte demandante.

No obstante lo anterior, respecto de la solicitud del actor de que le sea reconocida la reliquidación de la pensión de vejez, a partir del 18 de agosto de 2018, debe precisarse que lo correcto es que una vez que COLFONDO S.A., reciba la totalidad del valor del cálculo actuarial, y se vean reflejados dichos valores en su historia laboral, podrá el actor solicitar ante dicha fondo, el eventual reconocimiento y pago de la reliquidación de la pensión de vejez que aquí pretende, potísima razón por la que no accederá al reconocimiento pensional, no quedando otro camino que

**REVOCAR** el NUMERAL CUARTO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS de las pretensiones incoadas en su contra.

**MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL:**

Por otro lado, el Juzgado de primer grado condenó **al MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL** a pagar el bono pensional por los tiempos servidos por el demandante **OBEN ALBERTO CAMACHO GOMEZ** a la Armada Nacional entre el 01 de febrero de 1979 y el 01 de agosto de 1981.

Teniendo en cuenta lo anterior, se tiene acreditado que el demandante Oben Alberto Camacho Gómez prestó sus servicios a la Armada nacional de lo cual, da cuenta en los folios 588 y 589 del expediente físico, dónde obra el certificado de información laboral para bono pensional expedido por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, de dónde se puede verificar que el demandante prestó servicios en la Armada como “GRUMETE” del 1 de febrero de 1979 al 30 de agosto de 1979 y como “MARINERO” del 1 de septiembre de 1979 al 1 de agosto de 1981, precisando que en el referido formato se refiere que al demandante no se le descontó para seguridad social y que la entidad que responde por el periodo es el Ministerio de Defensa Nacional.

Se señala igualmente en este certificado que no hubo interrupciones laborales no remuneradas, es decir, que se prestó el servicio de manera continua y se certifica el salario base total ascendía a la suma de \$6.250 mensuales, documento que no fue tachado ni desconocido en el transcurso del proceso y que lleva a determinar sobre este primer aspecto tal como lo requiere la parte demandante que se debe tener en cuenta para los efectos del bono pensional, el tiempo servido por el señor Oben Alberto Camacho Gómez a la Armada Nacional,

Sea del caso señalar que Colfondos, con la contestación de la demanda y donde manifestó el señor Oben Alberto Camacho Gómez se le había reconocido la pensión de vejez por parte de esta administradora, allegó copia de los documentos que dan cuenta de la liquidación del bono pensional a favor del señor Camacho Gómez y donde se puede verificar que para los efectos de su emisión y redención se tuvo en cuenta únicamente los periodos cotizados a la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA, en los periodos cotizados por la flota mercante gran colombiana entre los años 1990 1992 así como unos tiempos cotizados a través del empleador ALFA SATELITE LTDA, entre 1992 y 1994, lo que quiere decir que para la liquidación de ese bono pensional no se tuvo en cuenta los tiempos servidos en la Armada Nacional.

Conforme lo anterior, se confirmará el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

#### **COSTAS EN PRIMERA INSTANCIA:**

Finalmente, el juez de instancia decidió condenar en costas a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS en su condición de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFE, incluyendo como agencias en derecho a la suma equivalente a 4 SMLMV que deberá ser cancelada a favor de la parte demandante.

Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada presentó recurso de apelación, señalando que, al no existir responsabilidad solidaria, es procedente se absuelva de la condena impuesta en su contra.

Así pues, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.º ibídem, dispone que: «para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.º 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Así las cosas, como quiera que las demandadas ASESORES EN DERECHO, FIDUPREVISORA SA y FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS fueron condenada de manera principal y subsidiaria dentro del presente proceso, se impondrá condena a su cargo, dando aplicación al numeral 1º del Art. 365 del CGP, **MODIFICANDO** de esta manera el NUMERAL SEXTO de la sentencia de primera instancia.

#### **COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA:**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

### RESUELVE

**PRIMERO: REVOCAR** los NUMERALES PRIMERO, TERCERO Y QUINTO de la sentencia proferida en primer instancia, en el sentido de **CONDENAR** en *forma principal* a FIDUCIARIA LA PREVISORA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA para que **previo cálculo actuarial** que efectúe COLFONDOS, pague el cálculo actuarial con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA y a ASESORES EN DERECHO SAS como mandataria de La Previsora como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA a expedir el acto administrativo correspondiente al reconocimiento de la suma liquidada por dicho concepto. De *forma subsidiaria*, en caso de que en el Patrimonio Autónomo no obren los dineros suficientes para el cumplimiento de la condena, a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora y con cargo a los recursos del Fondo Nacional del Café a efectuar el pago de la suma liquidada por concepto de cálculo actuarial que determine COLFONDOS con arreglo al Decreto 1887 de 1994, por los periodos comprendidos entre 26 de marzo de 1982 al 28 de agosto de 1990, como quiera que de conformidad con el reporte de historia laboral la Flota Mercante le cotizó al actor a partir del 29 de agosto de 1990 al 18 de febrero de 1992, fecha en que finalizó la relación laboral, precisando que éste cálculo actuarial habrá de descontarle 33 días de licencia otorgadas al actor, conforme la liquidación obrante a folio 724 del plenario.

**TERCERO: REVOCAR** el NUMERAL QUINTO del fallo de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a las demandadas FIDUPREVISORA y a ASESORES EN DERECHO, en calidad de mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA o quien haga sus veces, a remitir a COLFONDOS la información necesaria para la elaboración del cálculo actuarial, señalando mes a mes los salarios devengados por el demandante y los factores salariales que lo constituían

**CUARTO: MODIFICAR** el NUMERAL SEXTO de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **condenar** a las demandadas ASESORES EN

DERECHO, FIDUPREVISORA SA y FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en costas a su cargo y a favor de la parte actora.

**QUINTO:** **REVOCAR** el NUMERAL CUARTO de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLFONDOS SA PENSIONES Y CESANTÍAS de las pretensiones incoadas en su contra.

**SEXTO:** **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia proferida el 18 de agosto de 2022 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá.

**SÉPTIMO:** Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



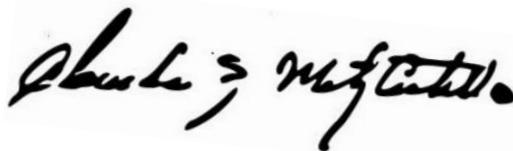
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

Magistrado Ponente



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**

Magistrada



**CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO**

Magistrada

Link expediente digital: [11001310503220190002001](https://expediente.derecho.gov.co/11001310503220190002001)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación 032-2020-00328-01**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ANTONIO MARÍA ORLANDO LECOMPTE GUZMÁN**

DEMANDADO: **LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL**

**FIDUAGRARIA S.A.**

**PATRIMONIO AUTONOMO DE REMANENTES - PAR ISS**

ASUNTO: **APELACIÓN (DEMANDANTE)**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 32° Laboral del Circuito de Bogotá el día 7 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

La apoderada de la parte demandada LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 3 de marzo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

El señor **ANTONIO MARÍA ORLANDO LECOMPTE GUZMÁN** instauró demanda ordinaria laboral contra de la **LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCIÓN SOCIAL FIDUAGRARIA S.A., FIDUAGRARIA S.A. y el PAR ISS,**

debidamente sustentada como aparece a folios 4 a 14 del documento 01, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

**Pretensiones Principales:**

- 1) Que se condene al P.A.R. ISS, a la Fiduagraria y al Ministerio de Salud y la Protección Social, a reliquidar y pagar las Cesantías Definitivas de manera Retroactiva del señor **Antonio María Orlando Lecompte Guzmán** a partir del 01 de enero de 2002, fecha en la cual se pactó la congelación temporal de la liquidación retroactiva de las cesantías.
- 2) Que se condene al P.A.R. ISS, a la Fiduagraria y al Ministerio de Salud y la Protección Social a reliquidar y pagar los intereses a las Cesantías a favor del señor **Antonio María Orlando Lecompte Guzmán**, a partir del 01 de enero de 2002, generados por la liquidación correcta de manera retroactiva del auxilio a las cesantías.
- 3) Que se condene a la demandada a que pague las sumas adeudadas debidamente indexadas, de conformidad con certificación expedida por el DANE.
- 4) Que se condene a la demandada a las costas y agencias en derecho.
- 5) Que se condene extra y ultra petita.

**Pretensiones Subsidiarias:**

- 1) Que se condene al P.A.R. ISS, a la Fiduagraria y al Ministerio de Salud y la Protección Social a reliquidar y pagar las cesantías e intereses de las cesantías retroactivas causadas del 1 de enero de 2012 al 31 de marzo de 2015.
- 2) Que se condene al P.A.R. ISS, a la Fiduagraria y al Ministerio de Salud y la Protección Social a reliquidar liquidar y pagar los intereses sobre hechos y montos adeudados.
- 3) Que se condene al P.A.R. ISS, a la Fiduagraria y al Ministerio de Salud y la Protección Social a pagar la siguiente suma:

			<b>Cesantías</b>	<b>Intereses a las cesantías</b>
<b>01/01/2012</b>	<b>31/12/2012</b>	360	1.967.497	3.958.603
<b>01/01/2013</b>	<b>31/12/2013</b>	360	1.967.497	4.194.703
<b>01/01/2014</b>	<b>31/12/2014</b>	360	1.967.497	4.430.802

<b>01/01/2015</b>	<b>30/03/2015</b>	90	491.874	1.122.457
		<b>Total</b>	6.394.364	13.706.566

**Cesantías: \$6.394.364**

**Intereses: \$13.706.566**

**Total: \$20.100.930**

**LA NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL**, contestó la demanda (Documento 06). Se opuso a las pretensiones del demandante, al manifestar que no existe competencia del Ministerio para revisar lo pretendido, y, por ende, ante la imposibilidad jurídica de ser condenado. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, inexistencia de la solidaridad entre el ISS y el Ministerio, y la innominada.

**EL PATROMINIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES LIQUIDADO – PAR ISS CAPRECOM LIQUIDADO – administrado por FIDUCIARIA FIDUAGRARIA S.A.**, contesto la demanda (Documento 07), oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, al señalar que el acuerdo convencional sobre el congelamiento de las cesantías, no contraviene un ordenamiento legal ni supone el desconocimiento de derechos adquiridos, pues el régimen de liquidación de la cesantía, no encuadra dentro de la definición de derecho adquirido, en tanto que lo que ingresa al patrimonio del trabajador no es el régimen de retroactividad o de liquidación anual, sino el derecho a la cesantía que efectivamente causó día a día por la prestación de sus servicios, independientemente del régimen de liquidación al cual se encuentre adscrito. Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la innominada.

### **SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 32° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** profirió sentencia el 7 de febrero de 2023 (Documento 32), en el siguiente sentido:

**“PRIMERO. DECLARAR PROBADA** la excepción de inexistencia de la obligación formulada por las demandadas, conforme las consideraciones expuestas.

**SEGUNDO. ABSOLVER** a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

**TERCERO. CONDENAR** en costas al demandante y a favor de las demandadas, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio (1/2) smlmv a favor de cada una de ellas.

**CUARTO.** En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a los demandantes, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.”

### **RECURSO DE APELACIÓN**

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación del siguiente punto de la sentencia:

- 1. RÉGIMEN DE RETROACTIVIDAD EN CESANTÍAS:** Inconforme con la decisión el apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación para que sea revocada la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta que al vencerse el plazo establecido en la Convención Colectiva de Trabajo del congelamiento de las cesantías el 31 de diciembre de 2011, deberán liquidarse definitivamente las mismas al 30 de marzo de 2015 retroactivamente, toda vez que el congelamiento no estaba vigente para dicha data, y no liquidar las cesantías de manera fraccionada.

Señaló que el actor tiene derecho al pago de cesantías en los términos de la ley 344 de 1996, el decreto 1252 de 2012 y la Ley 432 de 1990, los cuales permiten que los trabajadores oficiales vinculados hasta mayo del 2000 tengan el régimen de retroactividad de cesantías, indicó, que conforme lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia la Convención Colectiva de Trabajo es inaplicable ante la normatividad de imponer la conservación de los derechos a la liquidación retroactiva al tratarse de una disposición que resulta denunciar y desconocen los derechos mínimos del trabajador, por esta razón, afirmó, que los trabajadores del Seguro Social que en vigencia de la Ley Orgánica 3996 del 25 de mayo 2000, disfrutaban del régimen de esa directiva no les resultaba aplicable el artículo 62 de la Convención Colectiva y por consiguiente, le es aplicable la citada normatividad.

Con miras a la definición del recurso de apelación, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., y las siguientes

### **CONSIDERACIONES:**

#### **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Sí es procedente reliquidar el Auxilio de Cesantías e Intereses a las Cesantías cancelado al señor **ANTONIO MARÍA ORLANDO LECOMPTE GUZMÁN**, sin darle aplicación al congelamiento de cesantías establecido en el Art. 62 de la Convención Colectiva de Trabajo.

#### **Vínculo laboral entre las partes:**

Sea lo primero indicar que no existe asomo de duda que el demandante estuvo vinculado al extinto ISS mediante contrato de trabajo a término indefinido como trabajador oficial desde el 1 de septiembre de 1997 hasta el 31 de marzo de 2015, desempeñando como último cargo el de '*Auxiliar Servicios Asistenciales*', con una asignación básica mensual de \$1.305.036, tal y como consta de la Resolución No. 8873 del 12 de marzo de 2015 mediante la cual se liquidó y ordenó el pago de auxilio de cesantías total y demás prestaciones sociales a la demandante (Folios 32 a 33 – Documento 01), así como de la Certificación de Información Laboral, certificación de Categoría Laboral y liquidación definitiva de prestaciones sociales No. 569 (Folios 35, 36, 37 y 38 – Documento 01).

#### **APLICACIÓN DE LA CONVENCION COLECTIVA 2001-2004.**

Para resolver lo atinente a la inconformidad de la parte demandante frente a la aplicación de la convención colectiva de trabajo celebrada entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004; necesario es advertir que la Jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Laboral de vieja data tiene definido la procedencia en la aplicación de los beneficios de la Convención Colectiva a los trabajadores oficiales de dicho instituto.

En efecto, en sentencia de 16 de septiembre de 2009 Rad 36609, ratificada entre otras sentencias Rad 33759 de 2009 y SL1907 de 2014 Rad 41826, en casos como el del *sublite* la Corte concluyó: «*si se admitió la calidad de sindicato mayoritario, se*

*hizo pensando en la posibilidad de extender el convenio a terceros, en los términos de los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965. Por lo tanto, en esas condiciones, bastaba demostrar la calidad de trabajador oficial para beneficiarse de la convención colectiva de trabajo».*

Y para arribar a dicha conclusión la Corte indicó que ese entendimiento se desprendía precisamente del artículo 3º del Acuerdo Colectivo 2001-2004 que prevé que serán beneficiarios de dicha Convención los trabajadores oficiales que sean afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esa convención, lo que, a juicio de esa Alta Corporación, permite entender que las partes estuvieron de acuerdo en que esa organización reunía como afiliados a más de una tercera parte de los trabajadores de la entidad, amén de, *señaló la Corte*, se remitieron expresamente al contenido de los artículos 37 y 38 del Decreto 2351 de 1965, disposiciones que regulan lo concerniente a la extensión de la convención colectiva a terceros cuando el sindicato tenga un número de afiliados que exceda la tercera parte de los trabajadores de la empresa.

Así las cosas, atendiendo a lo consagrado en el referido artículo 3 convencional, al reconocimiento de la representación mayoritaria del sindicato y al hecho de que no se discutió ni probó que la demandante hubiera renunciado expresamente a los beneficios de la Convención Colectiva 2001-2004 celebrada entre el ISS y Sintraseguridadsocial, en consecuencia no encuentra la Sala razones para desconocer la aplicación a la actora de dicha Convención Colectiva, máxime cuando la Organización Sindical indicó que el actor era beneficiario del texto convencional (fl. 38 – Documento 01).

Establecido lo anterior, el artículo 2º sobre vigencia de la convención, a la letra prescribe (fl. 20):

*“La presente Convención Colectiva de Trabajo tendrá una vigencia de tres años contados a partir del primero (1) de Noviembre de dos mil uno (2001) hasta el 31 de octubre de dos mil cuatro (2004). **Salvo los artículos que en la presente Convención se les haya fijado una vigencia diferente.**”* (Resaltado fuera de texto).

#### **RE-LIQUIDACIÓN AUXILIO CESANTIAS CON RÉGIMEN RETROACTIVO:**

Alega la apoderada de la parte demandante, que si bien es cierto se plasma la retroactividad de las cesantías en la Convención Colectiva de Trabajo, en el

momento del retiro del trabajador, esto es, 30 de marzo de 2015, éstas debían liquidarse de manera retroactiva durante todo el tiempo de servicio, teniendo en cuenta que la congelación de las cesantías solo estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2011.

Así pues, como se indicó anteriormente, la misma convención previó que algunas de sus disposiciones rigieran más allá del 31 de octubre de 2004, como es el caso de la cláusula 62 que consagra Las Cesantías e Intereses a las Cesantías (Folio 63 – Documento 01).

El siguiente es su tenor literal:

**“ARTICULO 62. CESANTÍAS E INTERESES A LAS CESANTÍAS**

*“A partir del primero de enero de 2002, se congela la retroactividad de las cesantías por 10 años.*

*El Instituto procederá a liquidar a 31 de diciembre de 2001, en forma retroactiva, las cesantías de la totalidad de los trabajadores y liquidará sobre dicho monto intereses, en cuantía del 12% anual, correspondientes al año 2001, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año 2002.*

*A 31 de diciembre de 2002, y por lo años subsiguientes, las cesantías se liquidarán anualmente y por las mismas se reconocerán intereses a la tasa del 12% anual por el respectivo año objeto de liquidación, los cuales serán cancelados durante el mes de enero del año siguiente.*

*Sobre el monto de las cesantías liquidadas a 31 de diciembre de 2001, el Instituto reconocerá a partir el primero de enero de 2002, intereses equivalentes al 15% anual. En el caso de los trabajadores que no gocen de prima técnica, esta tasa de interés se incrementará en un punto. Los intereses aquí señalados se pagarán en el mes de enero del año siguiente, esto es, enero de 2003. En los años subsiguientes, el saldo de dichas cesantías acrecentado con las cesantías anuales liquidadas por el año inmediatamente anterior, y disminuido en el monto de las cesantías parciales pagadas durante la vigencia, causarán intereses a las mismas tasas y para los mismos grupos de trabajadores, antes señalados.*

*(...)”*

Es claro entonces que, el artículo 62 de la Convención Colectiva de Trabajo de manera clara y precisa dispone que se congela el régimen de retroactividad de las cesantías por el término de 10 años, a partir del 31 de diciembre de 2001, norma que debe entenderse conforme a su tenor literal.

