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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE OFIR MIREYA VANEGAS VERGARA CONTRA COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante, COLFONDOS, PORVENIR, SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad la sentencia dictada el 3 de agosto de 2023 por el Juez Primero (01) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, OFIR MIREYA VANEGAS VERGARA presentó demanda contra COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad por ineficacia* de la afiliación y el traslado al Régimen de Ahorro Individual, ante la omisión de la AFP COLMENA S.A. hoy COLFONDOS S.A. del deber de información. En consecuencia, pide que se declare la anulación

por ineficacia del traslado a PORVENIR y OLD MUTUAL por la omisión en la información, engaño, error, y asalto de la buena fe de la demandante, se ordene a COLPENSIONES inscribir a la demandante, sin solución de continuidad en el RPM y se condene a los fondos privados a trasladar a COLPENSIONES las totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas, así como los demás dineros aportados durante la afiliación en el RAIS. (ver demanda folios 44 a 64 y subsanación folio 143 a 163 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a las pretensiones, afirma que brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de trasladarse, las características, bono pensional, rentabilidad y aportes voluntarios del RAIS, además de las ventajas, desventajas y diferencias con el RPM y el derecho al retracto, lo cual se acredita con la firma de la demandante en el formulario de afiliación. Indica que el recibir información clara, cierta, completa y precisa sobre las características de los regímenes fue lo que llevo a la demandante a trasladarse de manera libre, voluntaria y espontanea a otra administradora del mismo régimen pensional. Refiere que no existen vicios del consentimiento y que la demandante no especifica en que consistió la acción fraudulenta de esta administradora. Asegura que no se le está vulnerando su derecho pensional al poder obtener la pensión de vejez en el RAIS, una vez cumpla los requisitos de Ley. Formuló como excepciones las de *falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica.* (ver contestación folios 186 a 211, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda porque, a su juicio, la afiliación de la demandante en el RAIS fue libre y voluntaria. Aduce que no se allegó al plenario prueba que permita establecer la falta del deber de información en cabeza de COLFONDOS, PORVENIR Y OLD MUTUAL ahora SKANDIA que hubiese generado un vicio del consentimiento al momento de asesorar a la actora para su traslado dentro del RAIS, gozando la afiliación de plena validez. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado del artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Presentó como excepciones las que denominó *el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, inexistencia del derecho y de la obligación, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en instituciones que administren recursos del sistema general en pensiones y la innominada o genérica* (ver contestación folios 233 a 251 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS (antes OLD MUTUAL) se opuso también al éxito de las pretensiones dirigidas contra esa sociedad. Aduce que la demandante venía de estar afiliada en COLFONDOS y PORVENIR, por lo que considera tenía conocimiento sobre el funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes de ese régimen pensional, por ello la asesoría en su caso se tomaba más en una *reafirmación de los argumentos ya conocidos*. Además, la selección de régimen del sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, al vincularse con el RAIS, aceptó todas las condiciones propias de ese régimen conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Asegura que no es posible declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS dado que el traslado se realizó siguiendo los lineamientos del ordenamiento jurídico y se proporcionó a la demandante toda la información para que tomara la decisión consciente. Advierte que no basta con invocar vicios del consentimiento, se debe explicar y probar en qué consiste cada uno de ellos. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: *SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo*

cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe, y genérica (ver contestación folios 254 a 274 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se opuso también a las pretensiones de la demanda. Afirma que la afiliación de la demandante con ese fondo fue producto de una decisión, libre, voluntaria e informada tal y como consta en la solicitud de vinculación suscrita en la que se observa la declaración escrita a la que hace referencia el articulo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 del CST. Indica que la demandante no logró probar siquiera sumariamente la existencia de un vicio del consentimiento, ni la nulidad del acto de traslado. Refiere que resulta aplicable la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la excepción genérica.* (ver contestación folios 328 a 343 del archivo 01 y subsanación archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (folios 289 a 292 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia), llamamiento que se admitió por auto del 15 de febrero de 2023 (archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Enterada de la demanda, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contestó la demanda a través de apoderado judicial. No se opuso ni se allanó a las pretensiones, afirmando que tienen como sujeto pasivo la relación material debatida a SKANDIA S.A., su llamante, a cuya contestación en ese aparte se adhieren. Dijo no constarle ninguno de los hechos. Propuso como excepciones: "*Las decisiones tomadas por la demandante se dieron al*

amparo del principio de "autonomía de la voluntad" siendo licitas, válidas y oponibles y reconocimiento oficioso de excepciones. Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza y se opuso a la solicitud de reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado, por cuanto el único objeto de ese contrato es que, *en caso de realizarse el riesgo, se impone para la aseguradora "el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente"*. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: "*El llamamiento en garantía efectuado a MAPRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, al no tener relación el riesgo objeto de protección asegurativa con el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, MAPRE no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante AFP SKANDIA S.A y por lo mismo no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y el reconocimiento oficioso de excepciones* (ver contestación archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 3 de agosto de 2023, mediante la cual el Juez Primero (1ª) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante OFIR MIREYA VANEGAS VERGARA , identificada con Cédula de ciudadanía 31.172.676 a través del fondo administrado por las sociedades demandadas COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A, SKANDIA S.A conforme lo expuesto en precedencia, SEGUNDO: ORDENAR a COLPENSIONES autorizar el traslado de la señora OFIR MIREYA VANEGAS VERGARA identificada con la cédula de ciudadanía 31.172.676 al régimen de prima media con prestación definida en las mismas condiciones pensionales que tenía el momento de haber sido trasladada al RAIS, conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento. TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A, SKANDIA S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES los aportes efectuados por la demandante OFIR MIREYA VANEGAS VERGARA, de condiciones civiles indicadas en el régimen de ahorro individual con solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar el bono pensional, los gastos de administración y lo que tiene que ver con primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades por el tiempo en que la aquí demandante estuvo afiliada a cada uno de los Fondos administradores de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por la aquí demandante, teniendo en cuenta también lo expuesto en la parte motiva este pronunciamiento. CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES puedo obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional de la demandante en valores no previstos y las reservas dispuestas para el efecto. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión. SEXTO: ABSOLVER a la llamada en Garantía Mapfre Colombia vida seguros S.A de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra y teniendo en cuenta el llamamiento efectuado por SKANDIA S.A atendiendo también lo señalado por este despacho judicial. SÉPTIMO: SIN COSTAS para las partes en la presente instancia, teniendo en cuenta lo indicado en la parte motiva de la presente decisión."* (Audiencia virtual, récord 2:00:09, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de la DEMANDANTE, pide que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas por haber sudo vencidas en juicio, conforme a lo normado en el articulo 361 del CGP y el *acto legislativo* de 2016, aduce que tuvo que acudir a este proceso ordinario ante la jurisdicción pese a que ya la línea jurisprudencial desde el año 2008 ha señalado la procedencia de la ineficacia del traslado[1] (Audiencia virtual, récord 2:03:36, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[1] "*Muchas gracias su señoría y la parte demandante entonces se encuentra conforme con la parte resolutiva de la presente sentencia, en lo que tiene que ver con los numerales uno hasta el sexto y efectivamente interpone oportunamente recursos de apelación contra numeral séptimo que absolvió a las convocadas a juicio de la condena en costas y agencias en derecho, teniendo en cuenta que de acuerdo con lo establecido por el código general del proceso en su artículo 361, concordante con el acto legislativo del año 2016 que reguló expresamente su forma de causación y pago, entonces esta se causan de manera objetiva por la convocatoria de las partes que tienen cada una de las actuaciones judiciales en la presente causa, pues como acertadamente su despacho hizo todo un relato de las actuaciones surtidas, desde la erradicación de la demanda se observa que efectivamente las convocadas fueron oportunamente en notificadas y a su turno entonces contestaron la demanda, propusieron las excepciones de mérito, solicitaron las pruebas y entre esas pruebas se practicó el interrogatorio de parte que tenía por objeto, precisamente la confesión de la señora demandante y prueba que incluso en caso de haber resultado viable para alguna de las demandas, nos encontraríamos en este momento enfrentando una sentencia totalmente absolutoria, de tal manera que la invitación de los demandados no fue una invitación en meramente formal, sino fue netamente procesal para ejercer derecho de defensa y así fueron vencidas en el juicio por no cumplir con la carga probatoria que impone el artículo 300 en el 167 respecto del argumento de un despacho para absolver esta condena, donde dice que es que se trata de un derecho que ha venido siendo reconocido por la jurisprudencia también no es cierto que la línea jurisprudencial es totalmente fuerte, sólida y consolidada desde el año 2008, una línea que tiene más de 15 años de vigencia y que incluso porque no existe en nuestra legislación la analogía que trae el consejo de estado ante aquella jurisdicción, cuando existe tal línea jurisprudencial y tal doctrina probable se constituyen en algo que se llama sentencias de unificación que incluso con una mera reclamación, las entidades deben acatar los presentes fijados por la corte suprema de justicia, es decir, que aquí no hay ninguna excusa para decir si se trata de un problema jurídico que surgió el año pasado y que hasta ahora ha venido decantándose, sino que ya tiene más de una década en su resolución y contrarios sensu el mismo sí podía resolverse vía administrativa para eso tan es así que en el 90% de los casos ya las AFP han propuesto fórmulas de conciliación que no fue en el presente caso, pero en la mayoría de los casos sí han venido proponiendo fórmulas de conciliación con la única oposición de Colpensiones frente a su obligación incorporable y claro, avizorando un reconocimiento pensional asimismo, note su señoría cómo las agencias en derecho toman fuerza teniendo en cuenta la demora que se tiene en estos procesos, este proceso ya tiene 4 años de trámite y todavía nos falta un tiempo prudencial no inferior a 1 año ante el tribunal superior de Bogotá y porvenir especialmente, ha venido dilatando el trámite, proponiendo recursos inexistentes de casación que por la congestión de esa oficina del tribunal superior de Bogotá nos lleva a otro año, es decir, no solamente se viene dilatando esta clase de reconocimientos por todo el acumulado que tiene la jurisdicción en todas sus instancias, sino que además se está afectando un derecho fundamental de los afiliados como es el consecuencial, que es el reconocimiento de la pensión de vejez, que finalmente es el propósito de esta acción a largo plazo. en este caso, la demandante tendrá que esperar hasta los 58, 59. no sabemos si 60 años para efectivamente tener un reconocimiento que por vía jurisprudencial ha sido ampliamente decantado, así que considera la parte demandante en argumentos que extenderá ante la sala laboral que sí existen argumentos fuertes para la prosperidad de este item, muchas gracias, señor.*

En el recurso SKANDIA, pide que se revoque la orden de devolver los conceptos descontados de manera indexada. Indica que no es viable retornar emolumentos ya sufragados a favor de la demandante, los cuales están establecidos en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Indica que quien debe devolver las primas de invalidez y sobrevivencia es la seguradora Mapfre por cuanto nunca administró dicho emolumento. Señala que la indexación no fue solicitada en el escrito de demanda y que es improcedente su reconocimiento al no versar el proceso sobre un reconocimiento pensional[2] (Audiencia virtual, récord 2:08:26, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[2] "*Gracias, doctor, siendo etapa procesal correspondiente presente recurso de apelación parcial para que el honorable tribunal sala laboral de Bogotá revoque la condena impuesta en mi representada teniente a devolver los conceptos descontados de manera indexadas, usan sus recursos indicándole a los honorables magistrados que no es factible que mi representada Skandia, retorne a unos emolumentos ya sufragados a favor del señor demandante, emolumentos que están establecidos en el artículo 20 de la ley 100 de 1993, como son los gastos administración y los seguros previsionales no te claramente que le presente fallo, no solamente estaba ordenando que se trasladen todos los aportes, sino también los frutos, intereses y rendimientos, motivo por el cual pues se desconoce el trabajo que realizó mi representada al administrar la cuenta de ahorro individual del señor demandante, tal como lo dispone el artículo 60 de la ley 100 de 1993 de la misma manera en los seguros previsionales no están destinados o no pueden ser devueltos por Skandia , teniendo en cuenta pues que es Skandia pensiones y cesantías no administró dicho emolumento, sino que contrató a una aseguradora mediante un contrato de aseguramiento para cubrir los riesgos de invalidez y sobrevivencia, riesgo de invalidez y sobrevivencia que ha estado cubierto la señora demandante y que no se puede desconocer que efectivamente mi representada cumplió el deber legal de tenerla para dicho siniestro mediante una aseguradora que fue convocado a juicio que es Mapfre, compañía de seguros, motivo por el cual le solicitó muy respetuosamente a los señores magistrados que se ingresa en discusión, considera que deben retornar dicho emolumentos, solicitó que con respecto a la prima de invalidez y sobrevivencia sea la aseguradora Mapfre, quién lo retorna teniendo en cuenta que si él presente fallo, se determinó que las cosas deberían volver a su estado natural, eso quiere decir que la señora demandante nunca estuvo afiliado al régimen de prima media con prestación definida, pues nunca estuvo vinculada con mi representada y tampoco debió haber un contrato de aseguramiento a nombre de ella y motivo por el cual es el la aseguradora no tendría por qué tener la cubierta para dichos riesgos, motivo por el cual no podría quedarse con los dineros, de los cuales no existe ningún vínculo contractual entre la demandante Skandia y mi representada tampoco sería dable que se retornarán dichos emolumentos de manera indexada, pues como bien lo dijo el señor juez, está indexación no fue pedida dentro. el libro y gestor de mandatorio, y por tal motivo esta corrección monetaria no fue debatida ni planeada dentro del proceso y se estaría vulnerando el artículo 29 referente al debate que se le debe haber dado a la devolución de la indexación de unos gastos de administración, los cuales nunca fueron en su debida por tu unidad, que fue la contestación de la demanda a ver, realizado la defensa adecuada, máxime que se ordena la devolución de las rendimiento de cualquier pérdida adquisitiva que hubiese tenido esa corrección monetaria que hubiera perdido las porcentajes descontados se vería compensada con los rendimientos que se están trasladando. y ahora bien, también podría indicarse que dichos emolumentos hacen parte integrante de la tasa de cotización del señor demandante, motivo por el cual no cabría una indexación, toda vez que no estamos frente a un reconocimiento pensional, sino un descuento dentro de los descuentos que autorizó el artículo 20 de la ley 100 de 1993 dejo así sentado en recurso de apelación, solicitando el respetuosamente al señor juez de instancia lo conceda y a los honorables magistrados revocar las condenas apeladas muchas gracias, doctor.*

En el recurso de COLPENSIONES, solicita que se revoque la sentencia. Indica que la demandante no puede ser exonerada de su deber de informarse frente a la decisión de trasladarse de régimen de acuerdo con el Decreto 2241 de 2010. Advierte que la declaratoria de ineficacia afecta el patrimonio público en tanto sus recursos no serán suficientes para sufragar su propia pensión vulnerando los principios de solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera. Señala que COLPENSIONES no puede ser condenado en costas por cuanto no tuvo ninguna injerencia en el traslado y la negación del retorno obedeció a lo dispuesto en las normas judiciales vigentes[3] (Audiencia virtual, récord 2:11:47, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[3] *"Me permito expresamente interponer el recurso de apelación contra el fallo que se acaba de proferir, toda vez que no se comparte el criterio del despacho por cuanto la declaración de ineficacia del traslado del régimen de prima media del régimen de ahorro individual conlleva consecuencias que afectan el patrimonio de la entidad que represento Colpensiones porque si bien es cierto, existe un criterio jurisprudencial en la corte suprema de justicia, no es menos cierto que debe analizarse cada caso, en particular, la hoy demandante no puede estar exoneradas de su deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen pensional estoy de acuerdo con el decreto 2241 del año 2010, que establece expresamente las obligaciones de los afiliados del sistema general de pensiones e igualmente la hoy demandante no se encuentra disminuida en su capacidad para celebrar actos o contratos y teniendo en cuenta que de su elección dependería su futuro pensional, es decir, fue negligente frente a este aspecto ahora bien, la hoy demandante tampoco hizo uso de los mecanismos legales que le dan para dejar sin efecto la afiliación, como son el retrato y la recesión mecanismos que están estipulados en los mismos formularios que que suscribió es menester también tener en cuenta, el pronunciamiento de la corte constitucional, sentencia c. 242 del 2009. Magistrado ponente el doctor Mauricio González cuervo. respecto al tema de la sostenibilidad financiera del sistema pensional y el mismo principio constitucional contemplado en el artículo 48 adicionado por el artículo primero del acto legislativo número 1 del 2005. debo reiterar y recalcar que el interés general debe primar sobre el interés particular por cuanto dicha declaración de ineficacia conlleva va a afectar al patrimonio público por cuanto la hoy demandante en el momento que solicite la reclamación de la pensión dicha pensión lo hizo de forma individual y esto no financió las pensiones del régimen de prima media, es decir, sus propios recursos no serán suficientes para financiar su propia pensión con dicha declaración de ineficacia del traslado, pues se está vulnerando los principios constitucionales de la solidaridad, equidad y sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social por lo tanto, debo solicitar a los señores magistrados se revoque el fallo de primera instancia en su lugar se absuelva ahora bien, frente a las costas pues debo resaltar que la entidad que represento Colpensiones no puede ser condenada en costas por los siguientes aspectos, el primero de ellos es que Colpensiones no intervino en la decisión que tomó la hoy demandante de trasladarse del régimen de prima media al régimen de ahorro individual segundo, no es la causante Colpensiones no es el causante que hoy se esté haciendo la declaración de ineficacia. tercero Colpensiones es un convidado por obligación toda vez que como bien se dijo en las consideraciones, no, no tuvo ninguna injerencia ni tenía obligación alguna de información igualmente su negativa, tanto administrativamente como en el proceso judicial, cuando nos hemos opuesto ha sido con fundamento en las normas judiciales vigentes y por la calidad de la entidad, no podemos en ningún momento apartarnos de ellas por lo tanto, si bien es cierto con dicho fallo estamos vencidos, pues acá deben apartarse, así como se apartan respecto a la decisión de la declaración de ineficacia, también deben apartarse frente a la condena de cosas en estos términos, dejó presentado mi recurso muchas gracias."*

En el recurso de COLFONDOS S.A, pide que se le absuelva de la condena a la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima. Aduce que dichas sumas se descontaron por mandato legal y la devolución genera un enriquecimiento sin causa de la demandante. Sostiene que la ausencia de la devolución no modifica o perjudica de manera alguna las semanas trasladadas a Colpensiones, además, con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda y resulta excesiva la imposición de la indexación[4] (Audiencia virtual, récord 2:17.33, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de PORVENIR S.A., pide también que se revoque la orden de devolver los gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros. Sostiene, de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, que los fondos están autorizados para realizar descuentos por gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros, además de acuerdo con el articulo 113 de la misma normatividad cuando hay un cambio de régimen pensional solo se debe trasladar el saldo de la cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos. Asegura que no procede la devolución de las primas de seguro previsional en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con su deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza. Refiere que ya realizó el traslado de la totalidad de los aportes a Porvenir y que es improcedente la indexación al haberse generado unos rendimientos financieros superiores a la rentabilidad mínima. Solicita, en caso de no acoger su recurso, que se autorice a Porvenir