Al respecto, debe mencionarse en primera medida que los derechos adquiridos son aquellas situaciones individuales y subjetivas que se han creado y definido bajo el imperio de una ley y que por lo mismo han instituido a favor de sus titulares un derecho subjetivo que debe ser respetado frente a leyes posteriores, que no puede afectar lo legítimamente obtenido al amparo de una ley anterior. Presupone la consolidación de una serie de condiciones contempladas en la ley, que permiten a su titular exigir el derecho en cualquier momento. Por el contrario, las meras expectativas consisten en probabilidades de adquisición futura de un derecho que por no haberse consolidado pueden ser regulados por el legislador con sujeción a parámetros de justicia y de equidad. En las meras expectativas resulta probable que los presupuestos lleguen a consolidarse en futuro, conforme se adoctrinó la H. Corte Constitucional en sentencia C-242 del 2009.

Bajo las anteriores premisas, debe precisarse que el régimen de cesantías retroactivo no constituía un derecho adquirido para el demandante, toda vez que el mismo no se había causado, esto quiere decir, que no habían ingresado al patrimonio del actor, **pues mientras no se cause un derecho, resultan ser una mera expectativa**, resaltando que la retroactividad de las cesantías constituyó un derecho adquirido únicamente hasta el año 2001 y posterior al 01 de enero de 2012, en atención a que el demandante –*como quedo establecido*- le fue aplicada la Convención Colectiva de Trabajo en razón de que es beneficiario de la misma y durante el periodo 01 de enero de 2002 y 31 de diciembre de 2011 el régimen de cesantías se convirtió en un régimen anualizado.

Así, el artículo 62 convencional no va en contravía del artículo 53 constitucional, del artículo 58 constitucional o del concepto de derechos adquiridos, máxime cuando la Convención Colectiva de Trabajo extendió el régimen retroactivo de cesantías hasta el 31 de diciembre de 2001, cuando el mismo régimen feneció con la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, lo anterior quiere decir que a pesar que para el año 1997, esto es, fecha de ingreso del demandante al Instituto no se encontraba vigente el régimen retroactivo de cesantías, sin embargo, el Texto Convencional extendió dicho régimen retroactivo hasta el 31 de diciembre de 2001, fecha en la cual se congeló la retroactividad de las cesantías por un término de 10 años, conforme lo establece el Art. 12 del compendio Convencional.

Así las cosas, la Sala se aparta de los argumentos presentados por la parte actora en su recurso de apelación sobre el artículo 62 convencional, en el sentido de inaplicar el congelamiento de cesantías establecido por el término de 10 años y en su lugar, re-liquidar las cesantías de manera retroactiva por todo el tiempo laborado.

Así las cosas y establecido claramente que el artículo 62 convencional tiene plena aplicación, se entra a estudiar si el valor cancelado en la **Resolución No. 8873 del 12 de marzo de 2015**, se le canceló debidamente al demandante el concepto de cesantías.

Así pues, se tiene que la parte actora laboró desde el 1 de septiembre de 1997 hasta el 30 de marzo de 2015, arrojando un total de 17 años, 6 meses y 29 días equivalentes a 6419 días, que descontado 3600 días correspondiente a los 10 años congelados de cesantías anualizadas (01 de enero de 2002 a 31 de diciembre de 2011, se tiene que las cesantías retroactivas deberán liquidarse con base en **2819** días laborados, comprendido del 1 de septiembre de 1997 al 31 de diciembre del 2001 y a partir del 1 de enero del 2012 al 30 de marzo del 2015, periodo en el cual las cesantías retroactivas se encontraban vigentes.

Efectuadas las operaciones aritméticas correspondientes, tomando como último salario la suma de **\$1.305.036**, conforme liquidación definitiva de prestaciones sociales visible a folio 37 (Documento 01), el concepto de cesantías arroja un valor total de **\$10.219.156,9**, suma que resulta ser inferior a la reconocida por el Instituto en resoluciones No. 8773 del 12 de marzo de 2015 y No. 569, esto es, a la suma de **\$14.857.633** (folios 32 a 33 y 37 – documento 01).

Finalmente, debe advertirse que, en la citada liquidación, se encuentran igualmente incluida la suma de **\$14.627.239** por concepto de cesantías congeladas y de **\$846.724** por concepto de intereses a las cesantías, razón por la cual la entidad demandada no adeuda al señor **ANTONIO MARÍA ORLANDO LECOMPTE GUZMÁN** suma alguna por concepto de cesantías e intereses a las cesantías, toda vez que los valores adeudados fueron cancelados, no quedando otro camino que confirmar en su integridad la sentencia absolutoria de primera instancia.

## **COSTAS**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISION LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia el 7 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado 32° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



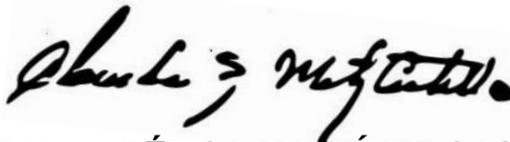
**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNÁNDEZ**

**Magistrada**



**CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO**

**Magistrada**

Link expediente digital: [11001310503220200032801](https://www.cajudicial.gov.co/consulta-expediente/11001310503220200032801)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Ponente**

**Radicación No. 36-2022-00579-01**

Bogotá D.C., veintinueve (29) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **HECTOR ABRAHAM GOMEZ RODRIGUEZ**

DEMANDADO : **TRANSMASIVO**

VINCULADO: **SINTRATRANSMASIVO**

ASUNTO : **FUERO SINDICAL - ACCIÓN DE REINTEGRO – APELACIÓN**

**PARTE DEMANDANTE**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 36° Laboral del Circuito de Bogotá el día 17 de julio de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 117 del CPT y SS.

Los apoderados de las partes no presentaron alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 17 de agosto de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**I. ANTECEDENTES**

El señor **HECTOR ABRAHAM GOMEZ RODRIGUEZ**, obrando por intermedio de apoderado judicial, promovió demanda en contra de **TRANSMASIVO SA**, para que previos los trámites de un proceso de fuero sindical, se ordene:

1. Al reintegro al puesto de trabajo en las mismas condiciones contractuales y salariales que tenía el demandante al momento del despido.
2. Al pago del auxilio de cesantías causado desde la fecha del retiro hasta cuando se produzca el reintegro.
3. Al pago de la prima de servicios causada desde la fecha del retiro, hasta cuando se produzca el reintegro.

4. Al pago de las vacaciones causadas desde la fecha del retiro hasta cuando se produzca el reintegro.
5. Al pago de la indexación sobre el auxilio de cesantía.
6. A todo lo que se declare, en uso de las facultades ultra y extra petita.
7. Costas procesales.

Como fundamentos fácticos de la acción señaló en síntesis: que el demandante ingresó a laboral al servicio de la demandada el 23 de mayo de 2004, desempeñando el cargo de operador de BUS ARTICULADO, en la ciudad de Bogotá.

Que en la sociedad demandada existe el sindicato de trabajadores de TRANSAMISVO, que el demandante en asamblea llevada a cabo el 18 de enero de 2020 fue designado como miembro de la junta directiva de SINTRATRANSAMIVO, en calidad de principal.

Que sobre la anterior decisión, la sociedad demandada fue notificada el 20 de enero de 2020. Que la Junta directiva del sindicato SINTRATRANSAMIVO, fue inscrita en el Ministerio de Trabajo.

Que la sociedad demandada el 23 de julio de 2019, solicitó autorización de terminación del contrato de trabajo de 107 de sus trabajadores, incluyendo al aquí demandante. Que, la demandada omitió informar que el demandante estaba amparado por la garantía de fuero sindical.

Que, mediante Resolución 3578 del 23 de noviembre de 2021, el Ministerio del Trabajo autorizó a la empresa TRANSMASIVO el despido de 39 trabajadores, dentro de los cuales estaba el demandante.

Que contra la anterior decisión, el demandado interpuso recurso de apelación, decisión confirmada mediante Resolución 3202 del 04 de agosto de 2022, acto administrativo que le fue notificado 05 de agosto de 2022, sin que para tal fecha estuviere en firme la resolución 3202 del 04 de agosto de 2022.

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto del 12 de octubre de 2022 por el Juzgado 36° Laboral del Circuito, y surtido su traslado, la accionada TRANSMASIVO SA, contestó la demanda en la respectiva AUDIENCIA ESPECIAL adelantada el 13 de julio de 2023 en la que se opusieron a la prosperidad de las pretensiones y propusieron en su defensa como excepciones de mérito.

## DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitada la instancia, la **JUEZ 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, profirió sentencia 17 de julio de 2023, en la que resolvió:

**“PRIMERO: ABSOLVER a TRANSMASIVO SA de todas las pretensiones incoadas en su contra por HECTOR ABRAHAM GOMEZ RODRIGUEZ.**

**SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante. Inclúyase en su liquidación la suma de \$500.000 como agencias en derecho.”**

## RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la decisión de primera instancia, para en su lugar, se accedan a las pretensiones incoadas en la demanda, con fundamento en las siguientes razones:

- 1. REINTEGRO:** De conformidad con la prueba documental aportada en el expediente, quedó acreditada la existencia del fuero sindical a favor del trabajador, y de conformidad con el artículo 405 del CST, el trabajador aforado no puede ser despedido, y en ese sentido, al quedar demostrada la calidad de presidente del demandante de la organización sindical, debe ordenarse su reintegro, trayendo a colación la sentencia 381 de 2000, sin que se cumplan los requisitos para ser despedido, por lo tanto la empresa debió haber solicitado permiso para despedir al demandante.

En ese sentido, señala que quedó probado que el contrato laboral no terminó por una justa causa establecida en el artículo 47 del código sustantivo del trabajo, modificado por el decreto ley 252351 de 1965, pues las justas causas están taxativamente consagradas en los artículos 62 y 73 del código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 7 del decreto 2351 de 1965 y como se dijo, ante la garantía del fuero sindical que goza el trabajador amparado, el de no ser despedido sin justa causa y para el presente caso, el demandante fue despedido sin previa calificación judicial, y ante la existencia del fuero sindical que quedó demostrada con la inscripción de la Junta directiva del SINTRASMASIVO expedida por el Ministerio de trabajo y que se llegó al expediente así como las documentales enviadas a la demanda por parte del sindicato y suscrita por el demandante, en calidad de presidente de la organización sindical, trayendo a colación la sentencia del 21 de abril de 2021 expediente 2019637 señaló: *“(...) Sin duda alguna entonces debe el empleador en primer lugar tener claramente acreditada la existencia de la justa causa para proceder a la terminación del contrato pues de no hacerlo*

*correrá las consecuencias adversas a su misión y desde luego entonces desde así sucede esto desde que se acredita la justa causa es que empieza a correr el término prescriptivo".* Para el presente caso la prescripción empezó a correr a partir en que quedó firme la resolución del Ministerio de trabajo fecha 4 de agosto de 2022.

- 2. RELACIÓN LABORAL:** Señala que no es posible cambiar la naturaleza del contrato de trabajo que ató a las partes, pues a todas luces es un contrato a término indefinido, no un contrato de obra o labor, como aduce el Juzgador de primera instancia. Precisa que desde que inició la relación laboral el empleador creó unas condiciones que le son desfavorables dentro de la relación laboral y que claramente le vulneran los derechos constitucionales como es en este caso el del fuero sindical.
  
- 3. PRESCRIPCIÓN:** Si bien la norma establece el término de 2 meses para iniciar la correspondiente acción por parte del trabajador, lo cierto es que dicho término de correr a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho, y si bien el demandante presentó la demanda 2 años después, se dio en razón a la expedición de las Resoluciones del Ministerio del Trabajo, específicamente la del 4 de agosto de 2022 que autorizó el despido del demandante, pese a que dicha entidad no contaba con la competencia para hacerlo. Así las cosas, la empresa demandada debió haber solicitado el permiso para despedir durante los dos meses siguientes a la terminación de la obra.

Recurso que procede a resolver la Sala, de acuerdo a lo normado en el artículo 66 A del CPT y la SS, y las siguientes:

## **II. CONSIDERACIONES FÁCTICAS Y JURÍDICAS:**

A efectos de resolver, cabe señalar que el artículo 405 del C. S. del T. define el fuero sindical, como *"la garantía que tienen algunos trabajadores de no ser despedidos, ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, ni trasladados a otros establecimientos de la misma empresa o a un municipio distinto, sin justa causa, previamente calificada por el juez del trabajo"*.

El fuero sindical es una garantía constitucional consagrada en el artículo 39 Superior y desarrollada en los artículos 405 y 406 del CST.

Ha reiterado la H. Corte constitucional en muchas oportunidades que la relevancia de la figura del fuero sindical está en relación de conexidad necesaria con la protección especial que la Constitución prevé para las asociaciones sindicales. Por

cuanto las mencionadas organizaciones tienen a su cargo la defensa y promoción de los intereses de sus afiliados, el sistema jurídico ha diseñado las herramientas necesarias para que el ejercicio de la actividad sindical no devenga ilusoria debido a la posición dominante de los empleadores frente a los empleados. La Corte ha señalado al respecto:

Sobre esta garantía se ha pronunciado la Corte Constitucional en los siguientes términos<sup>1</sup>:

*“Para definir el contenido y alcance de la protección constitucional que se deriva del artículo 39 de la Carta procede recordar que la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana de los Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador, estipulan i) que toda persona tiene derecho a asociarse libremente y a constituir sindicatos en defensa de sus intereses, ii) que, para el efecto, los trabajadores deben gozar de total libertad de elección, iii) que los requisitos para fundar e ingresar a un sindicato solo pueden ser establecidos por la propia organización, iv) que la ley puede establecer restricciones al derecho de asociación sindical en interés de la seguridad nacional y en defensa del orden público, y iv) que los Estados Partes, que a su vez son miembros del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo, no pueden adoptar medidas legislativas que menoscaben la libertad sindical y el derecho a la sindicalización (La Declaración Universal de Derechos Humanos fue adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, los Pactos Internacionales de Derechos Civiles y Políticos, Económicos Sociales y Culturales fueron abiertos a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante resolución 2200A (XXI) de 16 de diciembre de 1966, la Convención Americana de los Derechos Humanos fue adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos reunida en San José el 22 de noviembre de 1969, -Leyes 74 de 1968 y 16 de 1972 respectivamente.)*

*La ampliación de la figura del fuero sindical, no tuvo repercusiones tan sólo en punto de la estabilidad laboral de los beneficiados con el mismo, sino también de la categoría de trabajadores que tienen la posibilidad de asociarse en sindicatos. Al incluir el artículo 39 Superior el cuantificador universal “todos” para determinar la categoría de trabajadores pasibles de sindicalización, con las excepciones ya mencionadas, impuso también la carga a todos los empleadores de someter a calificación judicial la decisión de desmejorar las condiciones laborales o despedir a los miembros aforados del sindicato.” (Negrillas y subrayas de la Sala)*

En igual sentido al del artículo 39 constitucional, la Organización Internacional del Trabajo- O.I.T., como organismo fuente de las normas internacionales del trabajo, ha expuesto en los Convenios 87 y 98:

El artículo 11 del Convenio 87:

*“Todo miembro de la Organización Internacional del Trabajo para el cual esté en vigor el presente Convenio se obliga a adoptar todas las medidas necesarias y apropiadas para garantizar a los trabajadores y a los empleadores el libre ejercicio del derecho de sindicación”.*

---

<sup>1</sup> ST-330/05. H. Sierra

Por su parte, los numerales 1 y 2 del artículo 1° del Convenio 98, señalan:

*“Los trabajadores deberán gozar de adecuada protección contra todo acto de discriminación tendiente a menoscabar la libertad sindical en relación con su empleo.*

*“Dicha protección deberá ejercerse especialmente contra todo acto que tenga por objeto:*

*Sujetar el empleo de un trabajador a la condición de que no se afilie a un sindicato o a la de dejar de ser miembro de un sindicato.*

*b) Despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo”.*

Los Convenios referidos en la jurisprudencia de la Corte son objeto de mención, como quiera que la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y su seguimiento de 1998, estableció como derechos fundamentales, la libertad de asociación y la libertad sindical, así como la negociación colectiva, razón por la que, tanto el Convenio 87 (ratificado mediante Ley 26 de 1976), como el Convenio 98 (ratificado mediante Ley 27 de 1976), son considerados como fundamentales, y en consecuencia no pueden ser desconocidos por ningún país miembro de la O.I.T., lo que es conteste con lo expuesto en reciente sentencia proferida por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, SL2543-2020, donde se dispuso que hacen parte de los ocho convenios fundamentales de la O.I.T., y que por ende tienen carácter prevalente.

En tal sentido, la Corte Constitucional en sentencia T 220 del 12 de marzo de 2012, reiteró:

***“5. El proceso de levantamiento del fuero sindical y la acción especial de reintegro por fuero sindical***

*5.1. Tal y como se señaló anteriormente, el fuero sindical es un derecho que cobija a las directivas sindicales para evitar despidos injustificados, o modificaciones arbitrarias de las condiciones laborales, de modo que se garantice la gestión de los intereses de los asociados.*

*5.2. Por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa y previa autorización judicial al empleado aforado. Será necesario un proceso de levantamiento del fuero sindical iniciado por el patrono para que el juez permita despedir o desmejorar las condiciones del empleado aforado, en los términos de los artículos 113 a 117 del Código Procesal del Trabajo. En dichas disposiciones, se señala que se presume la existencia del fuero sindical con la sola certificación de la inscripción en el registro sindical o con la comunicación del empleador de la inscripción, por consiguiente, en esos casos, éste deberá interponer una demanda para obtener el permiso del juez, invocando una justa causa. En este sentido, la sentencia T-029 de 2004, reiterando jurisprudencia en la materia, precisó lo siguiente,*

*“A propósito de las acciones en comento, conviene anotar que la demanda del empleador, tendiente a levantar el fuero sindical, deberá presentarse “inmediatamente al conocimiento de la ocurrencia de una causa justa para la autorización de despido, traslado o desmejora del trabajador”<sup>2</sup>, habida cuenta que “el fundamento mismo para el ejercicio del mencionado levantamiento, es necesariamente la existencia y conocimiento por parte del empleador de una justa causa que justifique las pretensiones de levantar el fuero al trabajador. Si esa justa causa no se extiende en el tiempo y se esgrime en momentos diversos a los que dieron origen a la eventual posibilidad de levantamiento del fuero, lo que en realidad ocurre es que el fundamento mismo o la causal que autorizaba legítimamente el levantamiento, desaparece y en consecuencia se controvierte la razón misma de su consagración”<sup>3</sup>.*

*Acorde con lo anterior, la jurisprudencia ha precisado que el objetivo del proceso de levantamiento del fuero es (1) verificar la ocurrencia de la causa que alega el empleador, y (2) el análisis de su legalidad o ilegalidad<sup>4</sup>. Es importante anotar que según el artículo 410 del C.S.T., son justas causas para el despido, 1) La liquidación o clausura definitiva de la empresa o establecimiento y la suspensión total o parcial de actividades por parte del patrono durante más de ciento veinte (120) días, y 2) Las causales enumeradas en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo para dar por terminado el contrato.*

*5.3. En este contexto, se entiende que el respeto al derecho de asociación sindical incluye la garantía del debido proceso cuando son despedidos trabajadores cobijados por el fuero sindical. Si el trabajador ha sido despedido o desmejorado sin autorización judicial previa, cuenta con dos meses, contados a partir de la actuación del empleador, para interponer una acción especial de reintegro por fuero sindical tal y como lo consigna el artículo 118A del Código de Procedimiento del Trabajo. En relación con la obtención del permiso cualquiera sea la naturaleza de la relación laboral, conoce la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y seguridad social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 2 de la Ley 712 de 2001<sup>5</sup>, razón por la cual es a la jurisdicción ordinaria laboral a quien compete conocer de los conflictos de reintegro por fuero sindical de los trabajadores y empleados públicos, a través de los procedimientos establecidos en el Código de Procedimiento Laboral<sup>6</sup>.*

*En la acción de reintegro, el juez debe analizar (1) si el demandante estaba obligado a solicitar el permiso judicial y, en caso afirmativo (2) verificar si cumplió dicho requisito. De ninguna manera el juez podrá en este tipo de procesos pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho, ya que en virtud del derecho al debido proceso nadie puede ser juzgado sino por el juez competente, con las formas propias de cada juicio.*

---

<sup>2</sup> Sentencia C-381 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero. En esta oportunidad fueron declarados exequibles algunos apartes de los artículos 113, 114 y 118 del Código Procesal del Trabajo, en los términos de la misma decisión. Esta Corte resolvió: “Primero.- Declarar EXEQUIBLES las expresiones del artículo 114 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el Decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, las cuales señalan que se “ordenará correr traslado de ella al trabajador o trabajadores indicados en la solicitud y citará a las partes para una audiencia” y “se intentará en primer término la conciliación. Fracasada ésta, en el mismo acto”, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, debe ser notificado y será parte en el juicio. Segundo: Declarar EXEQUIBLES los incisos primero y tercero del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fueron modificados por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 39 de la Constitución, el sindicato, por medio de su junta directiva, podrá también interponer la acción de reintegro prevista por primer inciso y de restitución prevista por el tercer inciso. Tercero: Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del artículo 118 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961.

Cuarto: Declarar EXEQUIBLE el artículo 113 del Código Procesal del Trabajo, tal y como fue modificado por el decreto 204 de 1957, que fue adoptado como legislación permanente mediante el artículo 1° de la Ley 141 de 1961, siempre y cuando se entienda que, en aplicación del artículo 13 inciso 2°, 25 y 39 de la Constitución y del Convenio 98 de la O.I.T., para hacer uso del procedimiento especial de levantamiento del fuero sindical, el empleador deberá presentar la solicitud inmediatamente ocurra la justa causa requerida para solicitar la autorización de despido, traslado o desmejoramiento del trabajador aforado, según se indicó en la parte motiva de este fallo”.

<sup>3</sup> Idem.

<sup>4</sup> T-029 de 2004, T-731 de 2001

<sup>5</sup> T-253 de 2005

<sup>6</sup> C-1232 de 2005

*Si surtido el proceso se comprueba, que el trabajador fue despedido desconociendo las disposiciones en esta materia, se ordenará su reintegro y se condenará a título de indemnización, los salarios dejados de percibir<sup>7</sup>.»*

De lo anterior se advierte, que por regla general, el empleador no podrá despedir sin justa causa o modificar las condiciones laborales de un trabajador aforado desmejorándolo o trasladándolo sin previa autorización judicial, requiriendo por ende acudir a un proceso de levantamiento de fuero sindical cuyo objeto recae en: 1. En verificar la ocurrencia de la justa causa alegada por el empleador, y 2. En analizar su legalidad e ilegalidad.

En el caso de despido, desmejora o traslado de un trabajador cobijado por el fuero sindical sin autorización judicial previa, se podrá acudir a la acción de reintegro o reinstalación que tiene como finalidad el analizar: 1. Si el demandado estaba obligado a solicitar el permiso judicial y en caso tal, 2. Verificar si cumplió con dicho requisito, sin que el juez pueda entrar pronunciarse sobre la legalidad del despido, so pena de incurrir en una vía de hecho. En caso de encontrarse acreditado que el trabajador fue despedido, desmejorado o trasladado sin la autorización requerida, proceder ordenar su reintegro o reinstalación al cargo y condenar a título de indemnización los salarios dejados de percibir.

A la luz de estas preceptivas, procede la Sala con el análisis tendiente a determinar si el señor **HECTOR ABRAHAM GOMEZ RODRIGUEZ**, al momento de la terminación del contrato de trabajo el 5 de agosto de 2022 gozaba de la protección de fuero sindical, y si en consecuencia, se dio por terminado con justa causa. En ese sentido, si el empleador TRANSMASIVO SA solicitó el respectivo permiso ante el Juez laboral, y si es procedente el reintegro, junto con el pago de los correspondientes salarios, prestaciones sociales.

## **1. DEL VÍNCULO LABORAL:**

De conformidad con las pruebas arrimadas al plenario, se tiene que el señor **HECTOR ABRAHAM GOMEZ RODRIGUEZ** suscribió los siguientes contratos de trabajo:

1. Contrato de trabajo desde el 23 de mayo de 2004.
2. Contrato de trabajo que reemplazo de manera íntegra el primero, suscrito el 29 de noviembre de 2010 hasta el 5 de agosto de 2022, fecha en que la sociedad demandada decidió dar por terminado el contrato individual de trabajo.

---

<sup>7</sup> C-1232 de 2005, T-1189 de 2001. Al respecto, la sentencia T-029 de 2004 establece lo siguiente: “En principio, quebrantan el ordenamiento constitucional los jueces laborales que no ordenan el reintegro y la indemnización consecuente de quien, estando protegido por fuero sindical fue despedido sin permiso judicial”.

Magistrado Ponente: Dr. JAIME ARAUJO RENTERIA.

No obstante lo anterior, señala el apoderado del demandante que, la relación laboral que ató a las partes se circunscribe en un solo contrato de trabajo a término indefinido, sin embargo, vale la pena mencionar que al revisar el escrito de demanda, en ningún momento solicita se declare una única relación laboral.

No obstante lo anterior, debe señalarse que, ni en las pretensiones de la demanda, ni en la fijación del litigio se pretendía la existencia de un contrato realidad entre el demandante y TRANSMASIVO, sino que por el contrario, tal y como lo afirma el apoderado en su recurso de apelación, se alegó primigeniamente la existencia de un contrato de trabajo, el cual fue reemplazado en su integridad por mutuo acuerdo, sin que por tanto sea el recurso de apelación la oportunidad para modificar las pretensiones inicialmente incoadas, así como la fijación del litigio y problema jurídico planteado por el Juzgado de primera instancia.

Por el contrario, al revisar las documentales allegadas al plenario se observa efectivamente las partes suscribieron un primer contrato de trabajo el 23 de mayo de 2004, y posteriormente, de mutuo acuerdo, suscribieron un nuevo contrato reemplazando en su integridad el primero, confirmando de esta manera la declaración del Juzgado de primera instancia.

Aunado a lo anterior, se acredita que el contrato del demandante finalizó de forma concomitante con la terminación del convenio interadministrativo suscrito entre la aquí demandada.

Así las cosas, debe despacharse desfavorablemente las súplicas de la parte actora, tendiente a declarar la existencia de un contrato realidad, dada la situación actual que contrae la relación laboral con la demandada, en atención que se encuentra debidamente acreditados los 2 contratos suscritos por el actor con TRANSMASIVO SA.

## **2. DEL FUERO SINDICAL:**

Por otro lado, no se discute la calidad de aforado del demandante, como quiera que ésta es aceptada por las partes, así como quedó plenamente demostrado mediante la documental obrante a folio 84 del documento "03Demanda" del expediente digital, en la que consta que el señor HECTOR GOMEZ ostentaba la calidad de "Presidente" en el SINDICATO DE TRABAJADORES DE TRANSMASIVO SA "SINTRAMASIVO", con lo que se acredita que el actor goza de la garantía del fuero sindical consagrada en la ley, así como de la constancia de depósito ante el Ministerio de trabajo folio 16

archivo 4 que da cuenta de la calidad de aforado del demandante y que desde la constitución de la organización sindical la empresa demandada tenía conocimiento.

### **3. DEL REINTEGRO EN LAS CONDICIONES LABORALES DEL TRABAJADOR AFORADO.**

La juez de instancia considero que en el presente asunto la autorización de despido no resulta atendible, esto es, cuando el contrato finaliza por una causal legal de terminación del contrato. En ese sentido, si el contrato finaliza al culminar la obra objeto del contrato laboral, se estarían dando uno de los presupuestos normativos a que alude el artículo 411 del código sustantivo del trabajo respecto de los cuales se relevan a el empleador de la obligación de tramitar autorización de despido ante la autoridad judicial, razones por las cuales absolvió a la empresa demandada.

Por su parte, la inconformidad del recurrente se centra en señalar que, para proceder con el retiro del trabajador, el empleador debía proceder con la autorización del Juez, en tanto que el demandante gozaba con garantía del fuero sindical, razón por la cual a su consideración, la demandada debía tramitar una demanda especial que les permitiera tener el permiso respectivo para su despido, al no hacerse así, hay una clara violación al debido proceso constitucional, de conformidad con lo establecido en el artículo 405 del CST, precisando que el contrato de trabajo no se dio por terminado por una justa causa establecida en los artículos 62 y 73 del CST, rememorando la sentencia del 21 de abril de 2021 expediente 2019637.

Así las cosas, reposa misiva del 05 de agosto de 2022, mediante la cual, la empresa demandada da por terminado el contrato individual de trabajo con el demandante, bajo los siguientes argumentos:

*“En principio, consideramos importante recordarle que desde el día 15 de enero de 2020 TRANSMASIVO SA finalizó su operación al interior del Sistema Integrado de Transporte Público de Bogotá DC, toda vez que, tal como es de su conocimiento, y, siendo en todo caso un hecho de dominio público, la Empresa de Transporte del Tercer Milenio SA – TRANSMASIVO SA – adoptó la decisión de dar por terminado el Contrato de Concesión 016 de 2003 adjudicando la prestación del servicio a otras operadoras.*

*Así pues, debe precisarse que el desarrollo de dicho contrato de concesión era la actividad principal de esta empresa, razón por la cual, desde el momento en que el mismo finalizó por decisión de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio SA – TRANSMASIVO SA cesó totalmente el desarrollo de labores operacionales.*

*En relación a lo anterior, debe tener presente que el artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo (...)*

*En consecuencia, atendiendo lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, y, la finalización del Contrato de Concesión por decisión de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio SA – TRANSMILENIO SA-*

, nos permitimos comunicarle la decisión de dar por terminado su contrato individual de Trabajo con justa causa legal, decisión que obedece, únicamente, a los motivos expuestos y a ninguno otro.

(...)

Pese a lo anterior, nos permitimos recordarle que con ocasión de la finalización del Contrato de Concesión 016 de 2003, y, el consecuente cese de actividades por parte de esta empresa, para el caso de los trabajadores que gozaban de la mencionada garantía de estabilidad ocupacional reforzada debido a su estado de salud, TRANSMASIVO SA solicitó ante el Ministerio de Trabajo la respectiva autorización para dar por terminados los contratos de trabajo, misma que en primera instancia fue concedida por dicha entidad mediante la Resolución 3578 de 2021, siendo una decisión contra la cual algunos de los trabajadores interpusieron recursos de reposición y en subsidio apelación.

Mediante Resolución 1616 de 2022 se resolvieron los recursos de reposición interpuestos confirmando la determinación adoptada en primera instancia, con ocasión de lo cual se concedieron los recursos de apelación, cuyo trámite se surtió concluyendo con la decisión contenida en la Resolución 3202 de 2022, en la cual nuevamente se confirmó la decisión adoptada en primera instancia, esto es, la autorización para dar por terminados los contratos individuales de trabajo de los trabajadores 'con fuero ocupacional', trabajadores entre los que, valga la pena mencionar, usted se encuentra.

Adicionalmente, y, en todo caso, consideramos importante recordarle que de forma simultánea a la radicación de dichas solicitudes para dar por terminados los contratos individuales de trabajo del personal que se encontraba amparado por fuero de salud, TRANSMASIVO SA solicitó ante el Ministerio de Trabajo autorización para realizar despido colectivo, la cual le fue concedida mediante la Resolución 5278 del 09 de diciembre de 2019.

Teniendo en cuenta todo lo expuesto en precedencia, puede verse con suficiente claridad que TRANSMASIVO SA se encuentra facultada para dar por terminada la relación laboral que con usted le vincula, por lo que, en atención a la finalización del contrato de concesión 016 de 2003, el consecuente cese total y definitivo del desarrollo de la actividad principal de la compañía y, acorde con lo dispuesto en el numeral segundo del artículo 47 del Código Sustantivo del Trabajo, nos permitimos comunicarle que se da por terminado su contrato individual de trabajo con justa causa legal, siendo importante precisar que el mismo tiene vigencia hasta el día de hoy 05 de agosto de 2022, cesando en todos sus efectos a partir del día 06 de agosto de 2022 inclusive y en adelante.”

Ahora, si bien a folio 36 del archivo 14 del expediente digital se observa misiva denominado mutuo acuerdo, con el que las partes decidieron reemplazar le contrato individual de trabajo inicialmente pactado, se observa que no se dispone que el contrato sería a término indefinido, por el contrario, al verificar la cláusula cuarta del contrato primigenio, se observa que se dispuso:

**“CUARTA: DURACIÓN DEL CONTRATO.** El término de duración del contrato será de vigencia, en tanto subsistan las causas que dieron lugar origen y la materia de la labor contratada, de conformidad con los artículos 5 y 6 del Decreto Ley 2351 de 1965; no obstante lo anterior, los dos primeros meses de vigencia del presente contrato se consideran como periodo de prueba.”

Y es que con realizar un análisis general del texto contractual, se colige con claridad que el actor fue contratado para desempeñarse como conductor del sistema de transporte masivo.

Bajo ese escenario, es necesario memorar que el amparo de fuero sindical para los trabajadores vinculados por medio de esta modalidad de contrato, no deriva en la prolongación del plazo pactado pues el amparo solo cubre al trabajador durante la vigencia o el lapso acordado desde la suscripción del contrato, lo cual resulta lógico, bajo el entendido que son las mismas partes (trabajador y empleador) quienes de forma concertada y/o consentida establecen la duración del vínculo laboral desde el inicio, al respecto puede consultarse la sala de Casación Laboral que en Sentencia del 25 de marzo de 2015, SL 3535 – 2015 radicado 3823, en la que se señaló:

*“(…) En efecto, esta Sala de la Corte ha definido que, a diferencia de los contratos de trabajo a término indefinido, en los pactados a término fijo la condición extintiva se concibe desde el mismo instante en el que los contratantes han celebrado el acuerdo de voluntades, pues convienen las condiciones de su vinculación y fijan de forma clara e inequívoca el término de duración de la relación, de manera que esa manifestación de voluntad surte efectos a partir de la suscripción del contrato. Es por ello que la expiración del plazo pactado no constituye una terminación unilateral del contrato, con o sin justa causa, sino un modo, modalidad o forma de ponerle fin a un vínculo contractual, previsto en el literal c) del artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el 5 de la Ley 50 de 1990.”*

Resulta importante invocar lo establecido en la cláusula cuarta del contrato de trabajo suscrito por el demandante y TRANSMASIVO SA que a la letra indica: *“El término de duración del contrato será de vigencia, en tanto subsistan las causas que dieron lugar origen y la materia de la labor contratada.”*

Por otro lado, se observa que se allegó al plenario documental que se acredita el contrato interadministrativo entre TRANSMASIVO y TRANSMILENIO, igualmente que desde el 16 de enero de 2020, por decisión de TRANSMILENIO SA finalizó contrato de concesión No. 016 de 2003 otorgado por esta a la empresa TRANSMASIVO SA.

Todo lo anterior, fue ratificado por el representante legal la demandada al absolver interrogatorio de parte y al indicar que el contrato interadministrativo suscrito entre la Empresa TRANSMASIVO y TRANSMILENIO, se dio por terminado el 16 de enero de 2020.

En esa dirección, de las pruebas documentales recaudadas, se evidencia, que mediante comunicación del 05 de agosto de 2022, se puso en conocimiento del señor demandante por parte de TRANSMASIVO la decisión de NO continuar con la relación laboral, ante la terminación del Convenio Interadministrativo 016, siendo un

modo legal de finalización o terminación del contrato de obra o labor, al tenor de lo dispuesto en el artículo 411 del CST.