---

[4] "*Gracias, señoría, respetuosamente interpongo recurso de apelación contra el numeral tercero de la sentencia que se acaba de proferir a efectos de que el honorable tribunal de Bogotá absuelva a mi representada de la condena por concepto de gastos de administración, seguros, previsionales y porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima. como quiera que dichas sumas de dinero fueron descontadas por autorización legal y podría generarse un enriquecimiento sin justa causa, la parte actora los artículos 70 y 77 de la ley 100 de 1993, establece en la forma de financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia que incluye el pago de seguros previsionales para cubrir dichas contingencias, de las cuales estuvo cubierta la demandante durante su permanencia con mi representada frente a los gastos de administración, debe tenerse en cuenta que el artículo 104 de la ley 100 de 1993 prevé con mina que se haga dicho descuento previo el cumplimiento de las condiciones y montos que fije la superintendencia financiera de Colombia y el fondo nacional además debe precisarse que la ausencia de devolución de dichas sumas de dinero no modifica de manera alguna o perjudica las semanas que se trasladen a Colpensiones, pues esta solo tienen en cuenta el salario del período cotizado finalmente es excesiva la imposición de indexación ordenada en primera instancia, toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensaría la depreciación del poder adquisitivo de los recursos objeto de transferencia Colpensiones, por lo que solicito respetuosamente su absolución muchas gracias.*

para que determine los rendimientos financieros trasladados[5] (Audiencia virtual, récord 2:18.54, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

---

[5] "*Gracias, señor juez, de manera respetuosa me permito presentar recurso de apelación parcial contra el numeral tercero de la parte resolutiva de la sentencia para que el honorable tribunal superior de Bogotá en su sala laboral se revoque las condenas impuestas a mi representada y en virtud de lo anterior, me permito indicar que las cuotas o gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás rubros están autorizados por el artículo 20 de la ley 100 de 1993 para efectuar estos descuentos respecto de la cotización total de los afiliados al régimen de ahorro individual en consonancia con ello, el artículo 113 de la misma normatividad de seguridad social literal b menciona cuáles son los dineros que se deben trasladar cuando existe un cambio de régimen pensional, y esto es, abro comillas, el saldo de la cuenta individual, incluidos los rendimientos cierro comillas, lo que impide que legalmente se puede ordenar la devolución de sumas diferentes a las referidas en dicha norma, por cuanto las mismas no están destinadas a financiar la prestación del afiliado, no hacen parte integrante de la pensión y por lo que condena a porvenir apagar estos rubros configura un enriquecimiento sin causa en favor de la afiliada Colpensiones del estado y en detrimento de mi representada, pero además determinar que se deben reintegrar las primas de seguros es tanto como ordenarle a una compañía de seguros que si no se presenta el siniestro amparado, devuelva el valor de la póliza contratada con relación a ello, la superintendencia financiera de Colombia en concepto radicado número 20191522169-003-000 el 17 de enero del año 2020, indicó en forma expresa que en los eventos de proceder, la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado, sin que proceda la devolución de la prima de seguro previsional, en consideración a que la compañía aseguradora cumplió con el deber contractual de mantener la cobertura durante la vigencia de la póliza en virtud de ello y teniendo en cuenta que la condena fue de manera indexada, me permitió resaltar que la misma es improcedente, no solo porque la de la demandante al momento de presentar la demanda que hoy nos ocupa, ya no se encontraba activa en porvenir con ocasión de la solicitud de traslado efectuada a Skandia, sino también porque la totalidad de los dineros que en su momento cotizó a Porvenir fueron trasladados, y como lo indica el literal b del artículo 113 ley 100 que mencioné en precedencia en virtud de ello, está condena de manera indexada resulta improcedente de acuerdo con lo mencionado, por ejemplo, en sentencia c 00161 del 13 de mayo del 2010 y sentencia sl 9316 del 29 de junio del 2016, en donde se precisó que el indexaciones abro comillas la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de la misma por el transcurso del tiempo, dada la generalizada condición inflacionaria de la economía cierro comillas en este orden de ideas y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones que deben cumplir las afp se encuentra la de garantizar la rentabilidad mínima de las cuentas de ahorro individual de cada uno de los afiliados se tiene que durante el tiempo que estuvo la demandante afiliada a porvenir, su cuenta de ahorro individual no se vio afectada por el fenómeno de la inflación y, por el contrario, se generaron rendimientos financieros superiores a esta rentabilidad mínima de la que habla el legislador por lo tanto, pues no se vio afectada su cuenta de ahorro individual en consideración a ello y en el hipotético caso que no se acojan estos argumentos, solicitó al honorable tribunal superior de Bogotá se autorice a porvenir a que realice un cálculo tendiente a determinar los rendimientos financieros que en su momento se trasladaron Skandia y de esta manera compensar las sumas que fueron trasladadas y únicamente en el caso que así se evidencie trasladar la diferencia de ser posible que la misma sea viable en relación a ellos, pues dejó de esa manera sentado mi recurso de apelación parcial gracias.*

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

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la

demandante tenía 35[6] años de edad y había cotizado 174,14[7] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1 de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 3 años, 4 meses y 1 día)[8], y para la fecha de presentación de la demanda le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad de acceso al derecho pensional (tenía 53 años de edad- ver folio 23 y 65 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [9], [10]. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando

---

[6] Nació el 20 de junio de 1966, folio 23, archivo 01.

[7] Ver historia laboral expedida por Colpensiones, folio 73 a 76 archivo 1, trámite de primera instancia.

[8] *Ibídem*

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

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

ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, al momento de vincularse con la empresa EFECTIVA, el personal de recursos humanos le indicó que el ISS se acababa y que debido a una alianza con COLFONDOS quedaría afiliada en ese fondo, siendo diligenciado y firmado el formulario de afiliación por un tercero (Audiencia virtual del 18 de agosto de 2023, récord 34:56).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos, frutos, intereses, bono pensional, gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima debidamente indexados, a cargo de aquella y de PORVENIR y COLFONDOS.(Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993[11]), los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Frente al llamamiento en garantía, se confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó las pretensiones incoadas contra la llamada, pues SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS no demostró la existencia de una relación sustancial con la aseguradora que le imponga a ésta (MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.) el deber de pagar el valor de las primas de seguro que recibió del fondo para cubrir los riesgos de invalidez o muerte del afiliado. Ello no se deduce del texto de las pólizas traídas al proceso (folio 29 a 40 del archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia) en las que los beneficiarios son los afiliados al Fondo de pensiones obligatorias y no la demandada, y cuyo objeto -además- es diferente al pretendido por la recurrente.

---

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

Finalmente y en respuesta al recurso de la demandante, se dispondrá imponer condena en costas de primera instancia a cargo de las demandadas COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A, SKANDIA S.A y COLPENSIONES que se opusieron a las pretensiones de la demanda y cuyos argumentos resultaron imprósperos, como lo ordena el artículo 365 del CGP.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR, SKANDIA, COLFONDOS.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia para, en su lugar, condenar en costas de primera instancia a las demandadas COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A. y SKANDIA S.A..

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE LUIS ANTONIO PARDO BARÓN CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante frente a la sentencia dictada el 9 de agosto de 2023 por el Juez Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá en la que se negaron las pretensiones de reliquidación de una pensión de vejez.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUIS ANTONIO PARDO BARÓN presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene la reliquidación y pago de su pensión de vejez como lo dispone el articulo 20 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, suma que solicita se pague indexada.

Como fundamento de lo pedido afirma que mediante resolución No. 005886 del 7 de junio de 1993 le fue reconocida pensión de vejez por parte del ISS bajo las previsiones del Decreto 758 de 1990, a partir del 30 de junio de 1993 y en cuantía inicial de $164.629, para lo cual se tomó como ingreso base el de las últimas cien (100) semanas cotizadas con una tasa de reemplazo del 90%

al contar con 1.373 semanas cotizadas. Asegura que COLPENSIONES mediante resolución GNR 333101 del 10 de noviembre de 2016 le negó la solicitud de indexación y a través de la resolución SUB 323526 del 27 de noviembre de 2016 (sic) le negó la reliquidación de la pensión (ver archivo 01 tramite de primera instancia del expediente digital).

Notificada la admisión de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, mediante apoderada, quien admitió la mayoría de los hechos y se opuso a las pretensiones formuladas. Afirma que al demandante le fue liquidada su prestación acorde a los preceptos legales sin que emerjan saldos a su favor o una tasa de reemplazo superior a la reconocida. Aduce que el demandante no puede ser favorecido con dos normatividades con requisitos disímiles entre sí. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, inexistencia de la obligación, improcedencia del reconocimiento y pago de los intereses moratorios e indexación, buena fe: COLPENSIONES, imposibilidad de condena en costas, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, compensación y declaratoria de otras excepciones* (ver páginas 2 a 18 archivo 33 tramite de primera instancia del expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de agosto de 2023 por la cual el Juez Tercero (3) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación. Para tomar la decisión el juez advirtió que el demandante había presentado una demanda con antelación que correspondió al Juzgado Treinta y Tres 33 Laboral del Circuito de Bogotá por los mismos hechos y con las mismas pretensiones. Frente a las pretensiones de este proceso realizó la liquidación del IBL y de la mesada pensional del demandante a tenor del Acuerdo 049 de 1990, y encontró acertada la realizada por la entidad administradora.

La parte resolutiva de la providencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción propuesta por la demandada, que denominó inexistencia de la obligación conforme a la parte motiva de esta*

providencia. SEGUNDO: como consecuencia, ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante, conforme a la parte motiva de esta providencia. TERCERO: LAS COSTAS y agencias en derecho estarán a cargo de la parte demandante y se tasan la ruma de 500.000 pesos. CUATRO: EN CASO de no ser apelada la presente decisión por la parte actora consúltese con el superior en los términos del artículo 69 del Código de procedimiento del trabajo y la Seguridad Social." (Audiencia virtual del 9 de agosto de 2023 – archivo 10 Min. 27:51).

CONSULTA

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable al demandante y no haberse interpuesto recurso de apelación, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del C.P.T. y la S.S. que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución N°005086 de 1993 el ISS, hoy COLPENSIONES, reconoció pensión de vejez a LUIS ANTONIO PARDO BARÓN a partir del 30 de junio de 1993, en cuantía inicial de $164.629, con fundamento en el régimen pensional del Acuerdo 049 de 1990, pues el derecho se causó en vigencia de dicha normatividad (documental aportado por el demandante a folio 16 y en el expediente administrativo).

La prestación se liquidó teniendo en cuenta 1373 semanas, de las cuales la demandada obtuvo un IBL de $182.920,85 (folio 16 archivo 01).

Para resolver la segunda instancia debe advertir la Sala que el IBL de pensiones reconocidas en su integridad al amparo de Acuerdo 049 de 1990 se obtiene con la fórmula que disponía dicha norma en el parágrafo 1° del artículo 20, multiplicando la centésima parte de la suma de los salarios sobre los cuales cotizó el trabajador durante las últimas 100 semanas de cotización, por el

factor 4.33 –que resulta de dividir el número de semanas de un año por el número de meses-. Así lo ha entendido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 15680 de 2015, reiterada por la SL 1840 de 2018) para concluir en la improcedencia de efectuar indexaciones adicionales.

Así las cosas, no procede la indexación de los salarios que sirvieron de base para los aportes que efectuó el demandante en las últimas 100 semanas de cotización.

En ese orden, y dado que en la demanda se pidió la reliquidación de la prestación, el Tribunal realizó la liquidación del salario base y de la primera mesada, para lo cual tuvo en cuenta que durante las últimas 100 semanas de cotización el empleador SERVICIO TÉCNICO MASENET hizo cotizaciones sobre un salario de $181.050, hecho del cual da cuenta la historia laboral tradicional de folio 33 a 37 archivo 01. Se aplicó una tasa de reemplazo del 90% -que no se encuentra en discusión- pues el demandante cotizó un total de **1373** semanas en toda la vida laboral (parágrafo 2 del artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990). De ello se obtuvo una mesada pensional, para el año 1993, de $162.277, valor levemente inferior al reconocido por el ISS hoy COLPENSIONES en $164.629, por lo que se confirmará la sentencia de primera instancia que negó la reliquidación reclamada.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Año	Mes	Días	Salario Base
1991	Agosto	31	181.050,0
1991	Septiembre	30	181.050,0
1991	Octubre	31	181.050,0
1991	Noviembre	30	181.050,0
1991	Diciembre	31	181.050,0
1992	Enero	31	181.050,0
1992	Febrero	29	181.050,0
1992	Marzo	31	181.050,0
1992	Abril	30	181.050,0
1992	Mayo	31	181.050,0
1992	Junio	30	181.050,0
1992	Julio	31	181.050,0

1992	Agosto	31	181.050,0
1992	Septiembre	30	181.050,0
1992	Octubre	31	181.050,0
1992	Noviembre	30	181.050,0
1992	Diciembre	31	181.050,0
1993	Enero	31	181.050,0
1993	Febrero	28	181.050,0
1993	Marzo	31	181.050,0
1993	Abril	30	181.050,0
1993	Mayo	31	181.050,0
1993	Junio	30	181.050,0
TOTAL		700	4.164.150

DÍAS COTIZADOS (100 SEMANAS)		700
SALARIO BASE MENSUAL	$	180.308
TASA DE REEMPLAZO		90%
PRIMERA MESADA (1993)	$	162.277

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Magistrado Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE MARÍA MARGARITA CONSTANZA ESCAMILLA ROCHA CONTRA COLOMBIAN MOUNTAIN COFFEE CI S.A.S.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada COLOMBIAN MOUNTAIN COFFEE CI S.A.S. contra la sentencia dictada el 12 de octubre de 2022 por el Juez Quinto (05°) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia de las suspensiones del contrato de trabajo y de la *reducción unilateral* del salario, y se CONDENÓ a la demandada a pagar salarios insolutos, indemnización por despido injusto, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, y a reliquidar los aportes a seguridad social en pensiones.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA MARGARITA CONSTANZA ESCAMILLA ROCHA presentó demanda contra COLOMBIAN MOUNTAIN COFFE CI S.A.S para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ilegalidad* de la *reducción del salario* y de las suspensiones del contrato de trabajo acaecidas del 1 de abril de 2020 al 11 de junio de 2020, y del 14 de septiembre de 2020 al 8 de febrero de 2021, y que el vínculo terminó de manera unilateral y sin justa causa. En consecuencia, pide que se condene a la demandada a pagar las diferencias correspondientes al salario que *la compañía de manera unilateral decidió reducir* y de los aportes a seguridad social, una incapacidad no pagada, indemnización por despido sin justa y sanción moratoria, debidamente indexados.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 17 de enero de 2013 suscribió contrato de trabajo a término indefinido con COLOMBIAN MOUNTAIN COFFEE CI S.A.S. para desempeñar el cargo de *Gerente de Ventas,* servicio que sería remunerado con un salario mínimo integral. Asegura que el 1 de abril de 2020 la empresa demandada le notificó la suspensión de su contrato de trabajo, decisión que justificó la emergencia sanitaria y económica generada por el COVID-19. Refiere que, a pesar de esa suspensión, entre el 1 de abril y el 11 de junio de 2020, por requerimiento de su empleador, ejecutó actividades propias de su cargo, y en esta última fecha fue levantada la suspensión. Indica que el 16 de junio se le comunicó un otrosí a su contrato de trabajo en el que se reducía su jornada laboral a la mitad (24 horas semanales) por lo que, consecuencialmente, su salario se redujo a medio salario mínimo integral. Sostiene que nunca dio su consentimiento para las modificaciones que se hicieron al contrato, por el contrario, manifestó desacuerdo frente a la reducción de la jornada laboral y del salario. Refiere que en varias oportunidades su empleador le solicitó la carta de renuncia. Asevera que, *durante la cuarentena establecida por el gobierno nacional* prestó sus servicios de forma remota, y cuando ésta terminó *retornó con normalidad a la oficina donde continuó ejecutando su contrato de trabajo en jornada completa de 48 horas semanales.* Menciona que el 14 de septiembre de 2020 la compañía demandada le informó que su contrato sería nuevamente suspendido, a partir del 15 de septiembre y de forma indefinida, decisión que se fundó igualmente en la pandemia ocasionada por el COVID-19. Afirma que la operación de la sociedad no se detuvo durante ninguna de las suspensiones del contrato de trabajo, pues la empresa continuó *recibiendo pedidos* durante toda la emergencia económica. Refiere que *la conducta asumida por el empleador* le causó *serias afectaciones de salud* por lo que el 2 de noviembre de 2020 fue diagnosticada con *"trastorno mixto de ansiedad y depresión"* y se le otorgó incapacidad médica por 10 días que nunca le fue pagada por la empresa demandada. El 8 de febrero de 2021 le fue terminado el contrato de trabajo por decisión unilateral de su empleador que no se fundó en ninguna de las causales previstas en el artículo 62 del C.S.T. (ver demanda folios 1 a 42, archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por COLOMBIAN MOUNTAIN COFFEE C.I. S.A.S, a través de apoderado judicial quien aceptó los hechos relativos a la suscripción del contrato de trabajo, el cargo desempeñado, la modalidad del salario, la suspensión del contrato, la negativa de la demandante a acceder a alguna de las propuestas que se le hicieron ante la situación presentada por el COVID-19, y la terminación de la relación laboral por parte de la empresa. Los demás los negó. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que no adeuda nada a la demandante pues la suspensión del contrato de trabajo ocurrió por el aislamiento obligatorio ocasionado por la pandemia, y fue ella quien se negó a aceptar trabajo en otras actividades. Asegura que entre las partes existió un contrato de trabajo que por razones ajenas a la voluntad de la sociedad tuvo que darse por terminado como consecuencia de la pandemia derivada del COVID-19, en la medida en que la demandante *por falta de colaboración* no pudo *seguir cumpliendo con las actividades para las cuales había sido contratada,* como la venta de café en las áreas VIP de aeropuertos, hoteles, restaurantes, aerolíneas, etc. Indica que la labor desarrollada por la demandante como *Gerente de Ventas* en los expendios de café que se vieron cerrados, hizo que tuviera que suspender su actividad debido a la falta de demanda de los productos que comercializaba, y con todo, la empresa continuó hasta donde le fue posible cancelando la remuneración sin prestación del servicio. Advierte que no actuó de mala fe ni con el fin de causar perjuicio a su ex empleada. Respecto al pago de la incapacidad manifiesta que, si bien la demandante tenía derecho a la asistencia médica, no había lugar al pago del auxilio monetario dada la suspensión de su contrato de trabajo. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, pago, compensación*, inexistencia de las obligaciones que se reclaman* y buena fe (ver contestación folios 2 a 8 archivo 06, expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de octubre de 2022, mediante la cual el Juez Quinto (5°) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la suspensión del contrato de trabajo, de la reducción unilateral del salario, y de la modificación del pacto de salario integral, y condenó a la demandada a pagar salarios insolutos, indemnización por despido injusto, la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del CST, y a reliquidar los aportes a seguridad social en pensiones. Para tomar su decisión, consideró que en el