Por tal razón, iterando que el contrato de trabajo del demandante feneció por terminación de la obra, es menester memorar que frente a este punto en particular ha sido reiterado lo manifestado por la Honorable Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Laboral, mediante sentencia del 3 de julio de 2008 radicado 33396, en la cual se explicó el por qué el vencimiento del plazo fijo pactado no puede tener la connotación de un despido, y en esa oportunidad se puntualizó:

*“(....) según lo preceptuado en el artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 6° del Decreto 2351 de 1965, y posteriormente subrogado por el artículo 5° de la Ley 50 de 1990, **existen varios modos legales de terminación del contrato de trabajo que se enlistan en esta normatividad, dentro de los cuales se cuenta para lo que interesa al recurso de casación, con la expiración del plazo fijo pactado - literal c)- y la decisión unilateral en los casos de los artículos 7° del Decreto Ley 2351 de 1965 y 6° de la Ley 50 de 1990 –literal h-, donde no es dable confundir estas dos formas de finalización del vínculo y entrar a calificar el vencimiento del plazo como un “despido”, pues mientras la del literal c) requiere desde el momento de la celebración del contrato de trabajo, el concurso de voluntades para pactar una duración determinada o fija, en el evento del despido la terminación se origina en la voluntad unilateral del empleador de poner fin a la relación laboral con o sin justa causa. (Negrilla fuera del texto).***

*Lo anterior se ha sostenido de manera inveterada, es así que en sentencia que data del 15 de mayo de 1974, publicada en la Gaceta Judicial Tomo CXLVIII No. 2378 a 2389 páginas 455 a 459, en donde se rememoró el fallo que citó el Tribunal calendado 21 de abril de 1972, se puntualizó:*

*No puede confundirse la terminación por vencimiento del plazo con el despido, pues el primer caso se requiere el concurso de voluntades para la terminación del contrato; y en el segundo solamente se necesita la voluntad del patrono.*

*Es verdad que en el contrato de duración expresa, si con una anticipación no inferior a 30 días no avisa una de las partes por escrito su deseo de terminarlo, éste se prorroga por un año, lo que indica que esa prórroga se produce por la voluntad de ambas partes de que continúe, pues su silencio es el asentamiento tácito a la prolongación por un año.*

***En el despido la terminación del contrato se origina en la voluntad unilateral del patrono, que unas veces con justa causa y otras sin ella, pone a fin a la relación laboral. El retiro del trabajador obedece también a su voluntad unilateral, que con justa causa o sin ella, puede poner fin a la relación de trabajo y romper el vínculo jurídico.***

*Si el legislador hubiera entendido que la terminación por vencimiento del plazo dependía de la voluntad unilateral de una de las partes, no habría consagrado como causa de terminación ese vencimiento, sino que se habría limitado a hablar de la terminación por decisión unilateral, y como así no lo hizo, **ha de entenderse que no es decisión unilateral la que pone fin al contrato por vencimiento del plazo, sino el conjunto de voluntades que conciertan la duración fija.***

Así mismo, en diversos pronunciamientos de tutela de la H. Corte Suprema de Justicia ha respaldado tal postura, como lo es en las sentencias STP8878-2021, STL12064-2020, STL6790-2020, por mencionar algunas.

Así las cosas, contrario a lo afirmado por el apelante, basta con referir cuando la terminación del contrato de trabajo no tiene origen en una decisión del empleador, sino en el mutuo consentimiento, **o en la culminación de la obra contratada**, o el vencimiento del plazo fijo pactado, no será necesaria la autorización del juez del trabajo, pues en estas eventualidades la finalización del vínculo laboral no es fruto de una intención torticera del empleador, orientada a afectar el funcionamiento de la organización sindical, sino de un acuerdo mutuo, o del cumplimiento del tiempo previsto para la duración de la relación de trabajo, tiempo que conocían tanto el trabajador como la organización sindical y en esa medida condicionaba válidamente el ejercicio de las funciones de dirección sindical, razón por la cual no existió el despido alegado y por ende la encartada NO tenía la obligación de solicitar autorización para terminar la relación laboral con el accionante, tal y como lo indicó el Juzgador de primer grado.

Al tenor del pronunciamiento en cita, a juicio de esta Sala de decisión, resulta acertada la decisión de primer grado en cuanto negó las pretensiones del actor, pues la garantía de fuero sindical en la que funda sus pretensiones, le cobijó hasta la data en que se pactó la vigencia del vínculo, por lo que se itera, la encartada no tenía la obligación de solicitar autorización para finalizar la relación laboral.

Concluye entonces la Sala que la decisión de primera instancia, se encuentra ajustada a derecho y estuvo rodeada de plenas garantías al aforado, mereciendo como consecuencia la **CONFIRMACIÓN** en su integridad la decisión de primera instancia.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

Finalmente, el apoderado del demandante presenta recurso de apelación respecto de la excepción de prescripción, indicando que si bien la norma establece el término de 2 meses para iniciar la correspondiente acción por parte del trabajador, lo cierto es que dicho término debe correr a partir de la fecha en que tuvo conocimiento del hecho, y si bien el demandante presentó la demanda 2 años después, se dio en razón a la expedición de las Resoluciones del Ministerio del Trabajo, específicamente la del 4 de agosto de 2022 que autorizó el despido del demandante, pese a que dicha entidad no contaba con la competencia para hacerlo. Así las cosas, la empresa demandada debió haber solicitado el permiso para despedir durante los dos meses siguientes a la terminación de la obra.

Al respecto sea el caso precisar que en el presente asunto, el Juzgador de instancia no resolvió nada respecto de la excepción de prescripción, sin embargo, si fue una excepción propuesta por la empresa demandada, razón por la cual se entra a analizar.

Por su parte, el artículo 489 del CST prevé que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el empleador, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez. Igualmente, quien acuda a esta acción especial, podrá obtener la interrupción de la prescripción a través de la presentación de la demanda, tal y como lo señala el artículo 94 del CGP, aplicable por reenvío del artículo 145 del CPTSS, siempre y cuando, el auto admisorio sea notificado al extremo pasivo de la litis, dentro del término no superior al de un año.

Descendiendo al caso bajo análisis, se advierte que no es materia de controversia la fecha de terminación de la relación laboral, comoquiera que está debidamente probado que mediante misiva del 5 de agosto de 2022 que la empresa demandada le informó al actor la decisión de dar por terminada la relación laboral.

Ahora bien, pretende el actor que en virtud de la expedición de las resoluciones expedidas por el Ministerio del Trabajo se entienda que no transcurrió el término trienal. Así las cosas, cumple señalar que la última resolución mediante la cual resolvió el recurso de apelación interpuesto, entre otros, por el demandante, fue expedida el 4 de agosto de 2022, precisándose en todo caso que, la resoluciones del Ministerio del Trabajo autorizaron el despido colectivo de varios trabajadores de la empresa demandada, que tenían fuero de salud, situación que se escapa del ámbito del presente asunto al tratarse de un proceso especial de fuero sindical, por lo que no debe pretenderse que al no encontrarse en firme dicha resolución, no podía darse por terminado el contrato de trabajo, pues a todas luces son cuestiones diferentes que no se deben confundir, como lo hace la parte actora.

Es así que, al darse por terminada la relación laboral el 5 de agosto de 2022 y haberse presentado la presente demanda el 4 de octubre de 2022, conforme acta de reparto, no operó el fenómeno de prescripción.

Por lo expuesto, no le queda otro camino a esta Sala que confirmar en su totalidad la sentencia de primera instancia. Sin costas en la alzada, ante su no causación.

#### **COSTAS:**

Sin costas en la alzada.

En mérito de lo expuesto el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia proferida por el JUZGADO 36° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ del 17 de julio de 2023, según las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: NO CONDENAR** en costas en la alzada.

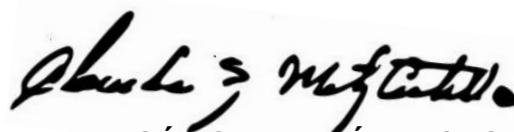
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**(ACLARO VOTO)**  
**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**  
Magistrada



**CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO**  
Magistrada

Link expediente digital: [11001310503620220057901](https://www.cjec.gov.co/portal/seguridad-social/11001310503620220057901)





**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 38-2019-00012-01**

Bogotá D.C., septiembre veintinueve (29) de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: JANETHE GRANDE TRIVIÑO**  
**DEMANDADO: CORPORACIÓN INTEGRAL TECNO DIGITAL CITED SA**  
**ASUNTO: RECURSO APELACION PARTE DEMANDADA**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá el día 19 de abril de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020.

Ninguna de las partes presentó alegaciones por escrito, según lo ordenado en auto del 17 de mayo de 2022, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

La señora JANETHE GRANDE TRIVIÑO presento demanda ordinaria laboral contra de CORPORACIÓN INTEGRAL TECNO DIGITAL (CITED) SAS debidamente sustentada con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

## **DECLARATIVAS:**

1. Declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año desde el 23 de enero de 2017 hasta el 22 de octubre de 2017.
2. Que el contrato de trabajo a término fijo fue prolongado por un periodo igual al inicial, mediante la forma de un OTROSI con documento fechado 22 de septiembre de 2017.
3. Que el contrato culminó el 21 de julio de 2018.
4. Que la demandada adeuda el pago de sueldos correspondientes al contrato a término fijo correspondiente a los meses abril, mayo, junio y 22 días de julio de 2018.
5. Que la demandada adeuda de la liquidación correspondiente al contrato de trabajo a término fijo finalizado el 21 de julio de 2018.
6. Que la demandada adeuda la indemnización del Art. 65 del CST.
7. Que la demandada adeuda el pago de la prima de servicios correspondiente al año 2018 proporcional.
8. Que la demandada adeuda el pago de las vacaciones correspondiente al contrato laboral firmado por la demandante.
9. Que la demandada adeuda el pago de las cesantías correspondiente al año 2018 proporcional.
10. Que la demandada adeuda el pago de los intereses a las cesantías correspondiente al año 2019 proporcional.
11. Que la demandada causó el incumplimiento de pago de canon de arrendamiento por parte de la demandante.
12. Que la demandante incumplió el contrato de arrendamiento por falta de pago y asumió la sanción consagrada en el Art. 2003 del Código Civil de acuerdo a contrato de arrendamiento suscrito.

## **CONDENAS:**

1. Al pago de la prima legal correspondiente al segundo semestre del año 2018 proporcional, 22 días por valor de \$157.361.
2. Al pago de la prima legal correspondiente al primer semestre del año 2018, 180 días por valor de \$1.287.500.
3. Al pago de las vacaciones por valor de \$1.931.250.

4. Al pago de las cesantías correspondiente al año 2018 por valor de \$1.444.861.
5. Al pago de intereses de cesantías por valor de \$97.287.
6. Al pago de sueldos del mes de abril, mayo, junio y 22 días de julio de 2018 por valor de \$9.613.333.
7. Al pago de la indemnización consagrada en el Art. 65 del CST, a razón de \$85.833 diarios a partir del 21 de julio de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago de la obligación.
8. Al pago de perjuicios ocasionados por el incumplimiento al pago del canon de arrendamiento en que incurrió la demandante según el contrato de arrendamiento firmado el primero de febrero de 2018 en su cláusula 9, dando aplicación al artículo 2003 del código civil. Por valor de \$2.800.000 equivalente a 4 cánones de arrendamiento.
9. Al pago de las condenas debidamente indexadas.
10. Costas procesales.

### **CONTESTACION DE LA DEMANDA**

La sociedad CORPORACIÓN INTEGRAL TECNO DIGITAL – CITED SAS contestó la demanda, a través de *Curador Ad – Litem*, de acuerdo al auto calendarado el 16 de noviembre de 2021. Se opone a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **JUZGADO 38° LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ** en sentencia del 19 de abril de 2022, dispuso:

**“PRIMERO: DECLARAR** que entre la demandante **JANETHE GRANDE TRIVIÑO** y la sociedad **CORPORACIÓN INTEGRAL TECNO DIGITAL CITED S.A.S.** existió un contrato de trabajo a término fijo, vigente desde el 23 de enero de 2017 y el 21 de julio de 2018, en el marco del cual se desempeñó como **COORDINADOR DEPARTAMENTAL**, con una última asignación salarial en cuantía de \$3.399.000 pesos mensuales.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la **CORPORACIÓN INTEGRAL TECNODIGITAL SITEC S.A.S.**, a pagarle a la demandante **YANETH GRANDE TRIVIÑO**, las sumas que a continuación se indican por los siguientes conceptos:

- a. \$9.290.600 por salarios insolutos.

- b. \$1.947.026 por cesantías.
- c. \$233.643 por intereses de cesantías.
- d. \$1.947.026 por prima de servicios.
- e. \$2.544.529 por compensación en dinero de vacaciones.
- f. \$81.576.000 por concepto de indemnización por no pago, en los términos del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 29 de la ley 789 del 2002 lo anterior teniendo en cuenta como última asignación salarial del actor ascendió a \$3.399.000.

*Los valores reseñados por concepto de salarios, intereses de cesantías y por concepto de compensación en dinero de vacaciones deberán ser indexados tomando para el efecto del IPC que certifique el DANE, de acuerdo con la fórmula índice final sobre índice inicial por valor histórico, que corresponde al valor de estas dos condenas igual a valor indexado. Así, como índice inicial, deberá tomarse correspondiente al del mes de julio del 2018 y como índice final el del mes en que se verifique el pago por parte de la accionada. Todo lo anterior por lo señalado la parte motiva de la presente sentencia.*

**TERCERO: EXCEPCIONES**, dadas las resultas del juicio, el despacho declara no probadas las excepciones propuestas por la accionada y se considera relevado del estudio de las mismas respecto de las absoluciones producidas.

**CUARTO: COSTAS**, lo serán cargo de la demandada. En firme la presente provincia por secretaría, practiques la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$3.000.000 pesos, en favor de la parte demandante.”

## **RECURSO DE APELACIÓN**

La **parte demandada** presentó recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia:

1. **SALARIO:** Solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que el Juez tuvo en cuenta el monto del salario estipulado en el contrato de trabajo y la certificación dada por la demandada, esto es, incluyendo la bonificación variable, por no existir según el dicho del Juzgado, ninguna cláusula de exclusión salarial.

No obstante lo anterior, la cláusula quinta del contrato de trabajo, expresamente se indicó que el pago de la bonificación no constituiría salario, máxime si se tiene en cuenta que, esa bonificación no se encuentra que haya sido de tracto sucesivo, incluso que se haya cancelado en alguna oportunidad.

**2. EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:** Solicita se declare probada la excepción de prescripción que fue oportunamente invocada, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 11 de enero de 2019, con lo cual, se interrumpió el término prescriptivo, sin embargo, la misma no fue noticiada dentro del término debido, sino que se surtió a los 3 años siguientes, razón por la cual, de conformidad con el Art. 151 del CPT y SS, y el Art. 488 del CST, configurándose de ésta manera la excepción de prescripción, independientemente de las circunstancias que dieron lugar a ello, y en consecuencia se deberá revocar la sentencia, así como las condenas impuestas.

**3. BUENA FE:** De otro lado, considera que en el evento en que no se declare la excepción de prescripción, se tiene por probado que la demandada no actuó de mala fe, prueba de ello es la comunicación que envía esta empresa a todos sus trabajadores de julio 25 del 2018, obrante a folio 28, en la cual manifiesta que la mora en el pago de las acreencias laborales obedece al no pago que FONADE le ha hecho del contrato de prestación de servicios, que suscribieron entre ellas.

Aunado a lo anterior, el servicio de coordinación que prestaba la demandante nació por un contrato que existía entre FONADE y la empresa demandada y la UNIVERSIDAD NACIONAL, de tal suerte que, al haber incumplido FONADE en el pago de los emolumentos por concepto del contrato que suscribieron, dio origen a que la demandada no cumpliera con sus trabajadores, demostrando que fue un hecho ajeno a su voluntad, sin que se le pueda endilgar mala fe en su actuar al no cancelar las acreencias laborales a sus empleados.

**4. COSTAS:** Indica que, si bien no es la oportunidad procesal para objetarlas, manifiesta que la condena por concepto de agencias en derecho de la suma de \$3.000.000 resulta ser muy elevada, en cuanto al abogado que abandonó el presente proceso.

Con miras a la definición de los recursos de apelación interpuestos, la Corporación solo tendrá en cuenta y se ocupará de los aspectos de la sentencia que para el recurrente mereció reproche, de conformidad con el principio de *consonancia* establecido en el artículo 66A del CPL y de la S.S., conforme las siguientes

## CONSIDERACIONES

## **DE ORDEN FÁCTICO Y JURIDICO:**

La controversia del presente proceso se centra en determinar: 1. El salario real devengado por la demandante, 2. Sí la sociedad demandada actuó con buena o mala fe. 3. Excepción de prescripción. 4. Costas procesales de primera instancia.

## **EXISTENCIA DE LA RELACIÓN LABORAL:**

No fue motivo de discusión la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo que suscribieron las partes, quedando por establecido que la demandante suscribió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, el cual tuvo una vigencia inicial desde el 23 de enero de 2017 hasta el 22 de octubre de 2017, el cual fue prorrogado mediante OTROSI hasta el 21 de julio de 2018, para desempeñar el cargo de COORDINADOR DEPARTAMENTAL, conforme copia de contrato de trabajo y otrosí.

## **ASIGNACIÓN SALARIAL:**

Ahora bien, el Juzgador de primer grado declaró que el salario devengado por la demandante ascendía a la suma de \$3.399.000, incluyendo la asignación básica por valor de \$2.575.000 más la bonificación variable de \$824.000, concluyendo que no se acreditó que dicha suma variable no retribuyera el servicio prestado, o que por un acuerdo expreso de voluntades entre las partes, careciera de connotación salarial, razón por la cual la tuvo como factor salarial.

Inconforme con la anterior decisión, la *curadora Ad Litem* presentó recurso de apelación, manifestando que la cláusula quinta del contrato de trabajo expresamente indicó que el pago de la bonificación no constituiría salario, aunado al hecho que, la demandante no recibió esa bonificación de tracto sucesivo, incluso que se haya cancelado en alguna oportunidad.

No obstante lo anterior, la cláusula quinta del contrato de trabajo que suscribieron las partes dispone:

**“QUINTA. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIO.** De conformidad con los artículos 128 y 129 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogados por los artículos 15 y 16 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 17 de la Ley 344 de 1996, el EMPLEADOR

*Y TRABAJADOR acuerdan de manera libre y voluntaria que no forman parte de la base para liquidar aportes a seguridad social, prestaciones sociales y parafiscales, por no constituir salario ni factor salarial para ningún efecto en dinero o en especie, pagos o reconocimientos que se realicen por los conceptos que a continuación se enuncian, ya que se entiende que dichos pagos constituyen un medio para facilitar la prestación del servicio y para desempeñar a cabalidad las funciones y no tiene el carácter de retribución del trabajo; 1) **Las sumas que ocasionalmente o por mera liberalidad se le cancelen al TRABAJADOR como primas, gratificaciones o bonificaciones ocasionales**, participación en utilidades de la empresa, las propinas, los elementos de trabajo, la indemnización por terminación del contrato de trabajo. 2) Lo que recibe el TRABAJADOR en dinero o en especie no para su beneficio o enriquecimiento personal sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, como gastos de representación, auxilio de medios de transporte, auxilio por telecomunicaciones y celulares, vivienda, auxilios por elementos de trabajo, auxilios por internet u otros semejantes. 3) Los viáticos ocasionales o accidentales. Los viáticos permanentes no son salarios en la parte destinada a pagar los gastos de transporte y gastos de representación. 4) Los beneficios o auxilios habituales u ocasionales otorgados en forma extralegal para la EMPRESA tales como primas extralegales, de vacaciones, de servicios, de antigüedad, de navidad, aguinaldos. 5) Los pagos o suministros en especie como alimentación, alojamiento, vestuario, gastos de gasolina, gastos odontológicos o médicos.”*

Pues bien, al revisar la documental allegada al plenario, se observa que fue aportado una certificación laboral, carta de pago de acreencias laborales dirigido a los empleados de CITED SAS del 25 de julio de 2018, solicitud de pago de salarios, citación ante el Ministerio de Trabajo, contrato de arrendamiento, con lo cual no da certeza del valor recibido adicional al salario asignado.