proceso no se demostró el presupuesto de *irresistibilidad* para la suspensión del contrato lo que condujo a que se vulneraran derechos laborales de la trabajadora. Puntualmente manifestó que la demandada no acreditó haber acudido al sector financiero para apoyar el pago de la nómina u otras actuaciones para proteger el salario frente al evento de fuerza mayor que se esbozó en la demanda, y no era suficiente alegar el *encierro* para suspender el contrato pues en el ámbito laboral el empleador debía ir más allá para proteger el salario, y el Gobierno Nacional dispuso para el efecto mecanismos pertinentes como licencias remuneradas, vacaciones, etc., que no fueron consideradas por la demandada en el caso de la demandante, aunque la mayoría de las actividades a su cargo no se pudieran ejecutar y se vieran reducidas sus funciones. Además, estimó que la modificación al pacto salarial fue ineficaz y arbitraria, pues no contó con la anuencia o aceptación expresa de la demandante, sin que sea procedente una aceptación tácita. También estimó que las pérdidas económicas de la empresa y la no aceptación de nuevas condiciones de trabajo por parte de la trabajadora no constituyen una justa causa de despido y en esa medida dispuso el pago de la indemnización correspondiente. Finalmente, discurrió que la demandada no actuó de buena fe cuando decidió no proteger el salario de su trabajadora y la condenó al pago de sanción moratoria.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la suspensión del contrato de trabajo, así como la reducción unilateral de su salario y modificación al pacto de salario integral. SEGUNDO: CONDENAR a la demanda COLOMBIAN MOUNTAIN COFFEE CI S.A.S. a pagar a la señora MARÍA MARGARITA CONSTANCIA ESCAMILLA ROCHA las siguientes sumas por los siguientes conceptos: A. $99.724.932 por concepto de salarios insolutos. B. $41.841.947 por concepto de indemnización por despido injusto. C. La suma diaria de $393.695 a partir del 9 de febrero de 2021 y por los primeros 24 meses por concepto de sanción moratoria que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, a partir del mes 25 la demandada deberá pagar los intereses moratorios allí consignados en la norma y sobre un capital de $99.724.932. D. A liquidar los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones a nombre de la demandante y a la entidad de Seguridad Social a la que se encuentre afiliada, teniendo en cuenta cómo ingreso base de cotización para el año 2020, la suma de $7.988.008 y*

para 2021 hasta el 8 de febrero 2021, un ingreso base cotización de $8.267.587 en los meses en los que no figuren los aportes con estos IBC. TERCERO: COSTAS a cargo de la demanda. Inclúyanse cómo agencias en derecho la suma de 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes." (Audiencia virtual récord 55:48 del archivo 11 del expediente digital).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la demandada afirma que el Gobierno Nacional expidió diferentes decretos en los que ordenó un aislamiento obligatorio con ocasión de la pandemia, lo que implicó el cierre de aeropuertos, hoteles, aerolíneas, atención a pasajeros y restaurantes desde el 25 de marzo de 2020, y conllevó a que la actividad que realizaba la demandante no se pudiera cumplir y por ende que no tuviera que prestar sus servicios. Se trató entonces de un hecho irresistible e imprevisible que causó a la empresa grandes pérdidas económicas e impidió la prestación personal del servicio por parte de la trabajadora ante la imposibilidad de asistir a su sitio de trabajo y ejecutar sus funciones, por ello, tampoco procedía el pago del salario. Refiere que, si bien se levantó la suspensión del contrato de trabajo entre junio y septiembre, ello se hizo buscando alternativas que la demandante aceptó tácitamente como la reducción de jornada y consecuentemente de su salario, por lo que tampoco hay lugar a reajustar los aportes a seguridad social. Con relación a la sanción moratoria aduce que se encuentra probada buena fe en la conducta que asumió, pues tanto la suspensión como la reducción del salario se soportó en razones válidas. Alega que el despido no se sustentó específicamente en el COVID sino en la negativa de la trabajadora a aceptar otro tipo de labores para poder seguir ejecutando el contrato de trabajo y en la imposibilidad de reubicarla dentro de la compañía[1] (Audiencia virtual récord 58:41 del archivo 11 del expediente digital)

---

[1] "*Sí, señor, dentro del término legal me permito interponer el recurso de apelación para que el mismo sea conocido y decidido por el Tribunal Superior del distrito judicial de Bogotá, en su sala laboral, fundamento el recurso con base en las siguientes consideraciones jurídicas como probatorias. Dice el señor juez, que la causal invocada de suspensión del contrato de trabajo no era posible aplicarla en el caso que es materia de debate en este proceso, qué es la causal 1ª el artículo 51 del Código sustantivo del trabajo que a la letra dice "El contrato de trabajo se suspende primero por fuerza mayor o caso fortuito que temporalmente impida su ejecución "como atinadamente lo refirió el despacho en sus consideraciones, lo primero que hay que decir es que es una fuerza mayor o caso fortuito no es algo que este abogado vaya a definir esa definición la trae el artículo 1º de la ley 25 de 1890, o sea, una ley de hace 130 años que dice y también la refirió al señor juez, se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos*

de autoridad ejercidos por un funcionario público" Entonces, lo primero que uno tiene que advertir en este caso que si el Gobierno Nacional a través de sus distintos ministerio se pronunció o no ordenando un aislamiento general para toda la población y para nadie es un secreto que el Gobierno nacional expidió muchísimos decretos por ejemplo, el 457 del 22 de marzo del 2020 y el decreto 531 del 8 de abril, de la misma anualidad, donde ordenó precisamente una aislamiento o encierro obligatorio en todo el territorio nacional, que implicó el cierre de aeropuertos, hoteles, aerolíneas, atención de pasajeros, de los diferentes aeropuerto clausura de labores, restaurantes desde el día 25 de marzo del 2020 y hasta el 12 de abril y posteriormente, desde el día 13 de abril hasta el 26 y posteriormente a esas fechas se continuaron expidiendo decretos por los cuales nadie podía salir de su casa a que lleva eso, a que precisamente la actividad que desarrollaba la demandante, la señora María Margarita Escamilla, no la pudiera cumplir, o sea, no había la prestación de un servicio pero en aras de discusión y también algo, refirió el juez en sus consideraciones por ejemplo, en el artículo 40 del Decreto Ley 2351 de 1965 sobre despidos colectivos, el cual me permito leerlo, artículo 40, que subrogo la Ley 50 de 1990 en su artículo 67 en su numeral 1º, dijo, "cuando algún empleador considera que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores o terminar labores parcial o totalmente por causas distintas a las previstas en los artículos tales deberá solicitar autorización previa del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones si fuera el caso, igualmente deberá comunicar en forma simultánea por escrito a sus trabajadores de tal solicitud" el numeral, 2º trae una situación específica para el tema de las suspensiones igual autorización se requerirá cuando el empleador, por razones técnicas o económicas, u otras independientes de su voluntad necesite suspender actividades hasta por ciento días, en los casos de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, el empleador de dar inmediato aviso del inspector del trabajo del lugar o en su defecto, a la primera autoridad política a fin de que compruebe esas circunstancias entonces, aquí entramos en un tema jurídico bastante complejo sí fue el mismo gobierno nacional y, a través de su Ministerio de Trabajo quienes declararon que había una pandemia que había unas aislamiento general que había un cierre, yo pregunto, tenía que pedirle yo permiso al ministerio, trabajo o la empresa como tal para suspender los contratos de trabajo de todos y cada uno de los trabajadores de la empresa o de todos y cada uno de los trabajadores del país, no es que para eso precisamente se dictaron esos esos esos decretos no había nada que comprobar, yo no tenía que comprobarle a nadie que estamos en una pandemia pero el señor juez dice eso era irresistible, no era irresistible, como que no era irresistible por Dios, no solo era imprevisible, salió se supo que había algo que venía que afectaba a la gente que la estaba matando, pero no era irresistible no sencillo, a todos nos pusieron máscaras y todos deberíamos ir a trabajar, lo cual no es cierto, señor juez con el debido respeto no es cierto tan no es cierto que aún la justicia estuvo paralizada y por qué, si no eres resistible porque no siguieron trabajando los jueces entonces, ese argumento de que no existía la irresistibilidad es que está a su gusto eso, eso no es cierto. Era un hecho absolutamente irresistible y duramos encerrados por mucho tiempo, ahora dice el señor juez, es que la empresa podía haber solicitado para garantizar el salario de sus trabajadores unos préstamos cómo se lo dijo el Gobierno nacional, cómo se lo sugirió el Ministerio del Trabajo señor juez, cuánto tiempo se demora una entidad una empresa, una sociedad para que le den un préstamo sí, obvio las líneas de crédito se cerraron porque fueron muchas las empresas del país que se quebraron estarán en estado de insolvencia de reactivación económica y muchas figuras más del derecho comercial en este caso no se hizo la empresa documento y usted lo tanto el representante legal de la señora demandante sí, y de los testigos que la empresa con tal de ayudar a sus trabajadores le reconocía el 50% de su remuneración y en eso le doy toda la razón, el salario es sagrado, pero hasta dónde hasta dónde las empresas tienen que hacer lo imposible si usted también, lo citó señor, fue el artículo 28, dice que los trabajadores no participan, participan de las utilidades, pero nunca concurren en las pérdidas de sus trabajadores, eso es cierto, totalmente cierto pero yo pregunto y si no se tiene, y si no se tenía con qué, tenía que yo ir aruñar a los bancos para que le dieran un préstamo a la empresa para poder pagar los salarios de los trabajadores cuando ni siquiera podían ir a los sitios de trabajo, cuando le cerraron por orden del Gobierno nacional y el Ministerio los aeropuertos, las salas VIP, los restaurantes y demás, qué dice el artículo 1º del Código sustantivo del trabajo que es fundamental en todo eso la finalidad de este código es lograr la justicia en las relaciones que surgen entre patronos y trabajadores ojo dentro de un espíritu de coordinación económica de equilibrio social, entonces preguntó ello aquí no tienes que haber coordinación económica eso es problema suyo, señor empleador, si hay o no hay pandemia si a usted le cierran o no les cierran sus establecimientos de trabajo y si pueden o no pueden asistir sus trabajadores, porque eso no es problema del Derecho laboral, no, señor juez, no es cierto entonces esa causal que se invocó en su momento estaba plenamente soportadas por decretos del Gobierno nacional por

autorizaciones del Ministerio de Trabajo que se buscaron fórmulas para aliviar el caos que se estaba viviendo para los trabajadores como la empresa, sí verídico que había que conceder las vacaciones y dos en vacaciones y otorguen vacaciones y otorguen vacaciones eso no tampoco era así, porque la misma ley dice cuándo y por qué deben considerarse las vacaciones cuando haya una prestación personal del servicio pero cuando nadie sabía si esta pandemia salíamos o no salíamos, porque eso no es cierto, eso no es absolutamente cierto, que la señora te podía cumplir un mínimo de funciones cuáles funciones para la actividad como ella misma lo reconoce, doña María Margarita eran las salas VIP, pero volvemos a lo mismo al mismo círculo vicioso aeropuertos cerrados, cero aerolíneas, restaurantes y expendidos de comida y bebidas en los aeropuertos cerrados por mandato de la ley no por capricho de la empresa demandada entonces, cómo pagar yo salarios de donde los tenía, pero no solo queda así regañe a la empresa diciéndole que de acuerdo con los estados financieros, tenía para el año 2019, mil millones de utilidades, señor juez Se equivocó, eran 100 millones los puede usted verificar 100 millones y se vio que entre el año 2019 y el 20 hubo pérdida de 1000 y pico de millones se lo explicaron claramente. Entonces no es cierto que la empresa tuviera un capital, un ahorro para poder y para poder pagarles a todos sus trabajadores el 100% de sus salarios y de sus prestaciones sociales. Estás totalmente equivocado, señor juez en esa consideración, saco mil millones ojala los tuviera, no hay una lectura equivocada de esa prueba a la cual usted hace tanta referencia, entonces ese tema de que yo tenía que convenir la trabajadora, la suspensión del contrato de trabajo con el no sé de acuerdo, porque esa fuerza mayor o caso fortuito, teníamos que ponernos de acuerdo si era imprevisible o resistible vuelvo y repito, no lo estableció el Gobierno nacional a través de decreto por eso se recurrió a esa figura y admito que en otras empresas podrían haberse hecho otras, se pudieron haberse puesto en práctica otras situaciones para aliviar la carga de todo el Mundo pero los restaurantes y los que se expenden comidas y bebidas no tuvieron esa oportunidad no la tenían sí habría un aeropuerto, pero no se abría un restaurante, no se abrieron salas VIP, lo acabo y ustedes, los testigos, ahora que durante el mes de junio a septiembre del 2020 se levantó la suspensión del contrato de trabajo si precisamente buscando alternativas de cómo ayudar en este caso a la demandante y lo acepto así, tú nunca criticó mientras el pago del 50% de su salario integral nunca lo critico sí, y podemos tener una discusión y regaña a la empresa de que eso es imposible en materia laboral, el acuerdo tácito hay jurisprudencia sobre los acuerdos tácito sí, a mí me cambian el salario y me quedo callado por un tiempo hay una aceptación tácita partiendo de la base que el Derecho laboral no es un derecho formal es un derecho que es, no es solemne en su esencia, está en un solemne que cabe la posibilidad de celebrar contratos de trabajo verbales, entonces la señora que la señora María Margarita Escamilla haya aceptado por esos 3 meses, trabajar y recibir el salario, nombre cómo puede no entenderse que eso es una aceptación ella misma lo dijo en su interrogatorio, y lo mismo lo dijo, la testigo Olga Lucía pónganle una fecha a ver cuándo termina, el COVID pues quién iba a poder hacer eso, señor juez, dentro de lo posible era absurdo poner la fecha no se ha acabado todavía seguimos a hoy todavía hablas si tenemos que volver a utilizar o no el tapabocas entonces no es cierto que no fuera aplicable, la suspensión del contrato por fuerza o caso fortuito porque fue por decisión de una autoridad competente así tal y como lo define le artículo 1º de la ley 95 del 1890 y no había que ponerse de acuerdo con ella, porque es un hecho que perjudica a todos como parte demandante, como parte demandada, no había que pedirle autorización al ministerio del trabajo, porque el mismo ministerio era el que le corresponde de trabajo con la firma del presidente, firmaban los decretos entonces no tenía que probar lo que ya está probado, por tal razón no estoy de acuerdo con la conclusión que dice el juzgado que eso no se podía aplicar consecuentemente con eso se le tiene que pagar a la señora demandante los salarios de todo el tiempo servido lo accesorio, sigue la misma suerte de lo principal que es que si no había prestación del servicio porque legalmente no podía prestarse el servicio porque legalmente está imposibilitada de asistir a su sitio de trabajo de realizar las funciones para las cuáles había, pues no hay lugar al pago del servicio es que las empresas no son fundaciones y entiendo lo del artículo 28 de pérdida de utilidades, sí, de acuerdo es que en este caso no predicas a esa, ese ese principio, entonces sí es cierto que se podría aplicar la causal de suspensión del contrato de trabajo de ese numeral 1º del artículo 53, la consecuencia lógica es la de los efectos de la suspensión del artículo 53 no se está en la obligación, sino prestación del servicio, te remunera, hable consecuentemente, la empresa hizo lo que tenía que hacer en amparo de un precepto legal se la condena también al tema de salarios caídos diciendo que no se obró de buena fe con el debido respeto, señor juez más buena fe no puede haber y en laboral predica un principio que es distinto todos los principios en las demás ramas del Derecho la buena fe se presume aquí no solo se hay que presumirla sino probarla y está probada precisamente en esa conducta que asumió la empresa validarle unos decretos que les cerraron sus establecimientos de Comercio donde no podía trabajar, donde no había

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en esta instancia por no haber sido controvertidos a lo largo del proceso, o estar definidos en la sentencia y no haber sido apelados, los siguientes hechos: (i) que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 17 de enero de 2013 y el 8 de febrero de 2021 (folios 49 a 52, 152, 154 y 156 del archivo 02, primera instancia); (ii) que mediante comunicación del 1 de abril de 2020 la empresa le comunicó a la trabajadora la decisión de suspender el contrato de trabajo por *fuerza mayor o caso fortuito* para lo cual alegó "*la problemática de contagio y propagación en Colombia de la pandemia denominada coronavirus COVID 19",* a partir de esa misma fecha y hasta el 30 de junio de 2020 (folio 54 archivo 02 y 13 archivo 06, trámite de primera instancia); (iii) que reanudado el contrato a partir del 1 de julio de ese año, a través de comunicación del 14 de septiembre de 2020

---

aeropuertos, donde no habían salas VIP donde no había gastrobares, donde no había nada como no puede ser eso, buena fe eso no fue nunca, pero nunca fue un capricho de la empresa vuelvo insisto, la empresa se han argumentado razones válidas en este sentido para decir porque la empresa demandada no pago esos salarios pero no solo eso se abre la puerta que hay que pagarle a todo el Mundo a los 40, 50, 70 que eso no lo debió hacer la empresa, no, señor, eso no es así y vuelvo a hacer principio que decía el artículo 1º señor juez, coordinación económica y equilibrio social y el equilibrio social lo hizo, se les pagó el 50% del salario sin haber prestación del servicio pero la coordinación económica, y se olvida usted patrono, mirar de dónde saca plata son los problemas mío, ni es problema, la justicia no, no es así, señor, con el debido respeto, por tal razón, esa condena donde dice que no hay buena fe, no está tampoco llamada prosperar. por último también se condenar a los reajustes de la Seguridad Social que van aparejados al pago de una prestación del servicio, pero aquí no vale la pena seguir insistiendo en lo que ya he dicho de que una razón válida, legal de porque se suspende el contrato de trabajo entonces no sé pagar aportes a Seguridad Social en accidentes de trabajo ni en pensiones como igualmente lo dice el artículo 53 el código, no me lo estoy inventando yo ordena, ordena perdón al pago de la indemnización por despido es que en este caso no fue por razón del COVID o si fue por razón del COVID, pero no en el sentido en que lo manifiesta y expuso el señor juez se le dio la oportunidad la señora Margarita y usted oyó (sic) testigos Bueno, si no quiere trabajar en esto, no podemos hacer esto porque tenemos que quiere que hay que hacer si quiere presentar la renuncia y pedirle la renuncia del trabajador, no es coaccionarlo puesto no sé le coacciono, que la señora María Margarita nunca presentó renuncia, ahí está la prueba pero pedirla no es un constreñimiento y el hecho de que ella no haya aceptado otro tipo de labores en una situación vuelve y le digo (..) dice compleja por la actividad misma pues tampoco me puedes llevar a mí a mantener a alguien por (..) en una situación donde no se da la mano a torcer, recordemos que inclusive hay una figura, la revisión del salario sí que si no se ponen de acuerdo, lo decide la justicia, pero todos sabemos por el volumen que manejan los señores jueces de expedientes de demanda y todo que tratar de ir una revisión del salario por demorarse 5 años ya que entonces, desde ese punto de vista, pues nada, entonces no quiere trabajar, se le da la oportunidad de hacerlo no tenemos dónde reubicarla, pues simplemente aquí lo que tenemos que hacer es despedir los contratos de trabajo, porque las varias posibilidades que se le han dado usted no quiere ninguna no me quiero extender más, señor juez, por lo demás, pues lo que pretendo con esta este recurso de apelación es que el señor de los señores magistrados del Tribunal superior del distrito judicial de Bogotá, en su sala laboral, revoquen en su totalidad las condenas que fueron impuestas, y aunque yo sé que no es objeto de este recurso de apelación, creo que hay un desfase en lo que corresponde al monto de las costas, no siendo más señor juez y contrapartes. Les agradezco la paciencia y muchas gracias"

la sociedad demandada lo suspendió nuevamente y de manera indefinida con fundamento en lo previsto en el numeral 1 del artículo 51 del C.S.T. (folios 63 a 64 archivo 02 y 14 y 15 del archivo 06, primera instancia); y (iv) que mediante misiva del 8 de febrero de 2021 COLOMBIAN MOUNTAIN COFFEE comunicó a la demandante su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral (folio 152 archivo 02, primera instancia).

La controversia que debe estudiar el Tribunal, por consonancia con el recurso de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir: (i) si hay o no lugar al pago de los salarios dejados de percibir por la trabajadora entre el 1 de abril y el 11 de junio de 2020, y entre el 14 de setiembre de 2020 y el 8 de febrero de 2021; (ii) si se produjo una reducción *ilegal* del salario de la trabajadora y hay lugar al pago de diferencias salariales y aportes a seguridad social; y (ii) si procede el pago de la indemnización por despido sin justa causa y/o de la indemnización moratoria.

(i) SUSPENSIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO: Para resolver este punto de la controversia, el artículo 53 del CST dispone que durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo cesan algunas de las obligaciones que surgen para el empleador y para el trabajador: para el trabajador la obligación de prestar el servicio, y para el empleador la obligación de pagar el salario y cubrir algunas de las prestaciones sociales que la ley contempla[2].

Tal situación puede ocurrir cuando se presenta una de las causas que regula el artículo 51, entre ellas (numeral 1º), una situación de *fuerza mayor* o un *caso fortuito* que impidan la ejecución del contrato.

El artículo 64 código Civil define al caso fortuito como la circunstancia *sobreviniente*, *imprevisible*, *irresistible* y *ajena a la intención o la culpa del deudor* que hace imposible el cumplimiento de las obligaciones a cargo. Sobre la materia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha

---

[2] CST: *"Artículo 53. Efectos de la suspensión*
Durante el período de las suspensiones contempladas en el artículo 51 se interrumpe para el trabajador la obligación de prestar el servicio prometido, y para el {empleador} la de pagar los salarios de esos lapsos, pero durante la suspensión corren a cargo del {empleador}, además de las obligaciones ya surgidas con anterioridad, las que le correspondan por muerte o por enfermedad de los trabajadores. Estos períodos de suspensión pueden descontarse por el {empleador} al liquidar vacaciones, cesantías y jubilaciones.".

dicho que *"el concepto de caso fortuito o fuerza mayor a que se refiere el Código Sustantivo del Trabajo en los artículos 51-1 y 466, no es original o especial sino el mismo que contempla la Ley 95 de 1890, art. 1º(…) Consiguientemente, en materia laboral son aplicables los requisitos que en la jurisprudencia y doctrina generales se han exigido para la figura, como que sólo puede calificarse de caso fortuito o fuerza mayor el hecho que concurrentemente contemple los caracteres de imprevisible e irresistible e igualmente, que un acontecimiento determinado no puede catalogarse fatalmente, por sí mismo y por fuerza de su naturaleza específica, como constitutivo de fuerza mayor o caso fortuito, puesto que es indispensable, en cada caso o acontecimiento, analizar y ponderar todas las circunstancias que rodearon el hecho. Igualmente se ha explicado que entre los elementos constitutivos de la fuerza mayor como hecho eximente de responsabilidad contractual y extracontractual figura la inimputabilidad, esto es que el hecho que se invoca como fuerza mayor o caso fortuito, no se derive en modo alguno de la conducta culpable del obligado, de su estado de culpa precedente o concomitante del hecho. Es decir que la existencia o no del hecho alegado como fuerza mayor, depende necesariamente de la circunstancia de si el deudor empleó o no la diligencia y cuidado debidos para prever ese hecho o para evitarlo, si fuere previsto y es menester, entonces, que en él no se encuentre relación alguna de causa a efecto con la conducta culpable del deudor"*[3].

Con este fundamento normativo y una vez revisado el expediente, el Tribunal revocará la decisión de primera instancia que condenó a la sociedad demandada a pagar a la demandante salarios sin prestación del servicio, pues ocurrió un caso fortuito o fuerza mayor con la emergencia sanitaria causada por la pandemia de COVID19, situación imprevisible, irresistible y que no es atribuible al empleador, de la cual se derivó la suspensión de la obligación de prestar el servicio (para la trabajadora) y la suspensión de la obligación de pagar el salario (para el empleador).

---

[3] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia Rad. 16595 del 28 de noviembre de 2001, citada, entre otras, en las Sentencias Rad. 17570 del 29 de mayo de 2002, Rad. 44201 del 3 de diciembre de 2014 M.P. JORGE MAURICIO BURGOS RUIZ, y SL3238-2020 Rad. 38639 del 26 de agosto de 2020 M.P. LUIS BENEDICTO HERRERA DÍAZ.

Sobre la circunstancia descrita y las medidas preventivas de aislamiento asumidas por el gobierno nacional con motivo de la pandemia de COVID-19, la Corte Constitucional advirtió en las sentencias T-279 y T-430 de 2021[4], entre otras, que su ocurrencia constituye un hecho notorio.

El *coronavirus SARS-CoV-2* fue identificado por la Organización Mundial de la Salud – OMS el 7 de enero de 2020 organismo que solicitó a los países la adopción de medidas para detener su transmisión y propagación el 9 de marzo siguiente. El 11 de marzo se declaró la enfermedad *COVID-19* como una pandemia. En concordancia con ello, el Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia dio a conocer el primer caso del brote de la enfermedad en el país el 6 de marzo de 2020, a raíz de lo cual emitió la Resolución 385 de 2020 que declaró la *emergencia sanitaria* y adoptó medidas para prevenir y controlar su propagación. El 17 de marzo de 2020 el Gobierno Nacional decretó el *estado de emergencia económica, social y ecológica* y se dispuso a ejercer las facultades contenidas en el artículo 215 de la Constitución[5]. Conforme a ello,

---

[4] En ellas, entre otras, la Corte Constitucional hace un recuento de las medidas asumidas por el Gobierno Nacional para afrontar la *crisis sanitaria* ocasionada por el *SARS-CoV-2*.

[5] Constitución Política: *"Artículo 215. Cuando sobrevengan hechos distintos de los previstos en los artículos 212 y 213 que perturben o amenacen perturbar en forma grave e inminente el orden económico, social y ecológico del país, o que constituyan grave calamidad pública, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, declarar el Estado de Emergencia por períodos hasta de treinta días en cada caso, que sumados no podrán exceder de noventa días en el año calendario. Mediante tal declaración, que deberá ser motivada, podrá el Presidente, con la firma de todos los ministros, dictar decretos con fuerza de ley, destinados exclusivamente a conjurar la crisis y a impedir la extensión de sus efectos. Estos decretos deberán referirse a materias que tengan relación directa y específica con el Estado de Emergencia, y podrán, en forma transitoria, establecer nuevos tributos o modificar los existentes. En estos últimos casos, las medidas dejarán de regir al término de la siguiente vigencia fiscal, salvo que el Congreso, durante el año siguiente, les otorgue carácter permanente. El Gobierno, en el decreto que declare el Estado de Emergencia, señalará el término dentro del cual va a hacer uso de las facultades extraordinarias a que se refiere este artículo, y convocará al Congreso, si éste no se hallare reunido, para los diez días siguientes al vencimiento de dicho término. El Congreso examinará hasta por un lapso de treinta días, prorrogable por acuerdo de las dos cámaras, el informe motivado que le presente el Gobierno sobre las causas que determinaron el Estado de Emergencia y las medidas adoptadas, y se pronunciará expresamente sobre la conveniencia y oportunidad de las mismas. El Congreso, durante el año siguiente a la declaratoria de la emergencia, podrá derogar, modificar o adicionar los decretos a que se refiere este artículo, en aquellas materias que ordinariamente son de iniciativa del Gobierno. En relación con aquellas que son de iniciativa de sus miembros, el Congreso podrá ejercer dichas atribuciones en todo tiempo. El Congreso, si no fuere convocado, se reunirá por derecho propio, en las condiciones y para los efectos previstos en este artículo. El Presidente de la República y los ministros serán responsables cuando declaren el Estado de Emergencia sin haberse presentado alguna de las circunstancias previstas en el inciso primero, y lo serán también por cualquier abuso cometido en el ejercicio de las facultades que la Constitución otorga al Gobierno durante la emergencia. El Gobierno no podrá desmejorar los derechos sociales de los trabajadores mediante los decretos contemplados en este artículo.*
PARÁGRAFO. El Gobierno enviará a la Corte Constitucional al día siguiente de su expedición los decretos legislativos que dicte en uso de las facultades a que se refiere este artículo, para

el 22 de marzo de 2020 emitió el Decreto 457 mediante el cual se determinó un *aislamiento preventivo obligatorio* para todos los habitantes del territorio nacional, a partir del 25 de marzo de 2020. La medida inicialmente prevista hasta el 13 de abril de 2020 se extendió sin solución de continuidad hasta el 1º de septiembre de 2020.

Para *"proteger el empleo y la actividad productiva",* el Ministerio del Trabajo expidió la Circular 021 del 17 de marzo de 2020, en la cual se incluyeron lineamientos para la implementación del *trabajo en casa*[6], el *teletrabajo*[7], la *jornada laboral flexible*[8], las *vacaciones anuales anticipadas y colectivas*[9], y los *permisos remunerados*[10] o el *pago de salario sin prestación del servicio*[11], y mediante la Circular 033 del 17 de abril de 2020 se dispusieron como mecanismos adicionales la *licencia remunerada compensable*, la *modificación de la jornada y concertación del salario*, la *modificación y suspensión de beneficios extralegales* y la *concertación de beneficios convencionales*. En los demás casos, el Gobierno Nacional implementó medidas para proteger a la población en situación de desempleo o que hubieran visto disminuidos sus ingresos por el confinamiento[12].

Con la culminación del aislamiento estricto, en los términos antes señalados, a partir del 1º de septiembre de 2020, el gobierno nacional implementó una fase de *aislamiento selectivo y distanciamiento individual responsable*, que

---

que aquella decida sobre su constitucionalidad. Si el Gobierno no cumpliere con el deber de enviarlos, la Corte Constitucional aprehenderá de oficio y en forma inmediata su conocimiento.".

[6] Ley 1221 de 2008 artículo 6 numeral 4: *"Una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará teletrabajador por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio yo en lugar distinto de los locales de trabajo del empleador, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual"*.

[7] *Ibídem* artículo 2: *"una forma de organización laboral, que consiste en el desempeño de actividades remuneradas o prestación de servicios a terceros utilizando como soporte las tecnologías de la información y la comunicación – TIC para el contacto entre el trabajador y la empresa, sin requerirse la presencia física del trabajador en un sitio específico de trabajo"*.

[8] En concordancia con lo dispuesto en el artículo 161 del CST.

[9] En concordancia con lo dispuesto en el artículo 186 del CST.

[10] En concordancia con lo dispuesto en el artículo 57 del CST.

[11] En concordancia con lo dispuesto en el artículo 140 del CST.

[12] Ver Decretos 488, 518, 558 y 770 de 2020.

facultaba a los gobiernos municipales para restringir ciertas actividades con *aislamiento selectivo y focalizado* teniendo en cuenta los informes que se generaran en materia de afectación por el Covid-19, señalando como regla general la apertura paulatina de las actividades comerciales y laborales siempre y cuando se cumplieran los *protocolos de bioseguridad* que fueron determinados por el Ministerio de Salud y Protección Social. Así mismo, se priorizó el *teletrabajo* y el *trabajo en casa* para *"empleados o contratistas cuya presencia no fuera indispensable en la sede de trabajo"*[13]*.* Este *aislamiento selectivo* se previó inicialmente hasta el 1º de octubre de 2020, pero se prorrogó, con ciertas variaciones, hasta el 31 de marzo de 2022[14].

En el caso bajo estudio y según el material probatorio acopiado en el expediente, resulta claro que las funciones que desarrollaba la demandante como Gerente de Ventas estaban dirigidas a velar por el cumplimiento de los contratos celebrados por la demandada con las aerolíneas, principalmente AVIANCA y TACA, en virtud de los cuales se garantizaba el *servicio a bordo* (SAB) de café y el suministro de este producto en las Salas VIP de los aeropuertos. A su cargo tenía también la relación comercial con algunos hoteles y con AVIATUR. En esta medida, era la encargada de recibir *órdenes de compra, montar pedidos,* velar *por la entrega oportuna,* responder *inquietudes de los clientes,* capacitar a auxiliares de vuelo, velar por el buen manejo de los inventarios*,* hacer los cierres de las salas VIP a nivel nacional*,* realizar viajes para verificar el estado de las salas VIP de las aerolíneas, hacer inventarios, velar por el mantenimiento de los equipos, verificar la calidad de la taza de café y aseo de estas salas, llevar estadísticas de los consumos del producto, *velar por el cumplimiento del presupuesto,* verificar los vencimientos del producto a bordo, buscar solución a los pagos, entre otros (folios 68 a 73 archivo 02, trámite de primera instancia).

Según la información entregada por las testigos OLGA LUCÍA LONDOÑO MONTOYA[15] y ALEXIS SORAYA SIERRA ARIAS[16], por la representante legal

---

[13] Ver Decreto 1168 de 2020.

[14] Ver Decretos 1168, 1297, 1408 y 1550 de 2020 y 039, 206, 580 y 1614 de 2021.

[15] Audiencia del 12 de octubre de 2022, archivo 09, récord 1:08:45.
[16] Ibídem récord 1:58:15.

de la demandada[17] e incluso por la misma demandante[18], *casi toda* la actividad empresarial de la sociedad demandada estaba dirigida al cumplimiento de los contratos referidos para el abastecimiento de café en aviones y salas VIP de los aeropuertos. En consecuencia, con el cierre de los aeropuertos y la suspensión de actividades de las aerolíneas no fue posible para la empresa la prestación del servicio que estaban a su cargo y no se facturaron nuevas ventas. Las actividades durante la cuarentena se vieron limitadas a algunas gestiones de cobro de cartera consolidada, labores que no estuvieron a cargo directo de la demandante.

Adicionalmente, y según informaron las testigos, una vez se dio reapertura a los aeropuertos y se reanudaron las rutas de los vuelos, a la empresa no se le permitió el suministro de alimentos a bordo, lo que llevó a la cancelación de los contratos con las aerolíneas y que se habían suscrito para ese fin. OLGA LUCÍA LONDOÑO MONTOYA[19] Gerente General de COLOMBIAN MOUNTAIN COFFEE informó que con las restricciones generadas por la pandemia la empresa dejó de facturar entre marzo y junio pues no se estaba realizando ninguna venta, y que el 80% de sus trabajadores laboraban en el aeropuerto y no pudieron prestar más sus servicios.

En esa orientación, es claro que a partir de la declaración de la emergencia sanitaria que ocasionó la restricción del servicio de los aeropuertos y hoteles, la suspensión de los vuelos y, en general, la limitación del turismo en el país, -situaciones que como se dijo, constituían hechos notorios- no era posible para la demandante ejecutar las labores asignadas a su cargo, ni siquiera desde su casa de manera remota, razón por la cual la demandada, antes de suspenderse el contrato, le otorgó vacaciones.

Resulta claro de las pruebas aportadas que además y con causa en la pandemia, la accionada tuvo una reducción de su actividad y en sus ingresos operacionales lo que se aprecia de los estados financieros (archivo 08 del expediente digital, primera instancia) y de las declaraciones testimoniales que informaron además que la recuperación de la actividad ha ido ocurriendo lentamente y que han desaparecido muchas de de las líneas de negocio de la

[17] Audiencia del 12 de octubre de 2022, archivo 09. Récord 5:23.
[18] Al absolver el interrogatorio de parte, récord 51;34, archivo 09.
[19] Ibídem, récord 1:08:45

sociedad demandada, entre ellas el suministro de café en los salones VIP de los aeropuertos y en los aviones.

Ante este panorama, la decisión del empleador de suspender el contrato de trabajo de la demandante entre el 1 de abril y el 11 de junio de 2020, tuvo plena justificación en la vigencia de las medidas de *aislamiento obligatorio* antes reseñadas, por la imposibilidad de aplicar medidas adicionales que permitiera proteger el empleo y ante la desaparición temporal de la mayoría de las funciones que estaban a cargo de la demandante.

Lo mismo ocurrió con la segunda suspensión del contrato de trabajo (del 14 de septiembre de 2020 al 8 de febrero de 2021) sustentada también en la *crisis sanitaria*, pues si bien la demandante aceptó inicialmente asumir la gerencia de compras, cargo en el que podía realizar algunas funciones a pesar de la emergencia sanitaria, que fue la razón por la que se levantó la suspensión entre el 12 de junio y el 13 de septiembre de 2020, fue ella misma quien finalmente rehusó firmar las modificaciones al contrato con la reducción de su jornada laboral. Frente al asunto, OLGA LUCÍA LONDOÑO, jefe directa de la demandante, indicó que como lo relativo a aviones, hoteles y salas VIP *no iba a arrancar,* se le ofreció una vacante en la gerencia de compras, y que fueron esas las actividades que desarrolló la demandante entre junio y septiembre; sin embargo como esa modificación implicaba aceptar una reducción en la jornada de trabajo y de contera del salario que devengaba la actora, la demandante no suscribió el nuevo acuerdo laboral.

Así las cosas y dado que resultaba imposible mantener el nivel de actividad y las funciones que con anterioridad desarrollaba la empresa demandada frente a las *Salas VIP* y *Servicio Abordo* (en las que se concentraba la mayor carga de responsabilidades de la demandante en el cargo que originalmente desempeñaba -Gerente de Ventas-) cobró vigencia nuevamente la fuerza mayor referida como causa de suspensión del contrato de trabajo. Por lo anterior resulta válida también la segunda suspensión del contrato de trabajo por suspensión de actividades de la demandada que, aunque parcial, afectó las actividades o funciones que la demandante ejecutaba en el cargo para el que fue contratada, dada su negativa a acoger otras alternativas que le propuso la empresa siguiendo los lineamientos dispuestos por el Gobierno

Nacional como medidas para enfrentar la pandemia: entre otras, la reducción de la jornada laboral.

ii) REDUCCIÓN UNILATERAL DE CONDICIONES LABORALES: Pasa la sala ahora a estudiar la validez de la reducción unilateral de la jornada de trabajo que la demandada efectuó.

Para resolver lo que corresponde se debe advertir que, si bien el ejercicio del poder subordinante faculta al empleador para impartir órdenes de trabajo y definir las condiciones en que el servicio se prestará por el trabajador (*ius variadi)*, dicha facultad tiene claros límites definidos en el literal b) del artículo 23 del CST, norma cuyo contenido ha sido ampliamente precisado por la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia para señalar que en ejercicio de tal facultad no se pueden afectar las condiciones favorables pactadas para la relación de trabajo entre ellas la jornada de trabajo y el salario, por ser las variables fundamentales que motivaron la decisión del trabajador a aceptar la vinculación.

En esa medida, para que sea válida la reducción de la jornada de trabajo y consecuentemente del salario, se requiere la autorización del trabajador.

Con fundamento en lo anterior el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó el pago de los salario en los meses en que se redujo la jornada de trabajo a la mitad, pues ello ocurrió sin la anuencia de la trabajadora.