No obstante lo anterior, reposa certificación laboral emitida por el director de Talento Humano de la demandada, calendada el 3 de agosto del 2018, en la que se indicó que la demandante laboró para la empresa CORPORACIÓN INTEGRAL TECNOLÓGICA CITED SAS mediante un contrato de trabajo a término fijo, devengando un salario de \$2.575.000, más una suma de \$824.000 variable, por concepto de reconocimiento de la obra o labor ejecutada.

Conforme lo anterior, se observa de la certificación expedida por la accionada, en la que consta que fue **la misma demandada quien le reconoció a la señora GRANDE TRIVIÑO la suma de \$824.000 como salario variable**, el cual correspondía a un reconocimiento de la obra o labor ejecutada, que en todo caso, no puede ser consideradas bonificaciones *ocasionales*, pues la misma accionada informa que dicho valor correspondía a una suma variable, con lo que se infiere que si bien le reconocían a la demandante un valor periódico, el mismo correspondía a una suma variable, con lo que se descarta la exclusión salarial que afirma la parte

demandada, **confirmando** la asignación salarial que le fue reconocida a la demanda por parte del Juzgador de primer grado en la suma total de \$3.399.000.

### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

El Juzgado de primer grado declaró no probada la excepción de prescripción alegada oportunamente por la demandada. Inconforme con la anterior decisión, la accionada interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar se declare probada la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el 11 de enero de 2019, con lo cual, se interrumpió el término prescriptivo, sin embargo, la misma no fue notificada dentro del término debido, sino que se surtió a los 3 años siguientes, razón por la cual, de conformidad con el Art. 151 del CPT y SS, y el Art. 488 del CST, configurándose de ésta manera la excepción de prescripción, independientemente de las circunstancias que dieron lugar a ello, y en consecuencia se deberá revocar la sentencia, así como las condenas impuestas.

Así pues, debe señalarse que los artículos 488 y 489 del C.S.T., en armonía con el art. 151 del C.P. T y S.S., regulan en su integridad y en forma autónoma lo atinente a la regla general de prescripción de los derechos laborales.

En punto a la interrupción de la prescripción, la misma opera por una sola vez y por un lapso igual, y ocurre bien extra procesalmente mediante la reclamación escrita sobre los derechos claramente determinados o, procesalmente con la presentación de la demanda, siempre y cuando se den las condiciones o requisitos a que alude el art. 94 del C.G.P.

Frente al tema, vale la pena señalar que, si bien la terminación de la relación laboral se dio el 21 de julio de 2018 y la demanda fue presentada el 11 de enero de 2019, en principio no transcurrió el término prescriptivo que aduce la norma anteriormente mencionada.

Ahora, si bien la Curadora Ad Litem fue notificada hasta el 11 de febrero de 2021, esto es, casi 2 años después de haberse admitido la demanda, lo cual ocurrió mediante auto del 12 de febrero de 2019, ésta situación *per se* no conlleva a declarar probada la excepción de prescripción, en tanto que, la demora en la notificación no obedece a situaciones que se le puedan endilgar a la parte demandante, pues evidentemente el proceso de notificación se da en un escenario en donde existen

dificultades de lograr ubicar las partes para lograr su notificación, y conforme las evidencias del expediente, se observa que no se logró la ubicación de la demanda, y se intentó designar Curador Ad-Litem, sin que ninguno de los que se ofició se presentara para la notificación, pese a los requerimientos efectuados a éste, así mismo, fue hasta el 11 de febrero de 2021 que la Curadora designada en el presente asunto, se notificó para representar a la demandada en el presente asunto, situación que dificultó el trámite continuo y normal del proceso, aunado al hecho que en marzo de 2020 llegó la Pandemia a cuenta del Covid – 19, situación que ocasionó el cierre temporal de los Juzgados, incluso la suspensión de términos, aunado a la digitalización de los procesos, conllevan a que se trastoque el trámite normal del proceso, por lo que no son de recibo los argumentos expuestos por la Curadora.

#### **BUENA FE:**

Ahora bien, el Juzgador de primer grado condenó a la demanda al pago de \$81.576.000 por concepto de indemnización por no pago, en los términos del artículo 65 del código sustantivo del trabajo, modificado por el artículo 29 de la ley 789 del 2002 lo anterior teniendo en cuenta como última asignación salarial del actor ascendió a \$3.399.000.

Solicita la demandada se revoque esta condena, como quiera que, se tiene por probado que la demandada no actuó de mala fe, prueba de ello es la comunicación que envía esta empresa a todos sus trabajadores de julio 25 del 2018, obrante a folio 28, en la cual manifiesta que la mora en el pago de las acreencias laborales obedece al no pago que FONADE le ha hecho del contrato de prestación de servicios, que suscribieron entre ellas.

De acuerdo a lo anterior, argumenta que el servicio de coordinación que prestaba la demandante nació por un contrato que existía entre FONADE y la empresa demandada y la UNIVERSIDAD NACIONAL, de tal suerte que, al haber incumplido FONADE en el pago de los emolumentos por concepto del contrato que suscribieron, dio origen a que la demandada no cumpliera con sus trabajadores, demostrando que fue un hecho ajeno a su voluntad, sin que se le pueda endilgar mala fe en su actuar al no cancelar las acreencias laborales a sus empleados.

Así pues, el artículo 65 del CST dispone que *sí a la terminación del contrato*, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidos, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al

asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por cada día de retardo.

En sentencia CSL SL6621-2017, entre otras, se recordó que esta sanción por mora no se impone de manera automática. En esa oportunidad consideró el máximo Tribunal que *«la Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación, el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe (SL8216-2016)»*.

Ahora bien, vale la pena traer a colación la sentencia SL2805 de 2020 que adoctrinó:

*“Así las cosas, sin que resulten necesarias más consideraciones, se revocará parcialmente la decisión de primer grado y, en su lugar, se impondrá la sanción prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002. Específicamente, como el trabajador devengaba una suma superior al salario mínimo legal para el año 2010, esto es, \$609.350, según lo determinó el Tribunal y no se desvirtuó en casación, además de que **la demanda fue presentada después de los 24 meses de terminada la relación laboral – 24 de octubre de 2013 (fol. 15) – solo se deben intereses moratorios sobre las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales, los que se causan a partir del día siguiente a la fecha en que terminó la relación laboral, esto es, 1 de diciembre de 2010.***

*Así lo ha establecido esta Sala de la Corte al fijar la interpretación correcta de la referida norma, en los siguientes términos:*

*Esta Sala de la Corte, en sentencia CSJ SL, 6 May 2010, Rad. 36577, reiterada en las CSJ SL, 3 May 2011, Rad. 38177 y CSJ SL, 25 Jul 2012, Rad. 46385, fijó su criterio sobre la sanción prevista por la norma pre transcrita, en los siguientes términos:*

*En este caso es un hecho no discutido que la relación laboral de la demandante terminó el 31 de diciembre de 2003, de tal suerte que, como lo afirma la censura, para ese momento ya se encontraba rigiendo el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, que introdujo una modificación al artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. Según aquella norma, luego de que fuera parcialmente declarada inexecutable por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-781 del 30 de septiembre de 2003, que retiró del ordenamiento jurídico las expresiones “o si presentara la demanda no ha habido pronunciamiento judicial”, la indemnización por falta de pago, en lo que aquí interesa, quedó regulada de la siguiente manera:*

*“Si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al*

último salario diario por cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique”.

La anterior disposición, según el párrafo 2º del artículo 29 de la Ley 789 de 2002, solamente se aplica respecto de los trabajadores que devenguen más de un salario mínimo mensual vigente, situación que se presentaba respecto de la actora, de modo que aquel precepto le era aplicable.

No obstante las notorias deficiencias en la redacción de la norma, esta Sala de la Corte entiende que la intención del legislador fue la de establecer un límite temporal a la indemnización moratoria originalmente concebida por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de tal suerte que, como regla general, durante los veinticuatro (24) meses posteriores a la extinción del vínculo jurídico el empleador incumplido deberá pagar una suma igual al último salario diario por cada día de retardo, siempre y cuando el trabajador haya iniciado su reclamación ante la justicia ordinaria dentro de esos veinticuatro (24) meses, como aconteció en este caso.

Después de esos veinticuatro (24) meses, en caso de que la situación de mora persista, ya no deberá el empleador una suma equivalente al último salario diario, sino intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Bancaria, hoy Financiera, hasta cuando el pago de lo adeudado se verifique efectivamente; intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

**De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.**

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha

*de la extinción del vínculo jurídico. (Subrayas fuera del texto).*

*Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial, observa la Sala que la relación laboral que se suscitó entre las partes finalizó el 6 de abril de 2003 y la demanda que dio origen al proceso fue presentada el 7 de julio de 2006 según se infiere del acta individual de reparto visible a folio 20, es decir, después de haber transcurrido 24 meses desde la ruptura del vínculo contractual. En estas condiciones, al haber reclamado inoportunamente sus acreencias laborales, la demandante perdió el derecho a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de retraso y solo le asiste derecho a los intereses moratorios sobre los créditos sociales insatisfechos. (CSJ SL10632-2014).*

*En igual sentido pueden verse las sentencias CSJ SL2966-2018 y CSJ SL-2140-2019, para solo mencionar estas dos.”*

En ese orden de ideas, se tiene plenamente establecido, conforme la documental que data del 25 de julio de 2018, en la que la demandada se dirige a los EMPLEADOS CITED SAS con el asunto: “Pago de acreencias salariales y prestaciones”, en el que se le informa a cada uno de los ex trabajadores, incluida la demandante, que en los siguientes días se le citará para tratar lo concerniente a los pagos de las acreencias laborales, bajo el argumento que no han podido cancelaras pues es FONADE quien en virtud del contrato suscrito con la demandada, no le ha cancelado sus honorarios, y que de ello depende el pago de las acreencias y prestaciones sociales de los ex trabajadores.

Conforme lo anterior, se tiene por acreditado que efectivamente la demandada no le canceló a la actora a la terminación de la relación laboral los salarios adeudados, ni prestaciones sociales ni vacaciones que tenía derecho, en tanto que el trabajador no puede cargar con los incumplimientos del contratante del empleador, pues son hechos ajenos, los cuales no son de recibo para acreditar su buena fe y que se pueda exonerar de la imposición de la indemnización mencionada.

En ese orden de ideas, como quiera que se demostró la mala fe de la sociedad demandada, conforme la Jurisprudencia en cita, se tiene por acreditado que la relación laboral finalizó el **21 de julio de 2018**, y la presente demanda fue radicada el **11 de enero de 2019**, conforme el acta individual de reparto visible a folio 34 del en el Archivo 01 del expediente digital, esto es, previo a haber transcurridos 24 meses desde la ruptura del vínculo contractual.

En estas condiciones, en palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, al haber reclamado oportunamente sus acreencias laborales, es procedente condenar a CORPORACIÓN INTEGRAL TECNO DIGITAL CITED SAS al pago de un día de

salario por cada día de retardo hasta por 24 meses, teniendo en cuenta que la demanda fue presentada dentro de los 24 meses desde la finalización del vínculo, ordenando el pago de intereses moratorios a partir del mes 25, y hasta que el pago se haga efectivo, en los términos previstos en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 29 de la Ley 789 de 2002, conforme lo ordenó el Juzgador de primera instancia, CONFIRMANDO de esta manera el literal f) del numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia,

#### **COSTAS PRIMERA INSTANCIA:**

Finalmente, el Juez de primera instancia condenó a la parte demandada a cancelar las costas del proceso, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$3.000.000 a favor de la parte demandante, frente a lo cual le mereció reparo a la demandada, en tanto que señaló que, si bien no era la oportunidad procesal para objetarlas, manifiesta que la condena por concepto de agencias en derecho de la suma de \$3.000.000 resulta ser muy elevada, en cuanto al abogado que abandonó el presente proceso.

En ese orden, el Curador de la parte demandada presentó objeción en relación con la condena en costas impuestas en primera instancia. La sala debe precisar que **no es el recurso de apelación la oportunidad para proponer una objeción de costas**, cuyo decreto definitivo aún no se ha determinado, de conformidad con lo previsto en el art. 366 del C.G.P.

Por lo tanto, se desestima la inconformidad con las costas impuestas en primera instancia, aspecto sobre el cual la Sala queda relevada de resolver por las razones anotadas.

#### **COSTAS SEGUNDA INSTANCIA:**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

## RESUELVE

**PRIMERO:** CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de abril de 2022 por el Juzgado 38° Laboral del Circuito de Bogotá.

**SEGUNDO:** Sin **COSTAS** en esta instancia.

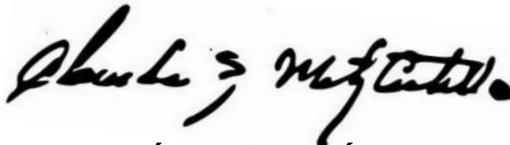
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**  
Magistrada



**CLAUDIA ANGÉLICA MARTÍNEZ CASTILLO**  
Magistrada

Link expediente digital: [11001310503820190001201](https://www.cajudicial.gov.co/consulta-expediente/11001310503820190001201)



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 7-2019-00468-01**

Bogotá D.C. septiembre 29 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: CLAUDIA SOFIA CONTO SANTACRUZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA.**  
**ASUNTO: APELACION AFP PORVENIR SA Y COLPENSIONES.**  
**CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y AFP Porvenir SA, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de mayo de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica como apoderada de AFP PORVENIR SA a la abogada PAULA HUERTAS BORDA CC 1.020.833.703 Y TP 369.744 del CSJ, conforme a documentos adjuntos. Notifíquese por estado.

Las demandadas, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 24 de marzo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**CLAUDIA SOFIA CONTO SANTACRUZ** instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** y la **AFP PORVENIR SA**, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad de la afiliación de la demandante a Porvenir el 5 de agosto de 1992 del RPM al RAIS, y declarar la libertad de afiliarse al RPM. Condenar a Colpensiones a recibir a la demandante como cotizante, y a Porvenir a liberar de su base de datos a la demandante. Condenar a Porvenir a devolver todos los valores recibidos por la afiliación de la demandante como, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos e intereses, con los rendimientos. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de octubre 25 de 2019 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de septiembre 10 de 2021, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia de mayo 11 de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por del RPM al RAIS realizado por **CLAUDIA SOFIA CONTO SANTACRUZ** a la AFP Colpatria hoy Porvenir SA el 5 de agosto de 1992. Ordeno a Porvenir trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los rendimientos generados, incluyendo los gastos de administración y comisiones que se hubieran descontado de los aportes pensionales de la demandante, valores que deben ser devueltos a Colpensiones debidamente indexados a título de compensación monetaria. Ordenar a Colpensiones recibir sin solución de continuidad a la demandante desde su afiliaron inicial al ISS. Declarar no probadas las excepciones propuestas. Impuso costas a Porvenir. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a las demandadas, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, pues no se demostró ningún vicio del consentimiento, como error, fuerza o dolo. Se da una indebida interpretación del artículo 1.604 del CC al recaer solo en los fondos la responsabilidad objetivo, al no exigirle al demandante aportar pruebas alguna para

demostrar el vicio del consentimiento. Existen obligaciones reciprocas del afiliado, y esta obligado a informarse, es un deber mínimo, y su decisión de permanecer en el RAIS durante muchos años, y solo ahora cuando arguye que recibirá una menor mesada decide trasladarse. Colpensiones ser vería descapitalizado al recibir de nuevo a un afiliado que no contribuyo a la financiación de las pensiones. Tampoco puede trasladarse cuando le faltan menos de diez años para llegar a la edad pensional, pues existe prohibición legal.

PORVENIR: Solicita revocar, en este caso no se da valor a la declaración de la demandante en el interrogatorio de parte, donde manifestó que si se le dio información al momento del traslado. La información que se exigía legalmente en ese momento, lo único que se exigía era el formulario preimpreso que incluía su conformidad. Al declararse la ineficacia, las cosas se retrotraen como si nunca hubiera estado afiliado al RAIS, por tanto, no puede beneficiarse de los rendimientos financieros que se ordena devolver, ya que ellos son exclusivos del RAIS, y en el RPM no se establecen. Tampoco se debe reintegrar los seguros previsionales porque estos no financian la pensión, y son de origen legal. Al igual que los gastos de administración que se utilizan precisamente para administrar las cotizaciones del afiliado y producir rendimientos.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A., efectuado por **CLAUDIA SOFIA CONTO SANTACRUZ** el 5 de agosto de 1992; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 5 de agosto de 1992 (f. 53 demanda).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la

posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se

encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.

- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: formulario Colpatria, certificado afiliación, SIAFP, historia laboral, historia bono pensional, relación histórica de movimientos, respuesta a petición, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 5 de agosto de 1992, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 5 de agosto de 1992, la demandante tenía 459 semanas ( f.54 demanda), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 32 años (nació el 18 de julio de 1962 f.4 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.720 semanas, (f.54 demanda) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLPATRIA HOY PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP COLPATRIA HOY PORVENIR S.A., el 5 de agosto de 1992, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR SA tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”*

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica,*

*beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)*

*(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*“(...) 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.*

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación***

**de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.**

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarara la sentencia proferida en primera instancia.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

#### **COSTAS:**

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA y a favor de la demandante; inclúyanse como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente. No hay lugar a condenar en costas a Colpensiones, pues no tuvo injerencia o responsabilidad en el traslado de régimen que en este proceso se declara ineficaz, y su comparecencia al proceso es por obligación legal.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA y a favor de la demandante; inclúyanse como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente.