Sobre el asunto, se tiene que fue la misma demandada quien al contestar la demanda confesó que la demandante no aceptó las nuevas condiciones de jornada laboral y salario ofrecidas por la empresa (ver respuesta al hecho 11), situación que encuentra respaldo además en las comunicaciones 56 a 60, 61 y 62 del archivo 02 (primera instancia) en las que insistentemente la demandante manifestó su desacuerdo con el otrosí que se le pidió firmar para formalizar la modificación de su contrato de trabajo en este aspecto.

Si bien es cierto que no se trató de una desmejora salarial sino una reducción de la jornada laboral a la mitad, lo cierto es que como con esa decisión se

afectaron de manera radical las condiciones esenciales de la relación del trabajo, lo que no era posible hacer unilateralmente en ejercicio del *ius variandi.*

En esa medida, como entre el 11 de junio de 2020 y el 14 de septiembre de 2020 a la demandante se le canceló solo la mitad del salario que correspondía a la jornada completa, la demandada deberá pagar la diferencia salarial ($17.687.710) como indemnización por la reducción de la jornada, aunque no se hubiera prestado el servicio en jornada completa, como lo afirmaron los testigos.

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

Dispone además la norma que la parte que termina el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de terminación, los *hechos* o *conductas* concretos que son motivo de su decisión, sin que se puedan alegar con posterioridad causas distintas. Esta última exigencia resulta indispensable para garantizar los derechos de contradicción y de defensa del trabajador a quien se acusa de incumplir el contrato, pues solo frente a conductas concretas que se hayan expuesto en la carta de despido podrá ejercer tales derechos en el proceso judicial. La calificación de las conductas aducidas para definir si se enmarcan o no en una de las causas señaladas en la Ley, le corresponde al juez.

Con este referente normativo y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto dispuso a cargo de la demandada el pago de la indemnización por despido injusto, pues las razones que invocó la empresa para poner fin a la relación laboral (la situación económica de la compañía y la negativa de la demandante a aceptar nuevas condiciones contractuales), no están previstas como una causal objetiva ni como una justa causa para dar por terminado el contrato de acuerdo a las previsiones de los artículos 61 y 62 del C.S.T.

Tales razones se consignaron en la carta de despido aportada al expediente, en la que el empleador endilgó a la demandante como justa causa para terminar el contrato de trabajo la situación que se originó a raíz de la pandemia por COVID-19, que no le han permitido a la compañía "*superar el 30% de los ingresos promedio que percibía",* lo que se sumaba a la "*inactividad de los canales de venta"* para los que la trabajadora desempañaba sus funciones (hoteles, aerolíneas, salas VIP). Además, se refirió a la negativa de la trabajadora a aceptar las *"opciones dadas por la Gerencia para su reactivación",* el rechazo al cargo en el área de compras que había desempeñado por tres meses, frente al cual luego manifestó que "*no aceptaba las condiciones ofrecidas, las cuales le garantizaban un ingreso mensual de $5.705.200 más seguridad social por media jornada de trabajo, lo que superaba las condiciones y remuneración del resto de personal, inclusive la de la Gerencia General"* (folio 152 del archivo 02 y 16 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Si bien la demandada asegura que el despido tuvo justificación en la imposibilidad de reintegrar a la actora en otro cargo, tal situación no se puso de presente al momento de poner fin al vínculo laboral y de todas formas tampoco enmarca dentro de las justas causas que la Ley contempla.

(iii) INDEMNIZACIÓN MORATORIA. Pasa ahora el Tribunal a definir sobre la condena impuesta por sanción moratoria, advirtiendo que el artículo 65 del CST impone el pago de un día de salario por cada día de retardo en el pago completo de los salarios y las prestaciones que se hubieran causado y estuvieren pendientes de pago al trabajador, cuando finaliza el vínculo laboral.

No obstante, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que esta condena no opera de forma automática e inexorable pues la demora u omisión del empleador puede estar revestida de buena fe, y esta se deriva del entendimiento plausible o con razones válidas, aunque sean equivocadas, de no estar obligado al pago de los derechos que se reclaman, o de situaciones sobrevinientes que hicieran imposible el pago de las obligaciones. Tales situaciones se deben aducir y demostrar en el proceso por el demandado para

que el juez las pueda considerar y absolver de las condenas reclamadas por sanción moratoria.

Con este referente normativo y revisado el expediente el Tribunal revocará también en este aspecto la sentencia de primera instancia, pues según las consideraciones antedichas la demandada no adeuda salarios a la demandante por los periodos de suspensión del contrato de trabajo, y frente a la condena impuesta por reducción unilateral de la jornada en el periodo comprendido entre el 11 de junio y el 14 de septiembre de 2019, el pago se ordena a título de indemnización pues las pruebas allegadas dan cuenta de que se redujo la jornada laboral de la demandante.

El salario debe estar en adecuada correlación con el tiempo efectivamente laborado y si bien no podía la demandada de forma unilateral reducir la jornada laboral -como hizo-, ello ocurrió. Sobre el asunto, no solo resultan pertinentes las apreciaciones efectuadas frente a la suspensión del contrato de trabajo en las que se determinó que las actividades de la sociedad demandada sufrieron una reducción considerable, situación que conllevó también a la imposibilidad de mantener el nivel de responsabilidades a cargo de la trabajadora y por ende del tiempo empleado para su ejecución, sino también lo dicho por la testigo OLGA LUCÍA LONDOÑO MONTOYA quien fungió como jefe de la demandante y explicó que la actividad era mínima, que iba de vez en cuando y que en realidad no cumplía como tal un horario, el que en todo caso no superaba la mitad de la jornada legal[20].

De todas formas y frente a cualquier interpretación, lo cierto es -para efectos de la condena al pago de *sanción por mora*- que la demandada tenía razones válidas para entender de buena fe que por haber laborado la mitad de la jornada mientras desarrolló la actividad como Gerente de Compras, no se había causado el pago del salario completo y que por ello no estaba obligada al pago, con buena fe.

SIN COSTAS en la apelación.

---

[20] Por la modificación unilateral a las condiciones de trabajo (reducción de la jornada) se ordenó el pago del salario completo, a título de indemnización, pese a que se demostró que la jornada de trabajo en realidad se redujo.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral PRIMERO y los literales A, C y D del numeral SEGUNDO de la sentencia apelada, para ABSOLVER a la demandada de estas condenas.
2. **CONDENAR** a la demandada a pagar a la demandante $17.687.710, como diferencias por la modificación unilateral de las condiciones del contrato.
3. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

EXP. 05 2022 00063 01
José Oscar Murcia Carvajal vs Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE JOSÉ OSCAR MURCIA CARVAJAL CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por el demandante y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 14 de julio de 2023 por el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JOSÉ OSCAR MURCIA CARVAJAL presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *anulación del traslado* al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, efectuado a través de la AFP COLFONDOS, por cuanto la AFP no le suministró información cierta clara, oportuna, suficiente y trasparente para el efecto. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes que se

encuentren en la cuenta de ahorro individual, y a COLPENSIONES a recibir dichos dineros, se corrija la historia laboral del demandante y le sea reconocida la pensión de vejez junto con el retroactivo y los intereses moratorios (ver demanda folios 79 a 91 del archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones afirmando que la afiliación del demandante a esa administradora fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, lo que se prueba con el formulario de vinculación en el que consta la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y el parágrafo del artículo 54 A del C.P.T. Refiere que siempre garantizó el derecho de retracto pues publicó en el diario el Tiempo un comunicado de prensa en el que informó sobre la posibilidad de los afiliados de trasladarse entre regímenes conforme las modificaciones que introdujo la Ley 797 de 2003. Advierte que el demandante pretende desconocer la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 que le impide trasladarse de régimen. Dijo que los periodos que pretende el demandante se incluyan en su historia laboral, ya se encuentran válidamente incluidos en la historia laboral válida para bono pensional. Formuló como excepciones de fondo las de *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica* (ver contestación folios 2 a 34 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS S.A. se opuso también a las pretensiones de la demanda, por cuanto -dice- brindó una asesoría de manera integral y completa sobre todas las implicaciones que tenía la decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras, incluyendo características, funcionamiento, diferencias, ventajas, desventajas y la rentabilidad de los aportes en el RAIS. Sostiene que la demandante suscribió el formulario de vinculación de manera libre con consentimiento expreso como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. En todo caso, advierte que la demandante no es beneficiaría del régimen de

transición y no cumple con el requisito de 15 años de cotización antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Formuló como excepciones de mérito las de *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la genérica* (ver contestación folio 7 a 27 archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que las pruebas allegadas al plenario demuestran que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS por haber suscrito el formulario de afiliación de manera voluntaria, consiente y sin presiones con Colfondos. Advierte que además se encuentra inmerso en la prohibición establecida en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 por tener en 65 años para el momento en que solicitó el traslado. En su defensa propuso las excepciones que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia del traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 y la genérica.* (ver contestación folios 2 a 34 del archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de julio de 2023, mediante la cual el Juez Quinto (05) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema

de Justicia, y concluyó que PROTECCIÓN no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Sin embargo, se apartó en lo relacionado con los gastos de administración y las primas de seguros previsionales. Dijo que el demandante debe retornar a COLPENSIONES y regularizar su historia laboral, y una vez allí, esa administradora tendrá legitimación para resolver sobre el eventual derecho pensional, por lo que se estaría ante una petición antes de tiempo.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen de prima media de ahorro individual realizado por el señor José Óscar Murcia Carvajal a través de COLFONDOS S.A. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes del demandante, procediendo a actualizar su historia laboral. TERCERO: ABSOLVER a Colpensiones de las demás pretensiones de la demanda, declarando aprobada la excepción de petición antes de tiempo respecto de pensión de vejez. CUARTO: COSTAS únicamente a cargo de COLFONDOS Y PORVENIR S.A. inclúyase como agencias en derecho, la suma de 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de COLFONDOS y 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de PORVENIR S.A. y a favor del demandante. QUINTO: En caso que este fallo no fuera pelado, consulte en favor de COLPENSIONES la presente decisión."* (Audiencia virtual, récord 58:42, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso del DEMANDANTE, pide que se ordene el reconocimiento de la pensión de vejez, el retroactivo pensional y los intereses moratorios. Aduce que el demandante tiene causado su derecho pensional al contar con 1304 semanas de cotización y tener más de 65 años de edad, indica que la última cotización se hizo en el año 2019. Solicita que se condene también en costas

de primera instancia a COLPENSIONES[1] (Audiencia virtual, récord 59:58, archivo No. 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la sentencia. Afirma que para la época del traslado solo se requería del formulario de afiliación que el demandante suscribió, además no es beneficiario del régimen de transición y se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado. Solicita que no se

---

[1] *"señoría, le agradezco haber tenido en cuenta este proceso, pero tengo que apartarme de su decisión por lo tanto, le solicito interponer el recurso de apelación basado en el siguiente contexto jurídico y en las siguientes consideraciones, en lo atinente a la pensión de vejez el retroactivo pensional, los intereses moratorios démonos cuenta que dentro de este contexto jurídico que voy a relatar que es bien corto, está amparado en los artículos 13, literal b, artículo 313690 y 91, literal d artículo 141 y 272 de la ley 793 cuarto, quinto, catorce y quince del decreto 656 de 9497, numeral uno del decreto 663 de 93, artículo 63, artículo 1512 y 1508 y 1604, el código civil, artículo 60, 61 y 145 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, y el tercero del decreto 1161 de 1994, lo que con lo que concluyó a una infracción directa a los artículos 12 y 13 del decreto 758 de 1990, artículo 36 de la ley 100 de 93 48, 53, 83 de la constitución política y voy al punto. la causación y disfrute de la prestación dependen del artículo 13 del acuerdo 049 del 90, señoría, y para eso se solicitó el expediente administrativo como prueba porque obra por parte de porvenir exactamente 1304 semanas cotizadas esto quiere decir que mi cliente a los 65 años ya cumplía con el primer requisito, sobrepasaba los 62 años y con respecto a las semanas sobrepasa las 1300 semanas que manifiesta el régimen de prima media con prestación definida a través de Colpensiones síntesis, se acude después de un lapso prudente de tiempo a usted, que es el máximo ente para poder definir si mi cliente le correspondía sí o no, el derecho a la pensión de vejez hoy era la importancia de que usted se manifestara con respecto al hecho de la de la pensión de vejez, pues ese tiene una afectación a futuro qué quiere decir que se manifestó por parte suya que no se había efectuado una solicitud de pensión de vejez uno y dos que en este momento los aportes corresponden al fondo privado y que hasta que no se trasladen no se puede dar pensión para mi concepto es equivocado el concepto, porque hoy usted puede verificar dentro de la historia laboral que se tienen más de las 1300 semanas cotizadas es por eso que hoy solo verificando ese detalle, usted podría reconocer la pensión de vejez y seguramente esto nos hubiese dado un lapso para manifestar que la pensión de vejez también se había solicitado en las revocatoria directa que hice yo formalmente ante COLPENSIONES fíjese que aquí COLPENSIONES también es responsable con respecto a las costas y agencias en derecho, pues desde su inicio, desde el momento de la vinculación y de su desafiliación, debió haber aceptado que esa información hacia mi cliente a futuro no lo hubiese afectado es por eso que COLPENSIONES también es responsable entonces, al ser responsable, al haber existido un daño hay un nexo causal entre el daño y la culpa y esto ya ha sido establecido por medio de clara Cecilia dueñas Quevedo, magistrada que expuso en su sentencia SL373 de 2021 como la afectación del derecho por medio de la evidencia que debe notar el juez sabiendo que su historia laboral se encuentra dentro del expediente administrativo, le envié 3 historias laborales en las cuales se muestra la eficiencia del fondo privado en su falta de información en unas 620 semanas, en otras 930 semanas y por última, la que el envío dentro de la demanda se ostentan 1304 semanas, donde también ostenta ese artículo 13, que es el retiro dentro del formato autoliquidación de aportes que está como última fecha de cotización del año 2019 si se notan esos 3 aspectos, podría usted tomar decisión con respecto a la pensión de vejez por qué razón porque es a partir de aquí donde se contará que dentro de la demanda y en la solicitud de pensión de vejez que se hizo inicialmente a COLPENSIONES ya está inmersa los cuatro meses que tenía COLPENSIONES, al haber aceptado su error y haber reconocido el retroactivo pensional y con él los intereses moratorios. síntesis, se solicitan al honorable tribunal, solicitar la historia laboral reciente de hoy que ostenta porvenir para que se verifique la última fecha de cotización y el número de semanas cotizadas y él se pronuncie con respecto a la pensión de vejez, el retroactivo pensional y los intereses moratorios agradeciéndole, señor juez este fallo que usted hoy prefiere y así es dejo sentados los alegatos en los cuales le solicito al honorable tribunal tenga en cuenta para efecto de su pensión de vejez, retroactivo pensional, intereses moratorios y costas a cargo de COLPENSIONES. Gracias señor juez."*

condene en costas por tratarse de un tercero de buena fe[2] (Audiencia virtual, récord 1:06:25, archivo No. 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

---

[2] *"Muchas gracias por el uso de la palabra estando dentro del término otorgado para ello me permito interponer y sustentar recurso de apelación en los siguientes términos, lo primero es manifestarme respecto al pronunciamiento que se hizo a la carga de la prueba y es que si bien este extremo procesal la suscrita, si bien comprende y comparte y además respeta lo manifestado por su señoría respecto de que la carga es trasladada a las entidades demandadas eso no significa que sea posible exigirse la exhibición de pruebas inexistente para la época de los hechos, dada que la normatividad para el año de 1997 se encontraba regulada por el decreto de 1994. perdón para el año de 1999, cuando se presentó el primer traslado de régimen, se encontraba regulado por el decreto de 1994, el cual como es su señoría lo manifestó, pues imponía el deber a los fondos de pensiones de brindar información clara, precisa detallada y verás ese deber precisamente consistía en eso, en suministrar la información, más no en dejar constancia del suministro de esta información, dado que la misma se brindaba de manera verbal y además, la constancia o la única constancia que para ese momento se exigía o se entendía exigible era la firma del formulario por lo ya que si el afiliado o el futuro afiliado firmaba este formulario, pues entendía que ciertamente la información había sido entregada y además entendida por el mismo, por lo que he exigírsele un documento adicional a este formulario de afiliación, pues más que violar el debido proceso de resultados en una carga desproporcionada para la demanda, atendiendo lo que se lo que se requería para para dicha época y además de eso, señoría, pues se reitera que el aquí demandante no es beneficiario del régimen de transición, atendiendo que no cumple ninguno de los 2 requisitos necesarios para ellos, en principio, porque realizó la presentación o presentó la solicitud de traslado dentro del término que se establece como una prohibición legal para realizarlo, entendiendo que presentó la solicitud el 17 de noviembre del año 2021 y ya teniendo la fecha de su nacimiento, pues para dicha data ya contaba con la edad de 65 años, por lo cual se encuentra inmerso entre la provisión legal para para solicitar siquiera el cambio de régimen. y segundo, porque tampoco cumple con lo establecido en el artículo 36 de la ley 100 de 1994, esto es, que para que para el 01/04/1924 debería de contar con 15 años o más de servicios cotizados y ya teniendo que revisar la historia laboral de la aquí demandante para dicha fecha. primero de abril de 1994 no contabas con los 15 años requeridos, sino que solamente contaba con 49,14 semanas, por lo tanto, se reitera, no es beneficiario del régimen de transición, además porque tampoco cumple con el requisito de la edad, pues como se constata con su documento de identidad nació el 17/10/1956 por los que para esa fecha, para el 94 contaba con la edad de 37 años no siendo más respetuosamente le solicito al fallador de segunda instancia revocar la sentencia de primaria y, en consecuencia, negar las pretensiones de la demanda, todas las pretensiones de la demanda, absolviendo a COLPENSIONES, así como no imponer costas a cargo de COLPENSIONES, dado que pues esta entidad siempre ha actuado con buena fe y la misma solamente ha sido un tercero invitado al pleito, ya que pues en nada tuvo que ver COLPENSIONES, con el traslado de régimen que realizó el demandante entre las entidades privadas. Muchas gracias su señoría. "*

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante

tenía 42[3] años de edad y había cotizado 232,14[4] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 2 meses y 5 días)[5], y para la fecha de presentación de la demanda ya había alcanzado la edad mínima de pensión (tenía 65 años de edad- ver folio 29 del archivo 02 y archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [6], [7]. Según dicho precedente, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado

---

[3] Nació el 17 de octubre de 1956.

[4] Ver historia laboral de la oficina de bonos pensionales, folio 86 a 88 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia.

[5] *Ibidem.*

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

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

cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

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

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró, en las instalaciones de la empresa la BRITISH PETROLEUM COMPANY para la cual laboraba a finales de 1999 principios del año 2000, en una reunión con un asesor de COLPATRIA o COLFONDOS, le dijeron que el seguro social se acababa, y no recuerda que le hubieran dado información sobre el funcionamiento de los regímenes pensionales, ventajas y desventajas de cada uno de ellos (Audiencia virtual del 12 de julio de 2023, archivo 23 del expediente digital, récord 8:45).

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

devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de la AFP PORVENIR la devolución de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, pero se adicionara para ordenar a las AFP PORVENIR y AFP COLFONDOS que procedan a la devolución de los gastos de administración, comisiones y montos de los seguros previsionales descontados durante la afiliación en cada una de ellas (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* -dice la Corte- (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Igualmente se confirmará la decisión apelada en cuanto negó el reconocimiento de la pensión, pues no se ha consolidado aún la historia laboral del demandante, y COLPENSIONES sólo tendrá a cargo la obligación pensional cuando se haya hecho efectiva la anulación del traslado con la devolución de los aportes que la financiarán.

No se puede endilgar a esta entidad responsabilidad alguna en las omisiones que pudieron cometer terceras personas (los fondos de pensiones). Solamente cuando se reciban los aportes, podrá COLPENSIONES definir si el derecho se causa en favor del demandante, cual es el monto de la mesada que corresponde, y la fecha de pago de la primera mesada, previa desafiliación del Sistema y conforme a la actualización y consolidación de la historial de cotizaciones.

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

Finalmente, se dictará la condena en costas de primera instancia contra COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

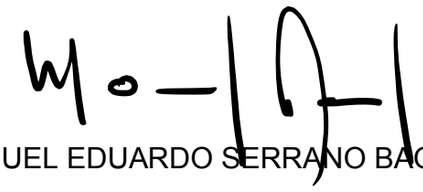
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

1. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para: (i) **CONDENAR** a las AFP PROTECCIÓN y AFP COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, los valores correspondientes a los gastos de administración, comisiones y montos de los seguros previsionales causados en vigencia de la vinculación de la actora con cada fondo; para (ii) **CONDENAR** también EN costas de primera instancia a COLPENSIONES; y para (iii) **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en segunda instancia a cargo del demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de costas la suma de UN SALARIO MÍNIMO LEGAL VIGENTE como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE LUZ NIDIA OSSA LÓPEZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 23 de mayo de 2023 por la Juez Novena (9) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUZ NIDIA OSSA LÓPEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad* o *ineficacia* de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado a través de su afiliación a PROTECCIÓN el 24 de junio de 2003, así como del subsiguiente traslado horizontal a COLFONDOS efectuado el 26 de abril de 2006, ante la omisión de una información completa, integral y

veraz sobre las consecuencias de dicho acto y la forma en que impactaría su mesada pensional. En consecuencia, pide que se declare que siempre ha estado afiliada en el Régimen de Prima Media y que se ordene a los fondos privados a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados en el RAIS junto con el reconocimiento del pago de intereses o rendimientos generados (ver demanda folios 69 a 91 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Indica que el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual se dio de manera libre y voluntaria, en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional, y que su decisión obedeció a la información brindada por los asesores de la AFP que efectuaron el traslado. Además, refiere que no se aporta ninguna prueba que demuestre algún vicio del consentimiento para invalidar la afiliación. Sostiene que de presentarse en este caso un error de derecho, este no vicia el consentimiento. Advierte que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de la Ley 797 de 2003, por lo que le es imposible a esa entidad tenerla como afiliada del RPM ya que ello contraviene el principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema. Asegura que, de encontrarse probado algún tipo de omisión en la información y se determine que la consecuencia es la nulidad del traslado, se deberá garantizar la devolución de la totalidad de los aportes al RPM para el financiamiento de las pensiones. Presentó como excepciones de mérito las que denominó *la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, imposibilidad para declarar*

la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen y la innominada o genérica (ver contestación folios 1 a 20 archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., por su parte, también se opuso a las pretensiones de la demanda, en especial a que se declare la nulidad o ineficacia del traslado de la demandante a ese fondo, por cuanto se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata en el formulario de afiliación por ella suscrito en forma libre y espontánea con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes y generó derechos y obligaciones por cumplir con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Advierte que la forma como hoy se liquida la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación al estar establecida la formula en la Ley 100 de 1993. Propuso en su defensa, las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones*, *reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica* (ver contestación folios 33 a 61 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, se resistió igualmente al éxito de las pretensiones de la demanda. Afirma que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas implicaciones de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, además de las características, funcionamiento, rentabilidad, diferencias, ventajas y desventajas entre el RAIS y el RPM. Asegura que la demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y con consentimiento expreso como lo exige el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y que no se allegaron elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación se efectuó con algún vicio del consentimiento. Señala que no se puede dejar sin efecto

un acto válido que nació a la vida jurídica hace más de 20 años, frente al cual no se presentó alguna inconformidad dentro del plazo legal. En su defensa propuso como excepciones de mérito: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, innominada o genérica*, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.*, y compensación y pago (ver contestación folios 1 a 19, archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de mayo de 2023 mediante la cual la Juez Novena (9ª) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PROTECCIÓN (antes SANTANDER) no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la demandante LUZ NIDIA OSSA LÓPEZ entre el régimen de prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, hoy ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES al régimen de ahorro individual administrado por SANTANDER hoy PROTECCION S.A, el 24 de junio del 2003. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales, si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo en sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplir esta orden sin*

que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo que se expuso en la parte motiva de esta decisión. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores correspondientes a cuotas de administración y comisiones que se dedujeron de la cuenta ahorro individual de la demandante durante la vigencia de su afiliación hacia el fondo de pensiones, por lo considerado. CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS y PROTECCIÓN todos los valores que le fueren trasladados y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historial laboral de la demandante, las correspondientes semanas. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas. SEXTO: COSTAS estarán a cargo de PROTECCIÓN tásense por secretaría y fíjese como agencias en derecho la suma correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente, de conformidad con lo indicado en la parte motiva. SÉPTIMO: De no ser apelada la presente decisión, remítase ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de acuerdo con lo establecido en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. Contra esta decisión procede el recurso de apelación" (Audiencia virtual, récord 1:21:31, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS S.A., pide que se revoque la orden de retornar los gastos de administración al RPM, aduce que estos se causan y descuentan por disposición legal. Además, afirma que no hay lugar a la devolución de los seguros previsionales al haber estado la actora amparada por los riesgos de invalidez y muerte hasta la ejecutoria de este fallo, y que se generó una rentabilidad mayor a la que la demandante hubiera obtenido en Colpensiones por lo que tampoco es procedente la indexación. Aduce que con el retorno de los gastos de administración se causaría un enriquecimiento injustificado en tanto estos conceptos no financian la pensión

de vejez, y en todo caso, sobre ellos operó la prescripción[1] (Audiencia virtual, récord 1:23:52, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[1] "*Su señoría, muy respetuosamente y en los términos del artículo 65, el código procesal del trabajo y la seguridad social, me permito presentar recurso de apelación con el fin de que el honorable tribunal revoque la decisión que acaba de proferir conforme a los siguientes argumentos sea lo primero, manifestar en lo relacionado con la condena principal se solicita que no se ordene a mi representada retornar al régimen de prima media con prestación definida los gastos de administración porque se causan y se descuentan por disposición legal, así como lo manifesté anteriormente, más no por capricho de las administradoras del RAIS y por ende son exigibles, vigentes y exigibles. ahora, haciendo una lectura del decreto 2555 del 2010, contrario a como siempre se han conseguido los mismos, estos tienen una destinación específica tiene exactamente 11 gastos, de los cual es el primero es para garantizar la defensa judicial del fondo, otros para la compra de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia en virtud de los cuales la actora ha estado amparada por los riesgos de invalidez y muerte, y lo estará incluso hasta la ejecutoria de este fallo, es decir, que la contratación y pago de las pólizas provisionales cumplieron y siguen cumpliendo su específica destinación los otros 9 gastos son destinados únicamente para realizar las inversiones que hacen los fondos privados que generan los rendimientos que son depositados diariamente en las cuentas de ahorro individual de nuestros afiliados adicionalmente a esto, en el mismo decreto señala que el manejo de los recursos es vigilado por la superintendencia financiera, incluso los fondos de pensiones de las utilidades que reciben como sociedad deben crear reservas que garanticen la rentabilidad mínima mediante el mecanismo creado por esa norma y que periódicamente señala el órgano de control y si los fondos de pensiones no garantizan esta rentabilidad mínima, deben incluso sus socios responder con su propio patrimonio, por lo que entonces la norma y el órgano de vigilancia y control prevé mecanismos suficientes para que los fondos hagan un buen uso de estos gastos de administración para el caso de Colfondos es la AFP que mejor hace uso de sus gastos de administración, ya que es la que mayor rentabilidad general otorga en el mercado, dado que la rentabilidad mínima exigida es de un 4.50% y Colfondos pensiones y cesantías, siempre ha generado sobre un 8% es decir, casi el doble de la rentabilidad mínima exigida a su vez, su señoría y honorable tribunal si se analiza la rentabilidad que genera mi mandante, estás muy superior a la rentabilidad que genera Colpensiones en las inversiones de los test, por lo que si se hace un estudio de equivalencia financiera de los dineros de la cuenta de ahorro individual con rendimientos generados que finalmente se trasladarían con destino a Colpensiones, ello arrojaría que los rendimientos producto de la administración de los recursos pensionales que ha realizado Colfondos son diametralmente superiores a los rendimientos que hubiese podido generar en el régimen de prima media de haber permanecido en el la aquí demandante es por lo anterior, que ordenara Colfondos devolver los gastos de administración, generaría un enriquecimiento injustificado de parte del fondo que va a recibir los aportes de la demandante, máxime cuando ni los gastos de administración ni el porcentaje destinado a la contratación y pago de las pólizas previsionales son factor de la financiación de la pensión de vejez en el régimen de prima media además, se trata de conceptos de tracto sucesivo que se han causado con la periodicidad que impone la ley por tanto, aquellos que no se reclamaron dentro de los 3 años siguientes a su causación se encuentran prescritos por otra parte, estos recursos no están en poder de Colfondos y en la etapa de fijación del litigio jamás se estableció la devolución de dineros que estuvieran en poder de terceros que ni siquiera fueron vinculados al proceso, violándose su derecho de defensa y de contradicción al paso que dichas garantías también serían desconocidas para Colfondos, ahora no será posible que se ordene la indexación de los conceptos que llegarán a ordenarse devolver en el régimen de prima media con prestación definida porque los rendimientos generados por mi representada, en todo caso, son superiores a los que hubiera podido generar instituto de seguros sociales o Colpensiones si la parte actora nunca se hubiera trasladado de régimen quedó más que compensado este concepto. además, dicho rubro no fue objeto de petición en la demanda ni incluido en la fijación del litigio, por tanto, una condena en este sentido es conocería el principio de consonancia y congruencia de la sentencia con las pretensiones de la demanda y comportaría una violación al derecho de defensa y del debido proceso en este sentido, dejó presentado mi recurso de alzada. Muchas gracias su señoría, por el uso de la palabra."*

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la sentencia. Afirma que no existen elementos que den cuenta de la existencia de vicios del consentimiento o de dolo, pues no existía en cabeza de la demandante una expectativa legítima a la hora del traslado ya que tenía menos de 750 semanas, le faltaban más de 20 años para pensionarse y no era beneficiaria del régimen de transición, razón por la cual no resulta tampoco procedente su traslado en cualquier tiempo. Refiere que la inconformidad con el valor de la mesada pensional no constituye por si sola un motivo de engaño o falta de información, y lo que existió fue desinterés o descuido de la demandante quien siguió cotizando de manera libre y voluntaria en el RAIS[2] (Audiencia virtual, récord 1:28:52, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

---

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

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

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 45[3] años de edad y había cotizado 230,57[4] semanas, para

---

[3] Nació el 10 de octubre de 1957, folio 4, archivo 01.

la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 4 años, 5 meses y 1 días)[5], y para la fecha de presentación de la demanda ya contaba con la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 63 años de edad- ver folios 4 y 92 del archivo 01 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [6], [7]. Para la Corte, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

---

[4] Ver historia laboral expedida por Colpensiones, archivo 01, expediente administrativo.

[5] Ibídem

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

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

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, el asesor le indico que el ISS se iba a acabar y que en este fondo privado iba a tener una mejor pensión en un tiempo más corto, pero que no se le informaron cuáles eran los requisitos para poder pensionar en el RAIS (Audiencia virtual del 28 de agosto de 2023, récord 22:12).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales, así como de los gastos de administración, comisiones, porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los seguros previsionales debidamente indexados a cargo de aquella y de PROTECCIÓN S.A. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8]), los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

---

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

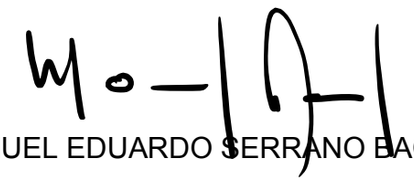
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

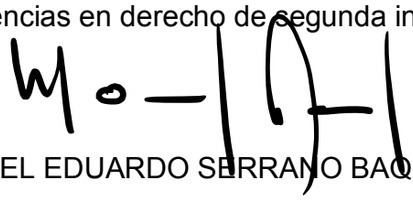


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE FABIO FRANCISCO BERNAL GRANADOS CONTRA COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS Y COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 28 de agosto de 2023 por la Juez Decima (10°) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, FABIO FRANCISCO BERNAL GRANADOS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la *ineficacia o nulidad* de su traslado del régimen de prima media con prestación definida -RPM- al régimen de ahorro individual con solidaridad -RAIS- efectuado el 1 de julio de 1994, por cuanto COLFONDOS no cumplió con la obligación de informar suficientemente sobre las implicaciones de dicho acto jurídico y los efectos que acarrearía. En consecuencia, pide que se declare que tiene derecho a la recuperación del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, y se ordene a

COLFONDOS que devuelva a COLPENSIONES, *por concepto de bono pensional, la suma que resulte del respectivo cálculo actuarial desde la fecha en que tal bono fue recibido hasta su entrega definitiva*, debidamente indexado, junto con los intereses moratorios (ver demanda folios 68 a 76, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, COLPENSIONES comparecieron a través de apoderad para la litis. Se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones. Afirma que el demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria bajo la asesoría de la AFP COLFONDOS por lo que es completamente valido. Señala que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado contemplada en el artículo segundo de la Ley 797 de 2003 al estar dentro de los 10 años previos a adquirir la edad de pensión de vejez, por lo que la administradora está imposibilitada para asumir el traslado. En su defensa propuso las excepciones que denominó *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.* (Ver contestación folios 3 a 9 del archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COLFONDOS S.A., notificada del auto admisorio de la demanda, no presentó escrito de contestación, por lo que se le tuvo por no contestada la demanda por auto de fecha 27 de octubre de 2022 (ver archivo 17 ibidem).

Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de agosto de 2023, mediante la cual la Juez Decima (10°) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios

de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la vinculación del demandante señor FABIO FRANCISCO BERNAL GRANADOS a la sociedad COLFONDOS S.A. pensiones y cesantías, mediante la suscripción de afiliación al fondo privado del día 14 de junio de 1994 y consecuencia, se declara ineficaz el traslado al régimen de Prima media del régimen de ahorro individual por haberse transgredido el deber de información al no dar la información completa, cierta, veraz, oportuna sobre características, ventajas y desventajas de los regímenes pensionales y cuáles serían las consecuencias del traslado de régimen al derecho pensional del actor y por ende se ordena su regreso automático sin solución de continuidad a la afiliación primigenia en el régimen de prima media administrado hoy por COLPENSIONES, como si nunca se hubiera trasladado de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir y restablecer la afiliación del demandante señor FABIO FRANCISCO BERNAL GRANADOS, al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la providencia. TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS a hacer la devolución con destino al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES de todas las sumas y valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación del señor FABIO FRANCISCO BERNAL GRANADOS, correspondientes a cotizaciones, frutos, intereses, bonos pensionales, si lo hubiere, de conformidad a lo establecido por el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, y Así mismo debe realizarse la devolución al régimen de prima media de los gastos de administración, primas de seguros previsionales invalidez y sobrevivencia, y porcentajes de garantía de pensión mínima descontados al demandante durante su vinculación al RAIS con cargo a sus utilidades y debidamente indexados, y para ello deberá COLFONDOS entregar a COLPENSIONES los documentos necesarios que establezcan que efectivamente se hace la devolución por el aquí demandante, FABIO FRANCISCO BERNAL GRANADOS y la documental que acredite*

ciclos o periodos cotizados, IBC cotizado, cotizaciones, rendimientos frutos, intereses y bonos pensionales si los hubiere, también deberá llegarse a COLPENSIONES, la documental que permita establecer cuál fue el valor de los gastos de administración, descontados sumas de seguros previsionales de invalidez, sobrevivencia y porcentaje de garantía de pensión mínima que deben ser devueltos debidamente indicados para que Colpensiones pueda hacer la revisión correspondiente conforme a lo explicado en la parte considerativa de la providencia, también se le otorga el término de 15 días siguientes a la ejecutoria de esta providencia para que COLFONDOS haga esta devolución de conformidad en lo expuesto en la parte motiva. CUARTO: SE CONDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que de manera inmediata la ejecutoria de la sentencia se impute las semanas cotizadas en el RAIS en la historia laboral de El señor FABIO FRANCISCO BERNAL GRANADOS para efectos pensionales y que una vez ingresen los dineros provenientes de col fondos, pensiones y cesantías, se haga la revisión en los términos indicados en esta sentencia de conformidad con la parte motiva de la providencia. QUINTO: DECLARAR NO probadas las excepciones planteadas por COLPENSIONES conforme lo expuesto en la parte considerativa SEXTO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS y a COLPENSIONES a favor de la parte actora, que es tasa por la Secretaría del despacho, incluyendo como agencias en derecho a cargo de COLFONDOS, la suma de $1.150.000 y a cargo de COLPENSIONES, la suma de $350.000 pesos como agencias en derecho. SÉPTIMO: de no ser apelada, la presente providencia debe surtirse el grado jurisdiccional de consulta por las condenas impuestas a COLPENSIONES." (Audiencia virtual, récord 1:14:02, archivo 31 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso DE COLFONDOS, solicita que se modifique la sentencia proferida en lo relacionado con la devolución de los gastos de administración. Afirma que la Ley 100 de 1993 autoriza este descuento. Precisa que con esos gastos de administración se generaron rendimientos, lo que únicamente ocurre en el RAIS. Aduce que se debe dar aplicación a la teoría de las restituciones

mutuas, por ella las cosas se vuelven al estado anterior al que se encontraban antes de la celebración del acto jurídico. En lo relacionado con los seguros previsionales, señala que se agotaron a través del pago de pólizas a terceros de buena fe según las vigencias. Finalmente aduce que con los rendimientos financieros que se generaron superan lo que se depositó como aportes pensionales y ordenar la indexación junto con los rendimientos comportaría una doble condena[1] (Audiencia virtual, récord 1:51:44 archivo 43 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[1] *"gracias su señoría, estando dentro de la oportunidad conseguida por su honorable despacho y por el artículo 65, del código procesal del trabajo y la seguridad social, me permito presentar recurso de apelación con el fin de que se modifique la sentencia que se acaba de proferir en primer lugar, su señoría de manifestar que respeto en todos sus partes, la sentencia que acaba de proferir igualmente le agradezco por referirse precisamente frente a cada uno de los conceptos que se manifestaron en los alegatos de conclusión, no obstante lo anterior este apoderado disiente de algunas de las manifestaciones y de los fundamentos en los que se fundó la decisión de no devolver de ordenar más bien a Colfondos devolver los gastos de administración y es precisamente frente a este aspecto en específico que se recurre la sentencia apelada en primer lugar, debemos manifestar que tal y como se manifestó en los alegatos de conclusión, la ley, la ley 100 de 1993, a través de su artículo 20, modificado por el artículo séptimo en la ley 797 del 2003, autorizan a las administradoras del régimen privado a realizar un descuento sobre la totalidad del aporte que realizan los afiliados este descuento también está autorizado en el régimen de prima media con prestación definida, no obstante lo anterior, lo que no se puede perder de vista es que precisamente al ser dos regímenes pensionales plenamente diferenciados por la misma ley 100 de 1993 y teniendo en cuenta que su origen y su funcionamiento se da de manera distinta precisamente por esa diferencia que la misma ley 100 manifiesta, en donde un régimen precisamente ayuda o conlleva al ahorro individual y al depósito de unos aportes en una cuenta que generan rendimientos financieros y el otro el depósito de unos aportes a un fondo común que en un futuro va a ser el que financie la pensión de los afiliados, pues es esto en donde radica la diferencia de la forma en la que funcionan esos rendimientos financieros dentro de uno y otro régimen entiende este apoderado que el artículo 54 de la ley 100 de 1993 autoriza precisamente a las administradoras a invertir esos emolumentos que se depositan en respecto de la forma en la que se financian las pensiones de invalidez y sobrevivencia. no obstante, precisamente esos rendimientos se verán representados es en la en la cuenta común que tienen o de donde se de donde subsiste el dinero con el que se financian las pensiones dentro del régimen de prima media ahora bien, es menester manifestar estas circunstancias precisamente porque a diferencia del régimen de prima media en el régimen de ahorro individual, esas inversiones que realizan las administradoras del régimen privado que únicamente corresponden al ejercicio acucioso que realizan a través de eso que se denominan los gastos de administración, es de 3% con el que subsisten las administradoras del régimen privado, pues corresponden efectivamente a la inversión que se hacen de esos aportes que mensualmente se depositan de los afiliados y esos rendimientos que se generan a través de esas inversiones que únicamente se ven representados en el régimen de ahorro individual con solidaridad es en este punto cuanto cobra relevancia lo manifestado por el por este apoderado en los alegatos de conclusión, pues el aplicar a la tabla a la teoría de las restituciones mutuas, indicando que las cosas se restituyen al estado anterior al que se encontraban desde antes de la negociación de la celebración del negocio jurídico, desconoce que precisamente dentro de este interregno, en donde el contrato se ejerció en debida forma, pues se generaron unos rendimientos financieros únicos y correspondientes al régimen de ahorro individual con solidaridad y es que a honorables magistrados esto no se puede desconocer porque tal y como lo indicó la honorable juez de instancia, ese 3% se puede descontar tanto en el régimen de prima media como en el régimen de ahorro individual con solidaridad y corresponde precisamente a la forma en la que funcionan y se financian de alguna forma las administradoras para administrar, acrecentar y proteger los aportes de los afiliados véase que también se disiente honorables magistrados en lo relacionado con los seguros previsionales,*