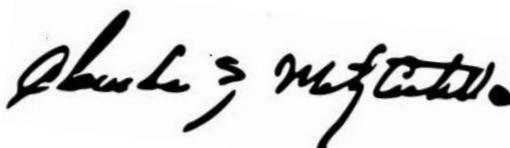
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**



**CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 9-2020-00292-01**

Bogotá D.C. septiembre 29 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: ADRIANA MARTINEZ HERRAN**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PROTECCION SA.**  
**ASUNTO: APELACION Y CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se acepta la renuncia al poder como apoderado principal de Colpensiones, al abogado MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITAN CC 80.421.257 y TP 86.117 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese por estado.

La demandante a través de su procurador judicial, presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de abril 10 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**ADRIANA MARTINEZ HERRAN** instauró demanda ordinaria laboral contra **COLPENSIONES** y la **AFP Protección SA**, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que existe vicio del consentimiento por faltar al deber de información en la afiliación de la demandante **ADRIANA MARTINEZ HERRAN** a la AFP Protección SA; que se declare la ineficacia del traslado efectuado a la AFP Protección SA, y que la demandante continúa afiliada al RPM. Condenar a Protección a tener como ineficaz la afiliación de la demandante al RAIS a traes de Protección, y que continua afiliada al RPM administrado por Colpensiones. Condenar a Protección SA a devolver a Colpensiones los aportes realizados. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de junio 1 de 2021 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de febrero 14 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 27 de febrero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado realizado por **ADRIANA MARTINEZ HERRAN** del RPM al RAIS administrado por Protección SA el 17 de noviembre de 1998. Condeno a Protección a trasladar a Colpensiones los valores generados por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, sin descontar valor alguno por gastos de administración y comisiones. Condenar a Colpensiones a recibir de Protección todos los valores trasladados y abonarlos al fondo común que administra y consolidar la historia laboral de la demandante. Impuso costas a Protección. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, pues no existe ninguna prueba del vicio del consentimiento de la demandante, ya que en el interrogatorio se deduce que fue ella quien por voluntad propia decidió trasladarse de régimen, al firmar el formulario de afiliación hace más de 15 años. La demandante está dentro de la prohibición legal de trasladarse conforme a la ley 797 de 2003, al faltarle menos de 10 años para llegar a la edad pensional.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Protección S.A., efectuado por **ADRIANA MARTINEZ HERRAN** el día 17 de noviembre de 1998; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Protección SA, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP protección S.A. 17 de noviembre de 1998 (f. 27 demanda).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse

que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-Línea jurisprudencial** que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1-** Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2-** Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones

pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*

- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP Protección SA aportó: SIAFP, formulario vinculación, historia laboral, historia bono pensional, movimiento de cuenta, políticas de asesoría, concepto SIF 2015, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 17 de noviembre de 1998, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 17 de noviembre de 1998, la demandante tenía 49.29 semanas ( f.61 contestación protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 26años (nació el 5 de febrero de 1968 f.3 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por protección, la demandante había cotizado 1.110 semanas, (f.61 contestación protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las

herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PROTECCION S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PROTECCION S.A., el 17 DE NOVIEMBRE DE 1998, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PROTECCION SA tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

***“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al***

***RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.***

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)*

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)*

*(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*“(...) 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.*

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es **que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber*

*de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PROTECCION SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PROTECCION SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, **lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

**COSTAS:**

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida el 27 de febrero de 2023 por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCION SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PROTECCION SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia.

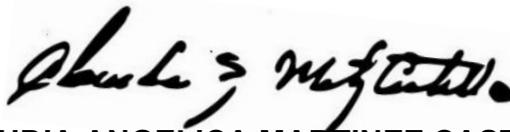
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**



**CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO.**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 12-2021-00536-01**

Bogotá D.C. septiembre 29 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: CARLOS ANDRES TORRIJOS VALENZUELA**

**DEMANDADO: COLPENSIONES  
AFP COLFONDOS SA.**

**ASUNTO: APELACION Y CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, CC 37.627.008, y TP 221.288 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese por estado.

La demandante y Porvenir SA, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 13 de marzo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**CARLOS ANDRES TORRIJOS VALENZUELA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por el demandante, y declarar que siempre ha estado válidamente afiliado a Colpensiones. Condenar a Colfondos SA a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos por la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos, rendimientos financieros, intereses y gastos de administración. Condenar a Colpensiones a validar los aportes, y corregir la historia laboral. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de febrero 10 de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de octubre 7 de 2022, se oponen a las pretensiones del demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 21 de febrero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado realizado por **CARLOS ANDRES TORRIJOS VALENZUELA** del RPM al RAIS administrado por Colfondos el 28 de octubre de 1995, y declarar válidamente afiliado al RPM. Condenar a Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, comisiones, rendimientos, mermas sufridas en el capital destinado a financiar la pensión de vejez, y gastos de administración con sus frutos e intereses, y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual debidamente indexados. Condenar a Colpensiones a recibir todos los valores de Colfondos, y actualizar la información laboral. Declarar no probadas las excepciones propuestas. Impuso costas a las demandadas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES. Solicita se revoque la condena impuesta, pues la demandante al firmar el formulario manifestó su deseo de ingresar al RAIS y permaneció durante más de 20 años, lo que fundamenta su decisión de pertenecer a ese régimen. El afiliado se encuentra dentro de la prohibición de la ley 797 de 2003 pues le faltan

menos de diez años para llegar a la edad pensional, y esto atenta contra la estabilidad financiera del RPM y descapitaliza el fondo público. Solicita revocar las costas, pues Colpensiones actuó de buena fe.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A., efectuado por **CARLOS ANDRES TORRIJOS VALENZUELA** el día 28 de octubre de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Colfondos SA, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Colfondos S.A. 28 de octubre de 1996 (f. 17 contestacion Colfondos).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que

tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

**2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.**

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

**10-**Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral; AFP Colfondos SA aportó: SIAFP, formulario vinculación, página del Tiempo, comunicado de prensa, SIF2020, formulario de afiliación.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 28 de octubre de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado al demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 24 de enero de 1997, la demandante tenía 191,71 semanas ( anexo 1 contestacion Colpensiones), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 35 años (nació el 14 de marzo de 1959 f.9 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas; en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada

pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP COLFONDOS S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 28 de octubre de 1996, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS SA tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)*”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por*

*ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)*

*(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*“(...) 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.*

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018,*

**es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.**

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Del mismo modo, en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP COLFONDOS SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP COLFONDOS SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

**“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.**

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”***

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se ACLARARA la sentencia proferida en primera instancia.

### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

### **COSTAS:**

En cuanto a la inconformidad del apelante Colpensiones por la condena en costas, le asiste razón, por cuanto Colpensiones no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen que se esta declarando ineficaz en este proceso, y su vinculación lo es como litisconsorte necesario, dado que es el único ente publico que tiene a cargo el RPM, y necesariamente debe comparecer al proceso, y ejercer la defensa legal de sus intereses, por tanto, se revocaran las costas impuestas en primera instancia. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023 por el Juzgado 12° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP COLFONDOS SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de

pensión mínima, los devolverá AFP COLFONDOS SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia. Se revocan las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

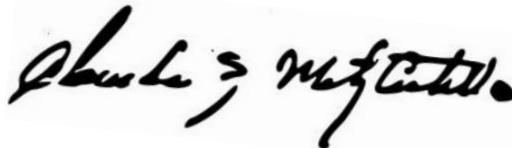


**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**



**CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO.**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 19-2019-00126-01**

Bogotá D.C. septiembre 29 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: CLAUDIA LUCIA RODRIGUEZ FALLA**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES-AFP COLFONDOS SA -AFP PORVENIR SA- Y AFP SKANDIA SA.**  
**ASUNTO: APELACION SKANDIA YCOLPENSIONES- Y CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Skandia y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá el día 30 de noviembre de 2022, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se entiende reasumido el poder por el abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ CC 79.985.203 y TP 115.849 del CSJ como apoderado principal de AFP Porvenir SA, según documentos adjuntos. Igualmente se entiende reasumido el poder por la abogada EDNA CRISTINA FAJARDO ANDRADE CC 1.010.215.262 y TP 298.226 del CSJ como representante legal suplente para asuntos judiciales de SFP SAKANDIA SA, según documentos adjuntos. Notifíquese por estado.

La demandante y las demandadas a través de sus procuradores judiciales, presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de marzo 24 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

## ANTECEDENTES

**CLAUDIA LUCIA RODRIGUEZ FALLA** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP Colfondos, Porvenir y Skandia SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad del traslado de **CLAUDIA LUCIA RODRIGUEZ FALLA** del RPM al RAIS efectuado por Porvenir el 1 de noviembre de 1995 por omisión al deber de información. Condenar a Porvenir a restituir a Colpensiones los valores obtenidos por la vinculación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales con los rendimientos. Condenar a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada, recibir los valores recibidos mientras estuvo afiliada al RAIS, y contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

## CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de noviembre 28 de 2019, donde se corrió traslado de la reforma a la demanda; en marzo 10 de 2020 se fijó fecha para reconstruir escrito de reforma a la demanda, en noviembre 27 de 2020 tienen por reconstruida la reforma a la demanda, y da por contestada la reforma a la demanda por Colpensiones, Porvenir y Colfondos; en noviembre 8 de 2021 tienen por contestada reforma a la demanda por Skandia SA., se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

## SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 30 de noviembre de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado realizado por **CLAUDIA LUCIA RODRIGUEZ FALLA** del RPM al RAIS administrado por Porvenir SA el 19 de octubre de 1995. Declaro válidamente vinculada al RPM a la demandante desde el 22 de agosto de 1984 como si nunca se hubieses trasladado de régimen. Condeno a Skandia a devolver a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, y sin descontar gastos de administración con destino a Colpensiones. Al momento de cumplirse la orden los conceptos deben

discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, BC, aportes y demás información relevante que lo justifique. Se requiere a Colpensiones que actualice la historia laboral. Se absuelve de las demás pretensiones. Sin constas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Skandia y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, pues la ineficacia se fundamentó en la falta de información al momento del traslado de régimen, desconociendo que para esa fecha la ley 100/93 lo único que exigía era la firma del formulario de afiliación. Para esa fecha no existía la normatividad del 2014 y 2015 que es cuando nace la obligación de la doble asesoría. No se tuvo en cuenta el principio de relatividad jurídica, pues Colpensiones es un tercero, y los efectos de la ineficacia deben repercutir a las partes interesadas, por tanto, no puede afectarse Colpensiones. El consentimiento informado estaba plasmado en el formulario, y solo a partir de 2016 se estableció la doble asesoría, y la accionante ha permanecido más de 25 años en el RAIS y su traslado afecta la estabilidad financiera de Colpensiones conforme al artículo 48 de la CN. De otra parte, la ley 797 de 2003 prohíbe el traslado cuando el afiliado le faltan menos de 10 años para llegar a la edad de pensión de vejez.

SKANDIA: Recurre parcialmente, en cuanto a la orden de devolver las primas y gastos de administración de manera indexada. El D.3925 de 2008 regula cuales emolumentos o conceptos se deben trasladar del RAIS al RPM, y esto se establece en los aportes y el porcentaje al fondo de gastos de pensión mínima, y nada dice de los gastos de administración y primas de seguros previsionales; esos recursos no están en poder de Skandia porque ya cumplieron su cometido, pues de obligar a devolverlos generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones. En caso de conformar la decisión sobre los gastos y primas, solicita se revoque la indexación de estas sumas, pues también este ordenando devolver los rendimientos, lo cual no es posible junto con la indexación; además esto no fue solicitado por la demandante, ni en la fijación del litigio. Por tanto, se estaría pagando dos veces por el mismo hecho, solicita tener en cuenta la compensación, conforme lo han hecho tribunales como el de Cundinamarca y Cali, solicita se decrete la prescripción de los gastos de administración.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

## CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., efectuado por **CLAUDIA LUCIA RODRIGUEZ FALLA** el día 19 de octubre de 1995; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Skandia SA, ultimo fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, al igual que los AFP Colfondos y Porvenir SA en que también estuvo afiliada, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA el 19 de octubre de 1995 (f. 332 contestación Porvenir), luego el 22 de agosto de 2000 se trasladó a AFP Colfondos SA (folio 290 contestación Colfondos), y el 29 de agosto de 2006 s traslado a AFO Old Mutual hoy Skandia SA (folio 202 contestación Skandia).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del

decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera válido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.

- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: historia laboral; AFP Skandia SA: formulario afiliación,

estado de cuenta, historia laboral, acción de tutela, respuesta a tutela, impugnación tutela, fallo tutela. AFP Colfondos SA: Formulario, certificación de estado de cuenta, historial de vinculaciones, artículo de El Tiempo. AFP Porvenir SA: Certificado de egresado, formulario de vinculación, SIAFP, relación de aportes, edicto de El Tiempo.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 19 de octubre de 1995, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 19 de octubre de 1995, la demandante tenía 15.43 semanas ( f.219 contestación Skandia), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 30 de diciembre de 1964 f.41 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2019, fecha de expedición de historia laboral por Skandia, la demandante había cotizado 1.204 semanas, (f.219 contestación Skandia) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 19 de octubre de 1995, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que las AFP Porvenir, Colfondos y Skandia SA tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)*”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por*

*ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)*

*(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*“(...) 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.*

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018,*

***es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Del mismo modo, atendiendo las inconformidades de AFP Skandia y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP Skandia SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP Porvenir SA, AFP Colfondos SA, y AFP Skandia SA debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a dichos fondos. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

***“(…) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.***

***Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en***

*que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

### **COSTAS:**

Costas en esta instancia a cargo de AFP Skandia SA, y a favor de la demandante; inclúyanse como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2022 por el Juzgado 19° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP Skandia SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverán las AFP Porvenir SA, AFP Colfondos SA, y AFP Skandia SA, a Colpensiones debidamente indexados y con cargo a

sus propios recursos, durante el tiempo que estuvo afilada a dichos fondos.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP Skandia SA y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias enderecho la suma de un salario mínimo legal vigente.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

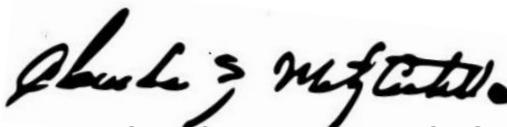


**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**



**CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO.**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 20-2021-00644-01**

Bogotá D.C. septiembre 29 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: ROSARIO DEL CARMEN ALBIS FELIZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES**  
**AFP PORVENIR SA.**  
**ASUNTO: APELACION Y CONSULTA COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá el día 21 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personaría jurídica como apoderado Principal de AFP PORVENIR SA al abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ CC 79.985.203 Y TP 116.849 del CSJ, conforme a documentos adjuntos. Se reconoce personería jurídica para actuar como apoderada sustituta de Colpensiones a la abogada GIOMAR ANDREA SIERRA CRISTANCHO, CC 1.022.390.667, y TP 288.886 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese por estado.

La demandante y las demandadas, a través de sus procuradores judiciales, presentaron alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de 24 de marzo de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**ROSARIO DEL CARMEN ALBIS FELIZ** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante al RAIS administrado por AFP PORVENIR SAA el 24 de enero de 1997 por omisión al deber de información. Condenar a AFP PORVENIR SA, y a Colpensiones a proceder al regreso automático de la demandante el RPM. Condenar a la AFP POPRVENIR San a trasladar a Colpensiones los valores de cuenta de ahorro de la demandante. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de abril 19 de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de febrero 3 de 2023, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 21 de febrero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado del RPM al RAIS realizado por **ROSARIO DEL CARMEN ALBIS FELIZ** el 24 de enero de 1997 a Porvenir. Declaro como aseguradora de la demandante en los riesgos de invalidez, vejez, y muerte a Colpensiones como actual y única entidad administradora del RPM. Ordeno a Porvenir devolver los aportes realizados por concepto de cotizaciones obligatorias a pensión de la afiliada, junto con los rendimientos financieros causados, con destino a Colpensiones, y los bonos pensionales si los hubiere. Absolvió de las demás pretensiones. Impuso costas a las demandadas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, y ruega al tribunal tener en cuenta que la demandante suscribió el formulario de afiliación a pensión en el año 1997 y acorde a la legislación vigente para esa época, cumpliendo a cabalidad el

decreto 663 de 1993, y no se puede obligar a la AFP aportar documentos o pruebas que no se exigían legalmente. Solicita además tener en cuenta la sentencia SL363 de 2021 pues la demandante ya tiene más de 57 años y tienen consolidado su derecho pensional en el RAIS, ya que el bono pensional ya fue girado, y no se puede retrotraer esta situación. En cuanto a la no devolución de los gastos de administración y comisiones, esto iría en contravía de la estabilidad financiera de Colpensiones; igualmente las condena en costas, ya que Colpensiones no tuvo injerencia en el traslado de régimen que hizo la demandante.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Porvenir S.A., efectuado por **ROSARIO DEL CARMEN ALBIS FELIZ** el día 24 de enero de 1997; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir SA, fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Porvenir S.A. 24 de enero de 1997 (f. 35 demanda).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera

que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.**

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una

tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.

- 10-**Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP PORVENIR SA aportó: SIAFP, formulario vinculación, página del Tiempo, comunicado de prensa, SIF2020, relación de movimientos, historia laboral, historia bono pensional, certificado bono pensional, certificado afiliado, detalle de capital y rendimientos.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 24 de enero de 1997, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 24 de enero de 1997, la demandante tenía 18.5 semanas ( f.149 contestación Porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 30 años (nació el 2 de octubre de 1964 f.35 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el

año 2022, fecha de expedición de historia laboral por Porvenir, la demandante había cotizado 1.320 semanas, (f.149 contestación Porvenir) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PORVENIR S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP PORVENIR S.A., el 24 de enero de 1997, la cual la llevó a tomar la decisión de

trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PORVENIR SA tampoco logro acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)”*

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)*

*(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*“(...) 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.*

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.*

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Del mismo modo, en apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se adicionara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los***

***rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)”***

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se adicionará la sentencia proferida en primera instancia.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

#### **COSTAS:**

En cuanto a la inconformidad del apelante Colpensiones por la condena en costas, le asiste razón, por cuanto Colpensiones no tuvo ninguna responsabilidad en el traslado de régimen que se esta declarando ineficaz en este proceso, y su vinculación lo es como litisconsorte necesario, dado que es el único ente publico que tiene a cargo el RPM, y necesariamente debe comparecer al proceso, y ejercer la defensa legal de sus intereses, por tanto, se revocaran las costas impuestas en primera instancia. Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** la sentencia proferida el 21 de febrero de 2023 por el Juzgado 20° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PORVENIR SA debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos.