En el recurso COLPENSIONES, solicita se revoque la sentencia. Afirma que, el fondo de pensiones cumplió con el deber de información previsto para la época del traslado, pues de acuerdo con la normatividad aplicable para el momento del traslado, la firma del formulario de afiliación demostraba la aceptación espontánea, libre y expresa el mismo. Señala que la juez al momento de proferir sentencia no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica pues Colpensiones es un tercero ajeno a un acto jurídico que solo tiene efectos inter partes. Asegura que se afecta la sostenibilidad financiera y por ello existe la prohibición legal de traslado. Solicita, en caso de confirmarse la sentencia, que se ordene la devolución de todos los aportes y se condicione el cumplimento de las obligaciones al reintegro de los recursos[2] (Audiencia

---

pese a que se entiende que esto que fue depositado o pagado a estas aseguradoras previsionales respecto de las contingencias de invalidez y sobrevivencia, y que esto en un futuro es lo que constituye en realidad el aporte o más bien lo que se financia estas pensiones, pues contrario a lo manifestado por la honorable juez, se considera que estos aportes, tal y como se presentan en las en los traslados horizontales o en los traslados entre regímenes pensionales, pues la administradora que tiene por último, al afiliado es quien a través de esos seguros previsionales va a financiar con un tercero los riesgos que se puedan llegar a presentar con los afiliados. y es que precisamente por esas circunstancias que se disiente, porque estos gastos de administración en los que se contienen los seguros previsionales se agotaron respecto a los seguros previsionales a través del pago de pólizas a terceros de buena fe, pólizas que en este momento ya han sido agotadas según las vigencias correspondientes en ese sentido, honorables magistrados considero que estas circunstancias y estos fundamentos son relevantes a tener en cuenta para al momento en que el honorable tribunal estudie las manifestaciones en las que diciente está apoderado ahora bien, por último y en lo relacionado con la indexación pues debe recordarse que ya de por sí al ordenar que se devuelva, además de los aportes pensionales los rendimientos financieros, pues esto conlleva a que el valor adquisitivo de esos gastos de administración o esos rendimientos de esos aportes pensionales, pues no se vean afectados a través del tiempo y entonces esos gastos de administración que en su momento descontó colfondos, pues mucho más se ven subsanados y se ven cobijados por esos rendimientos financieros que, pese a que tal y como lo indicó la señora juez, en este proceso no se haya acreditado el monto específico, lo cierto es que es de público conocimiento que únicamente en el régimen de ahorro individual con solidaridad se presentan unos rendimientos financieros que en muchas de las circunstancias aclaro, no en este proceso se encuentra acreditado, pero en muchas de las circunstancias superan lo que se depositó como aportes pensionales, por lo que ordenar además de la devolución de los rendimientos financieros, la indexación de esos gastos de administración que como se indicó se solicita no se ordene su devolución, pues se considera una doble condena a cargo de esta administradora en esos términos son honorables magistrados se solicita se modifique la sentencia de instancia con el fin de que no se ordena estas de administrador de la devolución de los gastos de administración de manera indexada y los emolumentos que los contienen. muchas gracias"

[2] *"Estando dentro de esta etapa procesal, me permitió interponer recurso de apelación su señoría en los siguientes términos que a ustedes honorables magistrados del tribunal en primer lugar, pues es de manifestar que la señora juez al momento de esta decisión de declarar la ineficacia de traslado del régimen del demandante considerando pues esa falta del deber de información que no solamente es o que no es suficiente el formulario de suscripción de querer permanecer en un régimen diferente al régimen de prima media pasa por alto que para esa fecha de traslado honorables magistrados, la realidad del momento, según la normatividad aplicable para ese entonces bajo la ley 100 del artículo 13, el literal e y b del decreto 692 del*

año 1994 y decreto 663 de 1993, era la aceptación espontánea, libre expresa un afiliado para trasladarse de dicho régimen que se manifiesta a través de la mera firma del formulario de afiliación lo cual, pues en este asunto se da a plenitud, según pues se derivó en el documento y registrado por el demandante. así las cosas, a ustedes honorables magistrados con el mayor respeto cabe resaltar que para la fecha de la suscripción de este formulario, pues no existía la ley 1748 del año 2014, ni por el decreto 2071 del año 2015, con los cuales nace esa obligación de la afp para una doble asesoría a sus afiliados y entendiendo así las cosas, este análisis de información, que es un suministrada por la afp Colfondos en su momento y el alcance de esa asesoría que se debió brindar al momento de esa filiación, deben de ser valoradas y tenías en cuenta bajo la normatividad vigente para la fecha de la suscripción de formulario o la materialización de este traslado en este asunto bajo el entendido o la normatividad que anteriormente se menciona la ley 100 de 1993, a ustedes honorables magistrados, pido de manera muy respetuosa el juzgamiento de la conducta, así también de los fondos con base a la norma inexistentes, como se hizo por parte de la honorable jueza de primera instancia, que no tiene una justificación jurídica alguna y pues se vulnera gravemente el debido proceso a mi representada Colpensiones que sin pues haber participado de ese acto de esa celebración, el cual para data se realiza el traslado de régimen es quien debe afrontar como tal la carga de esta prestación, esto con base a que no se tiene o no se tuvo en cuenta a el momento de proferir esta decisión de primera instancia, esta sentencia, el tan importante y principio de la relatividad jurídica de como mecanismo de defensa en torno a Colpensiones, pues recordemos honorables magistrados que es un tercero al cual en este asunto, pues los actos jurídicos, en principio, pues tienen ese efecto de manera inter partes y en consecuencia, se derivan de la celebración de este acto jurídico, solo deben repercutir sobre las partes involucradas o llamadas a la celebración de este acto jurídico para el que permanecer es en ese régimen en retornar al régimen de prima media honorables magistrados a la entidad que represento, pues le solicitó de manera muy respetuosa que no podría ser favorecida ni mucho menos perjudicada, y esta decisión socava como tal y desfavorece a mi representada y perjudica la decisión toma de primera instancia por el juzgado 10 laboral finalmente a ustedes honorables magistrados y dicho lo anterior, pues pongo en consideración a ustedes que en este asunto la administradora colombiana de pensiones resulta lesionada con la decisión adoptada esto en cuanto a la afectación también del equilibrio económico y la sostenibilidad financiera, del sistema consagrado, según el artículo 48 de la constitución política a ustedes, honorables magistrados de manera reiterativa y con el mayor y debido respeto que según el artículo dos de la ley 797 del año 2013, el cual se hace una prohibición expresa que el afiliado no podrá trasladarse de dicho régimen cuando le faltaron 10 años o menos para cumplir la dicha para tener derecho a la pensión de vejez, tiene una razón de ser no solo para acreditar el derecho al reconocimiento de esa pensión de vejez, sino al respecto, también debe entenderse que el principal, el principal propósito que tiene o que tuvo en su momento el legislador de establecer esta prohibición es proteger como tal el fondo, como por el medio, pues el Colpensiones usa para pagar todas esas respectivas pensiones a las personas que efectivamente cumplen con esos requisitos estipulados en la normatividad pensional y que asimismo no generar ese desequilibrio patrimonial que debe tenerse en cuenta en los recursos que se recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados durante toda su vida laboral al sistema no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo y que estas se sustentan además la jurisprudencia de la honorable corte constitucional en sentencia, c. 1024 del año 2004 y que además es reiterada en la sentencia 062 del año 2010, pues las cuales resalta de manera clave el objetivo perseguido con el señalamiento de periodo de carencia en la cual está norma acusada consiste en evitar esa descapitalización en el fondo común del régimen solidario de prima media que se produciría, pues si se permitiera, que las personas que no han contribuido a un fondo común y que por lo mismo, pues no fueran tenidas en consideración en la realización de ese cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de su pensión, porque ese es el fin que busca este derecho al cual la sentencia declara esa ineficacia. determinar esas y su respectivo ajuste económico, pues pudiese trasladarse de régimen cuando tú estuviesen próximos al cumplimiento de esos requisitos para acceder a esta pensión de vejez, recordemos honorables magistrados que la parte actora se le informó y de manera clara y amplia algunos puntos sobre el querer permanecer en dicho régimen de fondo privado y también se tiene en cuenta y ha de resaltar que ese dicho formulario, pues donde él acepta de manera libre y voluntaria el sin una cohesión o un negando esa voluntad que tiene la parte actora para firmar ese dicho formulario así las cosas con lo anterior dejo sustentado el recurso de apelación a ustedes honorables magistrados de manera respetuosa pido se revoca esta decisión que se acaba de proferir por el juzgado 10 laboral en primera instancia y en consecuencia, se absuelva a mi representada

virtual, récord 1:26:11 archivo 43 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

---

de cada una de las pretensiones en su contra. En caso de que esta decisión se llegara a confirmar por parte de ustedes honorables magistrados, ruego se mantenga esa condena impuesta a la afp Colfondos en el entendido de que este, pues deberá reintegrar todas las la totalidad de las cotizaciones que recibió a lo largo de la de la vida laboral de la parte actora esto eran los recursos de la cuenta individual cuentas abandonadas rendimientos, bonos si los hubiere, bonos pensionales y cuotas de administración seguros profesionales, las cuotas de administración señor más de la cuenta individual y así mismo, honorables magistrados que se adicione la sentencia de que la condena impuesta a mi entidad a la cual represento sea con una obligación de hacer a favor de la demandante y se condiciona el previo cumplimiento de todas las obligaciones que se imponga a Colfondos, toda vez que Colpensiones no podría dar cumplimiento a esta sentencia hasta tanto por el fondo reintegre la totalidad de los recursos a mi representada y la actualización de información debidamente solicitada por este honorable despacho en primera instancia dejo sustentado el recurso de apelación muchas gracias."

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 34[3] años de edad y había cotizado 375,14[4] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 7 años y 1 día[5]), y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 60 años de edad -ver archivo 02 y folio 6 del archivo 01 del expediente digital).

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

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

---

[3] Nació el 11 de mayo de 1960, folio 6 del archivo 01, primera instancia.
[4] Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, página 2 a 19 archivo 18 del expediente digital, primera instancia.
[5] *Ibídem*.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [6], [7]. Según dicho precedente, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL 3382-2020, STL 1452-2020 y STL 3187-2020 (entre otras).

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

---

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

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

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

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según dijo, el asesor de COLFONDOS le hablo sobre la rentabilidad que iba a obtener en el régimen privado, y que los fondos privados tenían convenios para generar mayor rentabilidad, pero nunca le indicaron las características de ese régimen pensional ni las eventuales desventajas, tampoco las condiciones para acceder a la pensión en ese régimen (Audiencia del 28 de agosto del 2023, récord 9:08, archivo 43 del expediente digital de primera instancia)

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad del demandante incluyendo cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere, con los rendimientos que se hubieren causado y así mismo debe realizarse la devolución los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima

descontados al demandante durante su vinculación debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Finalmente, carece de objeto la petición realizada por esa entidad de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de la AFP, porque la parte resolutiva de la decisión de primera instancia así lo estableció.

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE NIDIA LONDOÑO LÓPEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia dictada el 26 de abril de 2023 por el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de todas las suplicas de la demanda que pretendían el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, NIDIA LONDOÑO LÓPEZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca pensión de sobrevivientes por la muerte del pensionado FRANCISCO LUIS MARÍN MONTOYA, a partir del 30 de mayo de 2021 junto con los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y la indexación. Como pretensión subsidiaria solicita el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en el porcentaje que se demuestre en al proceso.

Como fundamento de lo pedido afirma que FRANCISCO LUIS MARÍN MONTOYA (QEPD) y MARÍA ROSALBA BENJUMEA DUQUE (QEPD), contrajeron nupcias el veintiséis (26) de diciembre de 1971 unión de la cual procrearon tres hijos YULY PATRICIA, JOHANA Y DANNY ALEXANDER MARÍN BENJUMEA, dicha unión fue disuelta y liquidada por el Juez 18 de

Familia de Bogotá. MARÍA ROSALBA BENJUMEA DUQUE (QEPD) falleció el 1 de mayo de 2005. Relata que en el año 1986 inició un noviazgo con FRANCISCO LUIS MARÍN MONTOYA (QEPD) y convivió con él desde julio de 1997 en la Supermanzana 7 en la localidad de Kennedy Bogotá, unión de la cual nació DIANNA PAOLA MARÍN LONDOÑO. Señala que el causante tuvo otro hijo con ROCÍO DEL PILAR HERNÁNDEZ ZARATE de nombre OSCAR JAVIER MARÍN HERNÁNDEZ quien nació el 29 de marzo de 1988, pero este hecho no fue motivo de separación. Asegura que ROCÍO DEL PILAR HERNÁNDEZ ZARATE (QEPD) falleció el 4 de febrero de 2012. Sostiene que el causante debido a problemas económicos y debido a la muerte de su hermano, decidió mudarse solo a la ciudad de Manizales donde el hermano tenía un restaurante pero continuó brindando apoyo económico y espiritual pues él era quien sustentaba el hogar; se encontraban cada dos meses en Bogotá o en Medellín y a partir del año 2006 cuando la hija empezó a trabajar las visitas fueron más frecuentes. Indica que el 13 de febrero de 2012, el ISS le reconoció pensión de vejez mediante resolución No. 101342 por la suma de $1.732.284 a FRANCISCO LUIS MARÍN MONTOYA, por ello dejo de trabajar y se hizo cargo de su madre quien vivía en Marinilla, periodo durante el cual las visitas continuaron, y desde julio de 2019 volvieron a convivir en la ciudad de Manizales. Manifiesta que FRANCISCO LUIS MARÍN MONTOYA falleció el 29 de mayo de 2021 en Manizales a causa de un infarto agudo en el miocardio. Aduce que durante los 34 años de unión marital de hecho se prestaron ayuda, apoyo, solidaridad y asistencia recíproca en todo lo que necesitaban. Mediante la Resolución SUB176050 del 30 de junio de 2021 le fue negada la pensión de sobrevivientes por COLPENSIONES (ver demanda, folios 1 a 10 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda compareció la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que las pruebas aportadas por la demandante en la reclamación administrativa no acreditaron los requisitos mínimos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de que trata el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, específicamente no se probó convivencia en los 5 años anteriores al deceso de FRANCISCO LUIS MARIN MONTOYA (QEPD). Por lo anterior, tampoco hay lugar al pago de mesadas

pensionales, ni indexación e intereses de mora. Propuso como excepciones de mérito las que denominó *inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la innominada o genérica.* (ver contestación folios 2 a 26 archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de abril de 2023 mediante la cual el Juez Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado y ABSOLVIÓ a COLPENSIONES de todas las suplicas de la demanda. Para tomar su decisión, no encontró en los medios probatorios acopiados en el expediente prueba de convivencia de la demandante como compañera permanente del causante durante los 5 años anteriores a su fallecimiento, ni que para esa fecha hubiera una relación de pareja.

La parte resolutiva de dicha decisión tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado formulado por COLPENSIONES al dar respuesta a la demanda y en consecuencia, absolver a COLPENSIONES de todas las suplicas de la demanda de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. SEGUNDO: CONDENAR en costas a la demandante incluyendo como agencias en derecho en favor de COLPENSIONES la suma de medio salario legal mensual vigente. TERCERO: Conceder el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá en favor de la demandante en caso de no ser apelada la presente decisión, de conformidad con el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y Seguridad Social, por haber sido la sentencia totalmente adversa a los intereses de la demandante."* (Audiencia virtual, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 45:59).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante solicita se revoque la sentencia de primera instancia y sea reconocida la prestación de sobrevivientes. Afirma que se acreditó la convivencia desde el año 1987 hasta el año 2003 y si bien los documentos y testimonios dan cuenta de interrupciones en la relación de pareja ellos se generaron por motivos económicos y por el estado la salud de la madre del causante. Señala que de acuerdo con la jurisprudencia, los 5 años de convivencia exigidos en la norma pueden darse en cualquier tiempo, siempre y cuando la unión subsista. Refiere que la investigación administrativa no tuvo en cuenta las circunstancias particulares y la dificultad de reunir algunas personas por su domicilio. Aduce que el *a quo* no tuvo en cuenta el registro fotográfico que da cuenta del nexo afectivo[1] (Audiencia virtual, archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:02:31).