**SEGUNDO: Sin COSTAS** en esta instancia. Se revocan las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones.

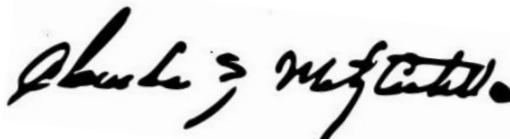
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**



**CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO.**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA**  
**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ**  
**SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
**Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 23-2022-00285-01**

Bogotá D.C. septiembre 29 de dos mil veintitrés (2023)

DEMANDANTE: **ROBERTO EDUARDO BERNAL JIMENEZ**  
DEMANDADO: **COLPENSIONES -AFP PORVENIR SA, Y**  
**AFP COLFONDOS SA.**  
ASUNTO: **APELACION PORVENIR Y COLPENSIONES /Y CONSULTA**  
**COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá el día 20 de febrero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se entiende reasumido el poder por parte del apoderado principal de AFP Porvenir SA, abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ CC 79.985.203, Y TP 115.849 DEL CSJ, según documentos que reposan en el expediente. Notifíquese por estado.

La parte demandante y Porvenir a través de sus procuradores judiciales, presentan alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de marzo 24 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**ROBERTO EDUARDO BERNAL JIMENEZ** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP Colfondos y Porvenir SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que Colfondos y Porvenir faltaron al deber de información al demandante sobre las características del cambio de régimen pensional. Declarar ineficaz la afiliación al RAIS a través de Colfondos y Porvenir, y que el demandante nunca se trasladó de régimen. Condenar a Colfondos y Porvenir a registrar que la afiliación del demandante es ineficaz. Condenar a Porvenir a trasladar a Colpensiones todo el capital de la cuenta de ahorro individual, con los rendimientos, bonos y comisiones con cargo a sus utilidades. Condenar a Colpensiones a actualizar la afiliación del demandante y a recibir la totalidad de los aportes con sus rendimientos, bonos pensionales si los hubiere. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de agosto 1 de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de febrero 1 de 2023, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 20 de febrero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación o traslado de **ROBERTO EDUARDO BERNAL JIMENEZ** del RPM al RAIS administrado por Colfondos SA, y a Porvenir SA. Condeno a Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores recibidos desde el 1 de mayo de 1996 al 30 de septiembre de 2016, con motivo de la afiliación de **ROBERTO EDUARDO BERNAL JIMENEZ** junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin posibilidad de descuento alguno, ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, incluidos gastos de administración, 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. Se autoriza efectuar el descuento de los dineros que transfirió a Porvenir. Condeno a Porvenir SA a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante junto con los rendimientos causados desde la afiliación, con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora, sin posibilidad de descuento alguno, incluidos los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con sus propios recursos. Condeno a Colpensiones. A recibir al demandante en el RPM, como si nunca se hubiere trasladado de régimen y a corregir su historia laboral. Declaro no probadas

las excepciones. Impuso costas a Colfondos. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, pues el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003 pues le faltan menos de diez años para llegar a la edad pensional. El demandante solo esgrime razones de tipo económico, en razón a que el monto de la mesada es mayor en Colpensiones, y esta no es una razón válida para declarar la ineficacia de la afiliación. El demandante manifestó su deseo de permanencia en el RAIS al no solicitar el retorno a Colpensiones durante largo tiempo. Solicita no condenar en costas, pues Colpensiones no fue quien suscito la ineficacia.

PORVENIR: apela parcialmente el fallo, en cuanto a la indexación, es improcedente de acuerdo a reiterada jurisprudencia, dado que los fondos están obligados a garantizar la rentabilidad de los aportes, por tanto es incompatible con la orden de indexar que está dando el fallo, y como se está ordenando devolver los rendimientos, tal rubro es excluyente con la orden de devolver la indexación, al igual que lo han establecido en recientes pronunciamientos los tribunales de Cundinamarca y Cali en sus Salas Laborales.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Colfondos S.A., efectuado por **ROBERTO EDUARDO BERNAL JIMENEZ** el día 12 de marzo de 1996; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir y Colfondos SA, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Colfondos S.A. 12 de marzo de

1996 (folio 146 demanda); luego en agosto 18 de 2016 se trasladó a Porvenir (f. 78 contestación Porvenir).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de

mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo; AFP Colfondos SA allego pruebas. PORVENIR: apporto SIFP, formulario afiliación, bono pensional, HL consolidada, relación histórica de movimientos, relación de aportes, respuesta a petición, extracto pensional, detalle de capital y rendimientos, simulación pensional,, copia página de El Tiempo, comunicado de prensa, concepto SIF2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 12 de marzo de 1996, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 12 de marzo de 1996, el demandante tenía 127 semanas ( f.83contestación porvenir), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 31 años (nació el 15 de junio de 1963 f.16 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2021, fecha de expedición de historia laboral por porvenir, el demandante había cotizado 899 semanas, (f.83 contestación porvenir) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores

por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP Colfondos S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP COLFONDOS S.A., el 12 de marzo de 1996, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP COLFONDOS SA, ni AFP PORVENIR SA tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)*”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”*

*“(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*“(...) 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.*

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado **información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Del mismo modo, al resolver la inconformidad en los apelantes, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PORVENIR SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales

de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP COLFONDOS SA y AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y durante el tiempo que estuvo afiliado el demandante a dichos fondos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en

este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

**COSTAS:**

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA y a favor del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente. No se impondrán costas a Colpensiones, pues nada tuvo que ver con el traslado de régimen que efectuó el demandante, y que en este proceso se declara ineficaz, y su vinculación al proceso se hizo por mandato legal, dado que es el único ente gubernamental que maneja el RPM.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida el 20 de febrero de 2023 por el Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PORVENIR SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP COLFONDOS SA y AFP PORVENIR SA, debidamente indexados al momento de la devolución, y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dichos fondos.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA y a favor del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente.

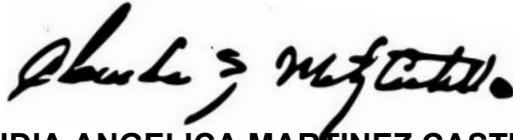
Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**



**CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO.**



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 24-2021-00555-01**

Bogotá D.C. septiembre 29 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: ALEXIS JOSE LEWIS MUÑOZ**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES -AFP PORVENIR SA, Y**  
**AFP PROTECCION SA.**  
**ASUNTO: APELACION PORVENIR Y COLPENSIONES /Y CONSULTA**  
**COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Porvenir SA y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá el día 24 de enero de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se entiende reasumido el poder por parte del apoderado principal de AFP Porvenir SA, abogado ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LOPEZ CC 79.985.203, Y TP 115.849 DEL CSJ, según documentos que reposan en el expediente. Notifíquese por estado.

La demandada Porvenir a través de su procurador judicial, presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de abril 10 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**ALEXIS JOSE LEWIS MUÑOZ** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP Protección y Porvenir SA, como aparece en expediente

digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare que protección SA faltó al deber de información al demandante al trasladarse del RPM al RAIS administrado por ING hoy Protección el 15 de junio de 1994. Que se declare ineficaz el traslado, y que nunca se trasladó al RAIS, y siempre permaneció en el RPM. Se ordene a Colpensiones validar el regreso del demandante al RPM. Se condene a Protección a trasladar los aportes, rendimientos, los gastos de administración, que se encuentren en la cuenta de ahorros del demandante a Colpensiones debidamente indexados. Se condene a Protección a trasladar a Colpensiones los gastos de administración debidamente indexados. Condenar a Porvenir a devolver los gastos de administración indexados a Colpensiones. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

### **CONTESTACIÓN DE DEMANDA**

Admitida la demanda mediante auto de mayo 26 de 2022 fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de octubre 10 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### **SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA**

El **Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 24 de enero de 2023: **DECLARÓ** la ineficacia de la afiliación de **ALEXIS JOSE LEWIS MUÑOZ** al RAIS a través de Protección el 15 de junio de 1994, y declarar que nunca se vinculó al RAIS y siempre estuvo en el RPM. Ordeno a Protección trasladar a Colpensiones todos los valores recibidos por la afiliación de **ALEXIS JOSE LEWIS MUÑOZ** como cotizaciones, bonos pensionales con sus frutos e intereses, la totalidad del capital ahorrado, junto con os. Rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, las comisiones, y gastos de administración debidamente indexados. Ordeno a Porvenir devolver a Colpensiones los deducido por aportes a pensión por gastos de administración debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones recibir al demandante como afiliado, actualizando y corrigiendo la historia laboral. Declaro no probadas las excepciones. No impuso costas. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

COLPENSIONES. Solicita se revoque la sentencia, pues no se tuvo en cuenta el principio de estabilidad jurídica, ya que Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico que subsistió entre las partes, y nada tuvo que ver en la decisión de la demandante de trasladarse de régimen. Por tanto, solicita no ordenara Colpensiones recibir a la demandante, pues se violaría el principio de estabilidad financiera del fondo público. Ahora la demandante esta incurso en la prohibición de la ley 797 de 2003, ya que le faltan menos de 10 años para arribar a la edad pensional. Solicita en caso de confirmar la sentencia, ordenar la devolución de los gastos de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, y primas de seguros previsionales debidamente indexados.

PORVENIR: apela parcialmente el fallo, en cuanto al numeral cuarto, el demandante estaba obligado a informarse sobre las características del RAIS, al igual que exigir las explicaciones verbales y escritas que quisiera. En cuanto a la indexación es improcedente de acuerdo a la jurisprudencia que señala que la indexación es la actualización monetaria. Es incompatible además de la indexación, ordenar el pago de los aportes con los rendimientos financieros. Además, cuando se trasladó a Protección le fueron entregados los recursos, y los mismos son incompatibles con la indexación, al igual que lo han establecido en recientes pronunciamientos los tribunales de Cundinamarca y Cali en sus Salas Laborales.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

#### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ING hoy Protección S.A., efectuado por **ALEXIS JOSE LEWIS MUÑOZ** el día 15 de junio de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Porvenir y Protección SA, fondos en que estuvo afiliado, devuelvan la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, y consecuentemente continúe afiliado al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP ING hoy protección S.A. el 15 de junio de 1994; luego en enero 3/95 se trasladó a Horizonte hoy Porvenir; luego en sept.4/96 de traslado a Protección SA (f. 145 demanda).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-**La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-**Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019

Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021,SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.
- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.

- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieran derecho a este.
- 10-Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: Expediente administrativo e historia laboral; AFP Protección SA apporto: formulario vinculación, certificado AS400, movimiento cuenta de ahorro, certificado OBP, resumen HL, SIAFP, doble asesoría, respuesta a petición, políticas de asesoría, concepto SIF2015, comunicado de prensa. PORVENIR: apporto SIFP, formulario Colpatria, H. de la cuenta de ahorro, relación de aportes, certificado de egreso, respuesta a petición, copia página de El Tiempo, comunicado de prensa, concepto SIF2020.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 15 de junio de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado 15 de junio de 1994, el demandante tenía 411.57 semanas ( f.32 contestación protección), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 13 noviembre de 1965 f.104 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas (precisando que para el año 2022, fecha de expedición de historia laboral por protección, el demandante había cotizado 1.842 semanas, (f.32 contestación protección) en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 62 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores

por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP PROTECCION S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP ING HOY PROTECCION S.A., el 15 de junio de 1994, la cual lo llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que AFP PROTECCION SA, ni AFP PORVENIR SA tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo peticionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)*”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”*

*“(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*“(...) 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.*

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado **información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Del mismo modo, al resolver la inconformidad en los apelantes, y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP PROTECCION SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales

de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP PROTECCION SA y AFP PORVENIR SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos y durante el tiempo que estuvo afiliado el demandante a dichos fondos, en favor de COLPENSIONES. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)***”

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

#### **EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en

este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

**COSTAS:**

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA y a favor del demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente. Sin constas a Colpensiones dadas las resultas.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida el 24 de enero de 2023 por el Juzgado 24° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP PROTECCION SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverá AFP PROTECCION SA y AFP PORVENIR SA debidamente indexados al momento de la devolución, y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que el demandante estuvo afiliado a dichos fondos.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA y a favor del demandante, inclúyanse como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.



**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**  
Ponente



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Claudia Angelica Martinez Castillo', written in a cursive style.

CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO.



**REPÚBLICA DE COLOMBIA  
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ  
SALA LABORAL**

**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA  
Magistrado Sustanciador**

**Radicación No. 30-2020-00296-01**

Bogotá D.C. septiembre 29 de dos mil veintitrés (2023)

**DEMANDANTE: LIGIA ACOSTA MORENO**  
**DEMANDADO: COLPENSIONES-AFP COLFONDOS SA -AFP PORVENIR S**  
**ASUNTO: APELACION PORVENIR Y COLPENSIONES- Y CONSULTA**  
**COLPENSIONES.**

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, desata el recurso de apelación interpuesto por Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, sobre la sentencia proferida por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá el día 3 de marzo de 2023, en atención a lo dispuesto en el Artículo 13 de la Ley 2213 de 2022.

Se reconoce personería para actuar como apoderado de AFP Porvenir SA al abogado MIGUEL ANGEL CADENA MIRANDA CC 1.020.792.591 y TP 380.420 del CSJ, según documentos adjuntos. Notifíquese por estado.

La demandante, Colpensiones y Porvenir a través de sus procuradores judiciales, presenta alegaciones por escrito vía correo electrónico, según lo ordenado en auto de marzo 24 de 2023, por lo que se procede a decidir de fondo, conforme los siguientes:

**ANTECEDENTES**

**LIGIA ACOSTA MORENO** instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y las AFP Colfondos y Porvenir SA, como aparece en expediente digitalizado, con el objeto de obtener sentencia condenatoria a su favor por los siguientes conceptos:

- Que se declare la ineficacia de la vinculación de la demandante al RAIS con Proteccion, declarar que Colfondos debe ordenar ale traslado de la demandante al RPM, enviando a Colpensiones los saldos de aportes consignados en la cuenta de la demandante, que debe reintegrar los gastos de administración. Condenar a Proteccion a aceptar la ineficacia de la vinculación al RAIS y a Colfondos ordenar el retorno al RPM. Condenar a Colfondos a enviar a Colpensiones los saldos de aportes pensionales de la cuante de ahorro individual y reembolsar los gastos de administración. Condenar a Colpensiones a aceptar el retorno de la demandante al RPM recibiendo los dineros correspondientes y aceptar a la demandante en el RPM sin solución de continuidad. Que se condene a las demandadas en las costas y agencias en derecho; ultra y extrapetita.

### CONTESTACIÓN DE DEMANDA

Admitida la demanda mediante auto de marzo 4 de 2021, mediante auto de noviembre 4 de 2021 se aceptó el desistimiento de las pretensiones contra Proteccion SA y se vinculó como demandado a Horizonte hoy Porvenir; fue notificada a las demandadas quienes contestaron la demanda en tiempo, como consta en auto de agosto 29 de 2022, se oponen a las pretensiones de la demandante y proponen excepciones de mérito.

### SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA

El **Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá** en sentencia del 3 de marzo de 2022: **DECLARÓ** la ineficacia del traslado realizado por **LIGIA ACOSTA MORENO** del RPM al RAIS administrado por Horizonte hoy Porvenir SA el 27 de mayo de 1994. Declaro válidamente vinculada al RPM al demandante administrado por Colpensiones sin solución de continuidad. Condeno a Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que reposen en la cuenta de ahorro individual de **LIGIA ACOSTA MORENO** incluidos los rendimientos, y con cargo a sus propios recursos las comisiones o gastos de administración, primas de seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, por el lapso que permanecieron en esa AFP, y hasta que se haga efectivo el traslado. Condenar a Horizonte hoy Porvenir devolver a Colpensiones y con cargo a sus propios recursos las comisiones o gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobreviviente, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, por el tiempo que permaneció en ese fondo y hasta que se haga efectivo el traslado Ordenar a Colpensiones reactivar la afiliación de la demandante, y actualizar la información de la historia laboral. Declarar no probadas las excepciones propuestas.

Constas a cargo de Porvenir y Colfondos. **CONCEDIÓ** recurso de apelación a Porvenir y Colpensiones, y el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

### **RECURSO DE APELACIÓN**

**PORVENIR:** Solicita revocar la sentencia. En este caso no se puede aplicar el precedente jurisprudencial pues la demandante realizó debidamente el traslado de régimen pensional, de manera libre, voluntaria y sin presiones, e informada, todo de acuerdo a la normativa vigente para 1994. Las características del RAIS, ventajas y desventajas están contenidas en la ley 100/93 a la cual tuvo acceso la demandante y estaba obligada a informarse. Porvenir siempre actuó de buena fe. Solicita revocar la indexación, pues se está ordenando devolver los aportes con sus rendimientos, y esto no se puede tal como lo ha venido exponiendo el Tribunal de Cundinamarca y el de Cali en sus salas laborales.

**COLPENSIONES.** Solicita se condene a Horizonte a que reconozca los perjuicios causados a la demandante en lo cual no tuvo nada que ver Colpensiones, y no es justo que se condene a recibir a la demandante y sus aportes, y asumir la carga pensional, ya que el negocio fue hecho entre la demandante y Porvenir. Solicita se modifique la condena y que, demostrada la ineficacia por falta de información, se condene a Porvenir a pensionar a la demandante, de acuerdo a las normas del RPM. Colpensiones fue un tercero de buena fe. no se hace justicia cuando al reconocer los derechos de la demandante, se lesiona a Colpensiones, por tanto se debe aceptar esta solicitud, de modificar la sentencia.

No obstante, la interposición del recurso de apelación, procede también la sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por así ordenarlo el art.69 del CPT y la SS, para lo cual se tendrán en cuenta las siguientes:

### **CONSIDERACIONES DE ORDEN FÁCTICO Y JURÍDICO:**

El problema jurídico se centra en determinar: **1.** Si es procedente la ineficacia de la afiliación o traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., efectuado por **LIGIA ACOSTA MORENO** el 27 de mayo de 1994; **2.** En caso afirmativo, si tiene derecho a que las AFP Colfondos SA, último fondo en que estuvo afiliada, devuelva la totalidad de aportes y adehalas efectuados, a COLPENSIONES, al igual que AFP Porvenir SA en que también estuvo afiliada, y consecuentemente continúe afiliada al RPM.

En tal sentido, lo primero que advierte la Sala es que no se encuentra en discusión dentro del proceso que la demandante proveniente del régimen de prima media con prestación definida solicitó trasladarse a la AFP Horizonte hoy Porvenir SA el 27 de mayo de 1994 (f. 33 contestación Porvenir), luego el 10 de diciembre de 1999 se trasladó a AFP Colfondos SA (folio 239 contestación Porvenir).

Ahora, para resolver el presente asunto, es necesario dejar plasmadas las siguientes precisiones a saber:

**1-La línea jurisprudencial vigente de nuestro Tribunal de Cierre, esto es la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función constitucional de unificar la jurisprudencia nacional, ha fijado una serie de pautas frente a la posibilidad de declarar judicialmente la ineficacia de los traslados de régimen pensional.**

Clara y abundante es la línea jurisprudencial, que se establece a partir de la sentencia hito con Radicación 31989 del 9 de septiembre de 2008, complementada en sentencia con Radicación 33314 de la misma data, estableciendo doctrinariamente la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación o traslado al RAIS, cuando no se demostraba, la suficiente información al afiliado lego, o el consentimiento informado, exigiendo la carga de la prueba a los fondos, de manera que los asesores debían informar clara y verazmente las ventajas y desventajas a los posibles afiliados, y que tuvieran incidencia en un derecho fundamental como el de las pensiones. Esta línea se continuo con la sentencia Radicado 33093 de noviembre 22 de 2011 donde se complementó en el sentido de la obligación que tienen los fondos de pensiones de cumplir con lo normado en el decreto 656 de 1994 artículos 14 y 15, sin perjuicio de la obligación de brindar información suficiente, amplia y oportuna a sus afiliados como lo ordena el artículo 10º del decreto 720 de abril 6 de 1994. Posteriormente mediante sentencia Radicado 46292 de septiembre 3 de 2014, la línea jurisprudencial estableció que no puede argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria, cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestaciones, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; es decir que el simple formulario de afiliación no era prueba suficiente del consentimiento informado que debía tener el afiliado para que fuera valido su traslado.

**2-Línea jurisprudencial que ha evolucionado en forma progresiva privilegiando los derechos mínimos fundamentales de los afiliados, quienes son la parte débil de la relación, frente a conglomerados financieros que tienen el poder económico y jurídico suficiente para conocer las incidencias sobre los derechos pensionales de los afiliados que se podrían ver afectados por un cambio de régimen, que**

claramente les perjudica. Así se estableció en sentencias SL 17595-2017 Rad.46292 de octubre 18 de 2017, SL19447-2017 Rad.47125 de septiembre 27 de 2017, SL4964-2018 Rad.54814 de noviembre 14 de 2018; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; SL1452-2019 Rad.68852 de abril 3/19, SL1421-2019 Rad.56174 de abril 10/19, SL1688-2019 Rad.68838 de mayo 8/19, SL1689-2019 Rad.65791 de mayo 8/19, SL4811-2020 Rad.68087 de octubre 28 de 2020; y más recientemente se confirmó plenamente el marco condicional para declarar la ineficacia de las afiliaciones o traslados del RPM al RAIS, estableciendo la posibilidad de declararse la ineficacia del traslado, así los demandantes hayan obtenido la pensión por parte de Colpensiones (habiéndose devuelto al RPM por medio diferente a la ineficacia), posibilitando con la ineficacia mantenerse en el régimen de transición, si tenía derecho a este, para obtener una tasa de reemplazo más favorable; y para el caso de los pensionados en el RAIS la imposibilidad de declararse la ineficacia del traslado por encontrarse la situación pensional debidamente consolidada, mediante la expedición de las Sentencias SL2207 Rad.84578 de 2021, SL 373 Rad.84475 del 10 de febrero de 2021, SL1475 Rad.84752 del 14 de abril de 2021, SL4803 RAD.88879 de octubre 20 de 2021, SL1008 rad.88304 de marzo 28 de 2022, SL1055 Rad.87911 de marzo 2 de 2022, SL1798 Rad.89558 de mayo 31 de 2022, y SL2929 Rad.89010 de mayo 18 de 2022.

Se dejó establecido a manera de conclusión, y como jurisprudencia aplicable:

- 1- Que el deber de información para el consentimiento informado de los posibles afiliados, está establecido en la ley a cargo de los fondos privados, y debe demostrarse en el proceso con los documentos y demás pruebas que deben reposar en los archivos del fondo.
- 2- Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual *debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.*
- 3- Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
- 4- Que la carga de la prueba está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado, pues este último es la parte débil de la relación contractual.

- 5- Que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
- 6- Que el derecho a solicitar la ineficacia del traslado o afiliación no prescribe, siendo solo susceptibles de prescripción las eventuales mesadas.
- 7- Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o estar ad portas de causar el derecho, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.
- 8- Que ante la declaratoria de ineficacia de la afiliación al sistema pensional de ahorro individual, deben retornarse las cosas al estado en que se encontraban antes de ocurrir éste; lo cual trae como consecuencia, que el fondo privado deberá devolver los aportes a pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración, seguros previsionales, garantía de pensión mínima y demás, a Colpensiones, teniendo en cuenta que la ineficacia fue conducta indebida de la administradora, por lo que ésta deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado.
- 9- Que, en el caso de haberse reconocido la prestación pensional por el fondo privado, imposibilita la declaratoria de ineficacia de la afiliación, al haberse consolidado el derecho pensional del afiliado. Pero para el caso de quienes se hubiesen devuelto a Colpensiones por razón diferente a la ineficacia, y obtengan su pensión, pueden pedir la ineficacia del traslado y obtener una tasa de reemplazo acorde con el régimen de transición si tuvieren derecho a este.
- 10- Que al haberse consolidado el derecho pensional antes del fallo que declara la ineficacia del traslado al RAIS, se debe reconocer la prestación pensional, siempre que se hubiese solicitado en la demanda.

En el caso presente los fondos demandados en la contestación de la demanda COLPENSIONES aportó: expediente administrativo e historia laboral; AFP Colfondos SA: artículo de El Tiempo. AFP Porvenir SA: formulario de vinculación a horizonte, certificado de egresado, relación de movimientos, SIAFP, Asofondos, bono pensional, historia bono pensional, concepto SIF2019, comunicado de prensa.

Es decir que los fondos demandados no allegan ninguna prueba que pueda determinar la suficiente información brindada el día 27 de mayo de 1994, fecha del traslado de régimen, tales como el capital que necesitaría para poder obtener una pensión mínima, la obligación de efectuar aportes cuantiosos y extraordinarios en dinero para poder tener el capital suficiente para obtener una pensión siquiera igual a la del ISS, la proyección de la mesada a percibir por la demandante tanto en el RAIS como en el régimen de prima media, proyecciones que estaba obligado no solo jurisprudencialmente a allegar, sino por mandato legal, según lo establece la ley 100/93 en cuanto regula el RAIS, especialmente el monto del bono pensional y

la pensión de vejez de referencia, conforme lo normado en los artículos 113 a 117, y sus decretos reglamentarios: 720/94 art.10, decreto 1229/94 arts.4 y 5.

Solo afirman en la contestación de la demanda, que el asesor comercial brindo toda la información necesaria, no allegan su hoja de vida, para verificar que formación profesional tenía para brindar dicha asesoría, ni siquiera lo citan como testigo, para así corroborar la supuesta información brindada; encontrándonos ante la ausencia total de medios probatorios que demuestren la asesoría exigida, lo que hace viable acceder a las suplicas de la demanda.

Más aún si se tiene en cuenta, que del interrogatorio de parte realizado a la demandante, no es posible extraer alguna confesión, por el contrario, lo que hizo en la declaración fue reiterar lo expuesto en el libelo inicial, referente a que no recibió información completa y clara sobre las características del RAIS, y las consecuencias que implicaría el traslado de régimen.

Claramente para el momento del traslado mayo 27 de 1994, la demandante tenía 459.43 semanas ( f.24 contestación Colpensiones), por tanto, en términos del artículo 33 de la ley 100/93, tenía en el año 1994, 29 años (nació el 18 de abril de 1965 f.31 demanda) y al seguir cotizando como en efecto lo hizo, podría pensionarse en el RPM al reunir la edad y densidad de semanas requeridas, en cambio en el RAIS tan solo podría, conforme el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, redimir el bono pensional hasta llegar a los 60 años, y para tener una mesada pensional siquiera igual a la de Colpensiones, tendría que efectuar cuantiosos aportes extraordinarios, situación que no le fue advertida tampoco.

En este orden, se hace preciso destacar que la información u orientación de que trata la citada norma podía ser acreditada a través de cualquier medio probatorio que otorgue al juez certeza del cumplimiento de las obligaciones de buena fe, como la transparencia, la vigilancia y el deber de información, no necesariamente con las herramientas financieras a las que refieren la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, situación que brilla por su ausencia dentro del presente asunto.

De otra parte, contrario a lo manifestado por los demandados, la afiliación a cualquiera de los regímenes, o el traslado de régimen o afiliación del RPM al RAIS no puede equipararse a la suscripción de un contrato de carácter civil, comercial o de cuenta de ahorro del Sistema Financiero, se trata, de unos deberes-derechos fundamentales e irrenunciables, consagrados en los artículos 48 y 53 de la Carta Política, imprescriptibles además, por lo que cualquier norma que contradiga dichos derechos fundamentales, habrá de tenerse por no escrita, menos aún exigirle la carga de la prueba a la parte demandante, cuando estamos ante derechos irrenunciables de rango constitucional, y a los que acceden todos los trabajadores

por orden Constitucional y Legal, trayendo a colación igualmente el Decreto 720 de 1994 y la Jurisprudencia citada en precedencia.

Este derecho-deber, está plenamente regulado por la ley 100/93 en sus artículos 13, 271 y 272, estableciendo su obligatoriedad y demás características, determinando claramente que cuando se violen las garantías pensionales de los afiliados, la afiliación quedara sin efecto, como ocurrió en este caso.

Por otro lado, de conformidad con la Ley 100/1993 debieron ser las administradoras quienes acrediten la asesoría que debió darle en el momento del traslado de régimen, que debe contener todos los aspectos que pudieran acaecer, y proyectarle la mesada que recibiría, en cualquiera de los dos regímenes, lo cual no hizo AFP Horizonte hoy Porvenir S.A.

De esta manera, es pertinente señalar que cualquier asesoría que la demandante haya podido recibir de forma posterior al traslado de Régimen pensional, no puede ser considerada como válida, pues se debe tener como asesoría fundamental la primera que fue brindada a la demandante, en este caso la que realizó la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 27 de mayo de 1994, la cual la llevó a tomar la decisión de trasladarse del RPM al RAIS; y la misma que las AFP Porvenir y Colfondos SA tampoco lograron acreditar en el debate probatorio haber brindado en los términos correctos respecto de las obligaciones legales que ya tenía para ese entonces.

Por lo anterior, es pertinente traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Órgano del cierre, en el cual mediante sentencia SL1055 – 2022 con radicado 87911, puntualizó lo siguiente:

*“Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.”*

Ahora bien, en relación a que sobre el demandante recae la prohibición descrita en la Ley 797 de 2003, en la sentencia SL 1475 del 14 de abril de 2021, la Corte considero:

*(...) Ahora bien, tampoco asistió al juez de alzada razón alguna al sustentar su decisión en la movilidad que opera entre los regímenes pensionales, restringida respecto de quienes les falte diez años o menos para cumplir la edad de la pensión, porque desde el escrito inaugural (fls. 3 al 23) la parte actora solicitó la declaratoria de la nulidad del traslado al régimen privado, de modo que, el Tribunal distorsionó lo petitionado al estudiar el regreso a Colpensiones bajo las restricciones impuestas por la Ley 797 de 2003 y la excepción para regresar en cualquier tiempo, cuando se acreditaban 15 años de cotizaciones al 1° de abril de 1994. (...)*”

Respecto a que con las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que sí conocía las características de los regímenes pensionales, que por ende se puede validar que sí recibió la información, que el único deber para la época era la suscripción del formulario de afiliación, que no se exigía realizar escenarios comparativos entre regímenes pensionales, y que la obligación de emitir por parte de las administradoras privadas proyecciones pensionales nació en el 2015 con el decreto 2071, y que no se prueban vicios del consentimiento, claramente nuestro tribunal de cierre lo ha resuelto, entre otras en la sentencia SL 1475 de 14 de abril de 2021, así:

*(...) De entrada debe advertirse que la transgresión del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 se establece al reconocer el Tribunal plenos efectos al traslado por el mero hecho de no estar demostrado ningún vicio en el consentimiento y deducir del formulario de afiliación que se le brindó la información a la demandante, pues desconoció que para esclarecerse si la decisión de la afiliada fue eficaz y, por ende, lo fue también su traslado de régimen, debe la sociedad administradora, en virtud de la carga de la prueba, demostrar que le entregó a la afiliada la información necesaria, oportuna y suficiente para que comprendiera las implicaciones del traslado, de tal manera que no es cualquier información la exigida para tal efecto, cuya infracción sanciona la propia normativa en el inciso 1 del artículo 271 ibidem, disponiendo que la afiliación respectiva quedará sin efecto.*

*En ese orden, el deber de información que envuelve la función previsional de las administradoras de pensiones existe desde su creación y, por tanto, no se trata, como lo asentó el Tribunal, de imponer retroactivamente a las administradoras de pensiones requisitos o trámites que las Radicación n.º 84752 SCLAJPT-10 V.00 23 normas no contemplaban al momento en que se celebró el acto jurídico, porque desde su fundación y durante la vigencia del sistema siempre ha existido la obligación para los fondos de brindar información a los afiliados, como lo viene explicando la Sala a través de las etapas normativas vigentes al momento del traslado(...)*

En tal sentido, contrario a lo manifestado por las demandadas, el deber de información siempre ha existido para los fondos privados, por lo mismo no se puede atender el argumento de que solo le era exigible al fondo privado para la época la suscripción del formulario de afiliación, así se ha manifestado en jurisprudencia de antaño y recientemente en la sentencia CSJ SL1008 de 2022, reiterando lo dicho por la alta corporación en la Sentencia CSJ SL19447 de 2017:

*“(...) Como se ha expuesto, el deber de información al momento del traslado entre regímenes, es una obligación que corresponde a las administradoras de fondos de pensiones, y su ejercicio debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión. (...)”*

*“(...) En torno al punto, el artículo 1604 del Código Civil establece que «la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo», de lo que se sigue que es al fondo de pensiones al que corresponde acreditar la realización de todas las actuaciones necesarias a fin de que el afiliado conociera las implicaciones del traslado de régimen pensional.*

*“(...) 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.*

*De hecho, la regla jurisprudencial identificable en las sentencias CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL 31314, 9 sep. 2008 y CSJ SL 33083, 22 nov. 2011, así como en las proferidas a la fecha CSJ SL12136-2014, CSJ SL19447-2017, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL4989-2018, es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado **información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado.***

*Lo anterior, se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo.”*

Del mismo modo, atendiendo las inconformidades de AFP Porvenir y en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se aclarara lo decidido por el a quo, ya que conforme lo ha determinado reiteradamente nuestro tribunal de cierre, en cuanto a que la orden de reintegro debe hacerse por AFP Colfondos SA sobre la totalidad de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual con sus rendimientos e intereses, bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, las primas de los seguros previsionales

de invalidez y sobrevivientes, y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, se devolverán por AFP Porvenir SA y AFP Colfondos SA, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, en favor de COLPENSIONES durante el tiempo que estuvo afiliada la demandante a dichos fondos. Tal y como se ha venido desarrollando este tema en precedencia, de ello es preciso traer a colación reciente pronunciamiento de nuestro máximo órgano de cierre en sentencia SL1017 de 2022 con Rad. 86975, en la cual reiteró:

*“(...) De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.*

*Como consecuencia de lo antes señalado, se adicionará el numeral segundo de la sentencia de primer grado en el sentido de **ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones Y Cesantías Porvenir S.A, a trasladar a Colpensiones, además del saldo de la cuenta individual, los rendimientos y los bonos pensionales, los valores cobrados a título de gastos de administración y comisiones, incluyendo además de las primas de los seguros previsionales, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. (Negrita fuera de texto)**”*

De igual manera, Colpensiones no sufre ningún tipo de detrimento, pues al declararse la ineficacia del traslado, recibirá los aportes y sus rendimientos, incluso los gastos de administración, seguros previsionales y aportes al fondo de garantía de pensión mínima, trayendo a colación la sentencia SL4811 del 28 de octubre de 2020, lo cual, por el contrario, favorece al fondo público, pues se podrán acrecentar los recursos para financiar las pensiones de quienes obtengan el derecho a las mismas. Tampoco son de recibo las solicitudes efectuadas por Colpensiones en la apelación, en torno a que se condene a Porvenir por los Perjuicios que puedan devenir de un reconocimiento pensional, o que se condene a este fondo a pagar la pensión de vejez conforme a las normas del RPM, pues dichos pedimentos no fueron objeto de debate dentro del proceso, y bien puede Colpensiones si así lo decide iniciar un proceso que tenga como objeto dichas pretensiones ajenas a este litigio.

Bajo las anteriores consideraciones, se aclarará la sentencia proferida en primera instancia.

**EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN:**

En lo que respecta a la excepción de prescripción, es preciso señalar, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias referidas en este proveído ha dejado claro que el derecho a solicitar la nulidad o ineficacia de la afiliación o traslado no pueden ser afectados por el fenómeno prescriptivo, por tanto, se confirmará la declaratoria de no probada.

**COSTAS:**

Costas en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA, y a favor de la demandante; inclúyanse como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente. No se impondrán costas a Colpensiones, pues es evidente que no tuvo injerencia alguna en el traslado de régimen que efectuó la demandante, y que en este proceso se declara ineficaz.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley

**RESUELVE**

**PRIMERO: ACLARAR** la sentencia proferida el 3 de marzo de 2022 por el Juzgado 30° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido que AFP Colfondos SA devolverá a Colpensiones, junto con la totalidad de los aportes de su cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los bonos pensionales si los hubiere; y en cuanto a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, y aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, los devolverán las AFP Porvenir SA y AFP Colfondos SA, a Colpensiones debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, durante el tiempo que estuvo afiliada a dichos fondos.

**SEGUNDO: COSTAS** en esta instancia a cargo de AFP Porvenir SA y a favor de la demandante. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal vigente.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto, atendiendo los términos previstos en los artículos 40 y 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

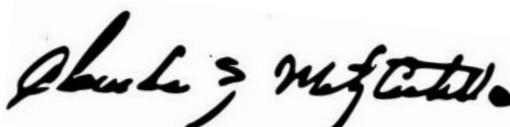


**MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA**

**Ponente**



**LUZ MARINA IBAÑEZ HERNANDEZ**



**CLAUDIA ANGELICA MARTINEZ CASTILLO.**