---

[1] "*Gracias su señoría el suscrito pues presenta el recurso ordinario de apelación con el fin pues que se ha concedido y sea evaluado por el honorable Tribunal Superior de Bogotá en el sentido que con todo respeto me aparto de la decisión proferida por el a quo en el sentido que en el presente proceso se logró probar la convivencia en un mismo techo desde el año 87 al año 2003 y posteriormente la interrupción de esa convivencia en un mismo techo fue por motivos económicos en principio sí como lo lograron pues prever los testigos que fue desde el 2003 del hermano en el cual pues ante la dificultad económica que padecía en ese momento la pareja pues los dos tomaron la decisión mejor de que él se trasladara a Manizales para estar al frente pues del negocio que había dejado el hermano del cual pues no tengo el mismo criterio que evaluó el a quo frente a la prueba testimonial puesto que si bien la testigo número 2 del proceso que fue Yuly Patricia pues fue enfática en determinar que efectivamente el negocio sí había sido atendido por el papá hasta el año 2012 fecha en la cual pues él queda pensionado y se cerró sí contrario sensu a lo que dijo el a quo que había entrado como en contradicción la testigo y pues allí efectivamente dejó claro que lo había cerrado en el 2012, estaba volviéndolo a abrir desde el año 2019 entonces y que del 2012 al 2019 pues fue un elemento importante para prestarle la ayuda y el cuidado necesario a la mamá del causante es que pues no tenía otra forma de colaborar en su ayuda y era una persona que dependía para sus necesidades básicas pues la ayuda de las personas que eran básicamente tres pero la que más aportaba en esta ayuda era el causante entonces fíjese que los testigos son totalmente transparentes en el sentido de evidenciar las fechas y los motivos por los cuales la interrupción de la convivencia en un solo techo se dio por circunstancias económicas y por circunstancias de salud a las cuales pues solicitó al honorable tribunal superior de Bogotá se evalúen con lupa estas declaraciones lo que también guarda coherencia con la prueba documental aportada en el expediente más que todo pues los registros civiles de defunción tanto del hermano como de la mamá y pues el contrato de compraventa que suscribieron aquí la pareja conformada por Francisco Marín y la señora Nidia Londoño entonces también pues no estoy de acuerdo con el análisis diferencial que hizo el a quo en el sentido de que solamente se tiene en cuenta los 5 años anteriores frente a una cónyuge supérstite y no frente a la compañera permanente como es en el presente caso hecho pues que raya contra el principio de igualdad entonces solicito pues se de un tratamiento en equidad de manera que se garantice el artículo 13 de la ley de la constitución política, solicito pues también se tenga en cuenta todo el lineamiento jurisprudencial el cual ha sido pues reiterado y pacífico por parte de la Corte Suprema de Justicia en los radicados del 34415 del primero de diciembre del 2009 39464 del 31 de agosto del 2010 y radicado 22560 del 5 abril del 2005 y también lo reseñado en lo radicados 1399 del 2008 en la cual pues señaló que los 5 años de convivencia exigidos en la norma puede darse en cualquier tiempo siempre pues que la unión persista y subsista entonces ahí es donde la interpretación que le dio el a quo pues ahí una diferencial con este pronunciamiento en concreto también solicito pues se tenga en cuenta en la sentencia SL 5169 del 2019 que en esta misma providencia señaló que comúnmente la separación de hecho ocurre por problemas pues estructurales en las relaciones que a la larga generan un*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia que FRANCISCO LUIS MARIN MONTOYA (QEPD) falleció el 29 de mayo de 2021 (ver página 48 archivo 01), y mediante Resolución No. 101342 del 13 de febrero de 2012 el Instituto de Seguro Social le había reconocido pensión de vejez desde el 1 de febrero de 2012, en cuantía inicial de $1.733.284 (folios 34 a 36 del archivo 01, expediente digital, trámite de primera instancia).

En consonancia con el recuso propuesto, el Tribunal debe definir si la demandante acreditó o no los requisitos legales para recibir como beneficiaria la sustitución de la pensión de vejez que devengaba en vida el causante.

Para resolverlo el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 -norma vigente en la fecha del óbito- establece como beneficiarios de la sustitución pensional, en forma vitalicia, al cónyuge o la compañera o al compañero permanente supérstite del

---

distanciamiento y qué tales situaciones son imprevisibles por el legislador por tanto el rol del juez consiste en interpretar la norma conforme las particularidades de cada caso darle un alcance que corresponda a cada situación que no pudo anticiparse en la ley y conforme a ello pues establece que dentro de las obligaciones de los cónyuges es mantener los lazos afectivos familiares hasta el momento el fallecimiento de cada uno de ellos, lazos que en este caso en particular pues no hay ruptura y de lo cual si se tiene certeza documental no hay contradicciones con la declaración de parte que hizo aquí la demandante por tanto pues se puede reclamar válidamente la pensión de sobrevivientes que aquí se está pidiendo toda vez que se probó que sí convivió la pareja conformada por la señora Nidia Londoño y el Señor Francisco Marín por lo menos durante cinco años en cualquier época como lo estableció pues la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicación 41637 del 2012 SL 7299 del 2015, SL 65 19 del 2017, SL 16419 en 2017, SL 1399 2018, SL 5046 del 2018 SL 210 Perdón 2010 del 2019 SL 2232 del 2019 y SL 4047 del 2000 2019, Se observa que efectivamente pues el a quo pues le dio un valor importante a la investigación que efectuó aquí la firma que contrató la entidad demandada sin embargo pues está no tuvo en cuenta las circunstancias particulares del caso y la dificultad que hay para lograr alguna reunión que coincidan de unas personas que cada uno tiene un rol muy diferente en la sociedad y que viven además en ciudades diferentes motivo por el cual pues se debe analizar las circunstancias particulares del caso y no simplemente a concluir que porque no hubo unas reuniones que coincidan los testimonios o los demandantes con el causante pues desvirtúa que hubo efectivamente esa relación con vínculo afectivo espiritual moral y de pareja como siempre existió no tuvo en cuenta pues la prueba del registro fotográfico en el cual pues se evidencia que si había un nexo también afectivo y por tanto pues solicito de manera respetuosa al tribunal pues se revoque la sentencia de primera instancia y en su lugar se acceda a la totalidad de las pretensiones incoadas en la demanda ya sea la pretensión principal o la pretensión subsidiaria que estábamos solicitando en el sentido que sí efectivamente no se probaba el 100% de la convivencia pues que se otorgara la prestación de conformidad con la cuota parte que se llegase a probar de la convivencia allí esbozada y pues que no tuvo en cuenta en su análisis por tanto su señoría pues en estos términos sustento el recurso de apelación y de manera respetuosa pues solicito se conceda para que sea remitido al tribunal superior de Bogotá a la laboral Muchas gracias."

pensionado(a), si acreditan haber hecho vida marital con hasta su muerte y haber convivido por un período no inferior a cinco (5) años anteriores al fallecimiento.

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

Se debe precisar sobre el aspecto en discusión (convivencia) que si bien ella implica la cohabitación de la pareja, exepcionalmente puede ocurrir que pese a existir una comunidad de vida en familia las posibilidades de cohabitación se vean truncadas por razones que el juez debe evaluar en cada paso para verificar y a pesar de la distancia física, los lazos afectivos, de apoyo, de solidaridad y de acompañamiento espiritual subsisten. La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia dijo al respecto: "*pueden existir eventos en los que cónyuges o compañeros no cohabiten bajo el mismo techo, en razón de circunstancias especiales de salud, trabajo, fuerza mayor o similares, lo que no conduce de manera inexorable a que desaparezca la comunidad de vida de la pareja si notoriamente subsisten los lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua*" (Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, SL 1399 de 2018, M.P. CLARA CECILIA DUELAS QUEVEDO).

Con este criterio normativo y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la sentencia que negó a la demandante la sustitución de la pensión, pues las pruebas allegadas al plenario no acreditan convivencia con FRANCISCO LUIS MARIN MONTOYA (Q.E.P.D) dentro de los 5 años anteriores a su fallecimiento.

Ello no se deduce de las declaraciones rendidas por YULY PATRICIA MARÍN BENJUMEA (1:18:50), MARÍA DOLORES MARÍN (4:35 Archivo 12) y ALBA LUCIA HURTADO DE VILLA (54:15 Archivo 10), pues contrario a afirmado en el recurso y en los alegatos presentados en esta instancia, de ninguna de tales

declaraciones se obtiene certeza de que para los años 2016 a 2021, cuando falleció FRANCISCO LUIS MARÍN MONTOYA (QEPD), existiera convivencia o la integración de un núcleo familiar con la demandante. La primera afirmó ser hija del causante, manifestó que su padre convivió con la demandante hasta el año 2003, fecha en la que decidió mudarse a Manizales para hacerse cargo del negocio de un Tío que falleció. Asegura que continuaba la relación de pareja y se veían, según lo permitiera la situación económica, sin embargo, al momento de preguntarle por las visitas y el tipo de relación que existía entre ellos indicó que no le constaban las visitas, pues reside en España desde 2015, y lo que declaró lo obtuvo de llamadas telefónicas pero dijo que no sabía con precisión el tipo de relación pues su padre era reservado con esos temas. MARÍA DOLORES MARÍN, dijo ser hermana del causante y afirmó que conoce a la demandante desde el año 1987 cuando ella inicio un noviazgo con su hermano, que la pareja tuvo una hija en el año 1988, que hubo convivencia los primeros años lo que sabe porque visitó el apartamento cuando lo compraron, pero desde el año 2003 *Francisco* se hizo cargo del negocio de uno de sus hermanos en Manizales y se fue a vivir en esa ciudad sin la demandante porque el lugar donde vivía era una zona de tolerancia, además no quería vender el inmueble de Bogotá, por lo que prefería ir a visitar a su hija y nietos. Mencionó que Francisco desde el año 2012 se hizo cargo del cuidado de su madre por lo que viajaba y duraba mucho tiempo en Marinilla, además manifestó que en las visitas que ella realizaba a su madre solo se encontraba con su hermano y que no le consta ninguna de las visitas de la pareja. Por su parte ALBA LUCIA HURTADO DE VILLLA, amiga de la pareja, señaló que los conoció desde 1990 por referencia de una familiar de la demandante, y tenía conocimiento que eran *esposos* por los comentarios de la familia y porque tenían una hija, pero que nunca fue a su casa. En lo relacionado con las visitas de la demandante al causante en la ciudad de Manizales dijo que la demandante se quedó unas ocho veces en su casa que se ubica en esa ciudad entre el año 2003 y el año 2012, decía que el sector donde vivía el causante era una zona de tolerancia. Aseguró que las visitas continuaron, lo que sabía por el contacto que tenía con la demandante y el causante.

Nótese, que a ninguna de las declarantes les consta de manera directa la convivencia de la pareja, o por lo menos las mencionadas visitas, y frente a la dependencia económica puesta de presente por la demandante aunque los

testigos hicieron referencia a la misma y que el causante era el encargado de proveer lo necesario para su subsistencia y la de su hija, ello no les consta de manera directa y de todas formas de esa situación no se deriva una comunidad de vida familiar.

Tampoco es útil para el demostrar una comunidad de vida el registro fotográfico que aportó la demandante a las diligencias (folios 74 a 81 del archivo 01) pues se desconoce la fecha en que fueron capturadas, el contexto en el que fueron tomadas, y en todo caso no prueban que la pareja integrara un núcleo familiar estable.

Además se obra como indicio en contra de lo afirmado en el recurso, el expediente la investigación administrativa realizada por COLPENSIONES a través de la empresa COSINTE LTDA, que concluyó: *"- Teniendo en cuenta que en conversación con la solicitante y familiares del causante, refiere que el señor Francisco Luis Marín Montoya se había trasladado para el año 2003 a Manizales por cuestiones labores y viajes. - Por otro lado no fue posible entrevistar a vecinos del sector, donde vieron las partes ya que la solicitante refiere no recordar la dirección. - Pese a que los familiares refieren que las partes eran pareja, se evidencia que las partes sostuvieron una relación sentimental más no de convivencia los últimos años de vida del señor Francisco Luis Marín Montoya.*". Valga resaltar que la demandante en su entrevista no dio cuenta de la dirección de residencia del causante, para que la empresa hubiera tenido la oportunidad de entrevistar vecinos y allegados que dieran cuenta de las afirmaciones que sobre la convivencia realizó.

Si bien de las pruebas se pudiera entender o establecer algún tipo de relación de ellas no se obtiene certeza de que existiera cohabitación, o los lazos de solidaridad acompañamiento espiritual y ayuda mutua que caracterizan la integración de una familia entre el causante y la demandante.

Para responder a la apelación de la demandante, se debe precisar que NIDIA LONDOÑO LÓPEZ comparece a estas diligencias aduciendo la calidad de compañera permanente de FRANCISCO LUIS MARÍN MONTOYA (Q.E.P.D.), razón por la cual no le resulta aplicable la interpretación sobre el requisito de

convivencia de cinco (5) años en cualquier tiempo prevista en la jurisprudencia para él o la *cónyuge* del causante.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE MELVA LEONOR MEDINA MUÑOZ CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, la sentencia dictada el 10 de agosto de 2023 por la Juez Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MELVA LEONOR MEDINA MUÑOZ presentó demanda contra LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la *nulidad o ineficacia* del traslado al régimen de ahorro individual realizado a través de su afiliación a PORVENIR, con fundamento en que no recibió por parte del fondo la información necesaria pues no le informaron acerca de las características,

condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, ni sobre los riegos y las consecuencias del traslado. Indica que la decisión de traslado obedeció a que el asesor del fondo la indujo a firmar bajo argumentos de mayores beneficios tales como un mayor valor de pensión y una edad inferior a la que exigía el ISS. En consecuencia, pide que se condene a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes y rendimientos de su cuenta de ahorro individual y, a esta última a aceptarla en el régimen de prima media con prestación definida como si nunca se hubiera trasladado (Ver demanda folios 1 a 6 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificadas de la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la Litis.

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones, con fundamento en que el traslado de régimen pensional de la demandante al RAIS fue válido pues estuvo precedido de una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, y sería improcedente declarar la ocurrencia de un error de hecho que es lo que se alega frente a unas condiciones que están determinadas en las leyes y por ello son de público conocimiento. Considera que la demandante, durante el tiempo de vinculación, tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones del RPM, y que cumplió con las exigencias de los artículos 14 y 15 del decreto 656 de 1994. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe*. (Ver contestación folios 1 a 24 archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones de la demanda. Afirma que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria y la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR, allegó evidencia de que asesoró a la demandante en su decisión de trasladarse de régimen de prima media con prestación definida. Indica que la

demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado prevista en el artículo 2, literal e, de la ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo propuso las siguientes: *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas, declaratoria de otras excepciones* (Ver contestación folios 2 a 27 archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de agosto de 2023, mediante la cual la Juez Trece (13°) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo que constituye una omisión del deber de información asignado a la AFP.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que hiciere la demandante MELVA LEONOR MEDINA MUÑOZ ante horizonte hoy porvenir el 15 de marzo del 99 con fecha de efectividad, Primero de Mayo de esa misma anualidad, por las razones aquí expuestas. SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de garantía*

de pensiones mínima por lo expuesto precedentemente. TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a tener como afiliada al actor a recibir los dineros proferidos en el numeral anterior y actualizar su historia laboral conforme a lo antes visto. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas conforme se indicó en la parte considerativa de la decisión. QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada porvenir y en favor del actor, incluyéndose como agencias en Derecho en esa instancia la suma de 1200000 pesos. SEXTO: por haber sido condenada Colpensiones y fungir la nación como garante de remitir el proceso a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá En grado jurisdiccional de consulta en su favor y SÉPTIMO: por Secretaría Remitir copia de esta sentencia a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado los términos del artículo 48 de la Ley 2080 de 2021." (Audiencia virtual, récord 56:39, archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Afirma que el traslado se presume válido pues no se demostró que existiera una falta al deber de información por parte de la AFP PORVENIR, además la demandante permaneció por más de 20 años en el RAIS por su propia voluntad y sin ejercer acción alguna tendiente a devolverse al régimen de prima media en el tiempo que le era legalmente permitido.[1] (Audiencia virtual, récord 58:21, archivo No. 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[1] *"Gracias su señoría, me permito de manera respetuosa interponer recurso de apelación frente al fallo dictado o sea lo primero reiterar que el traslado de régimen realizado por la actora en el año 99 debe presumirse totalmente válido, puesto que no pudo demostrarse a cabalidad por la demandante que existiera dicha falta al deber de información por parte de la afp porvenir o en su momento horizonte, encontrándose aprobada, por el contrario, que la demandante ha permanecido por más de 20 años en el rais por su propia voluntad y sin ejercer acción alguna tendiente a devolverse al régimen de prima media en el tiempo que ellos le era legalmente permitido, así como tampoco se evidencia que hubiese realizado acciones tendientes a indagar sobre la pertinencia, ventajas o desventajas de encontrarse afiliada al raís de otro lado, se aclara que, si bien es cierto, la demandante solicitó ante colpensiones el retorno al régimen de prima media no es menos cierto que para la fecha de dicha solicitud, en el año 2020 la actora ya contaba con 57 años de edad y por ende entonces se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado de régimen contemplado en el literal e artículo segundo de la ley 7972 2003 asimismo, se tiene que la demandante el primero de abril del 94, no contaba*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

---

con 15 años de servicios cotizados para ser beneficiaria del régimen de transición y por ello tampoco le resultarían aplicables las sentencias de la corte constitucional que establece la posibilidad de traslado sin restricción en el tiempo aunado a lo anterior, solicita se tenga en cuenta lo dispuesto en la ya referida sentencia c 10242 2004, así como lo indicado en la sentencia su 130 2013 de la corte constitucional que en materia de traslado manifiesta que nadie puede resultar subsidiado a costa de los recursos ahorrados de manera obligatoria por otros afiliados a este esquema dado que el régimen solidario de prima media con prestación definida se descapitalizaría, puesto que la declaratoria injustificada ineficacia del traslado de una afiliada al régimen de prima media el RAIS , afecta a la sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental de la seguridad social de los demás afiliados igualmente, solicitó sea aplicación lo conceptuado en la sentencia t 4892 2010, que precisó que no se puede permitir la descapitalización del fondo si las personas que no contribuyeron a su formación vienen a último momento cuando le faltan ya 10 o menos años para concretar su pensión, su edad para pensión de vejez a beneficiarse de un ahorro comunitario accediendo a una pensión cuyo pago desfinancia el sistema, pues desde una perspectiva social se encontraría la equidad y se abandona el valor de la justicia material si se permite que personas que no han contribuido a los a las cotizaciones de los fondos pensionales entren a beneficiarse a subsidiarse a costa de las cotizaciones y los riesgos asumidos por otros cotizantes, sino por ellos mismos, de acuerdo a lo anterior, de manera respetuosa solicitud se conceda el recurso apelación por considerar que el traslado el régimen realizado en el año 99 por parte de la demandante es totalmente válido y eficaz y que es imposible en este momento para Colpensiones recibir a la actora en el régimen de prima media por encontrarse inmersa dentro de la prohibición legal de traslado de régimen. Muchas gracias".

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 35[2] años de edad y había cotizado 161.29[3] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (10 meses y 3 días)[4], y para la fecha de presentación de la

---

[2] Nació el 2 de noviembre de 1963 (ver página 3 archivo 02).

[3] Ver historia laboral expedida por la oficina de bonos pensionales folios 69 a 70 archivo 10 del expediente digital.
[4] *Ibídem*.

demanda ya había alcanzado la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver archivo 3 y folio 3 del archivo 02 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción[5], [6]. Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

---

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

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, en contra de lo dicho en la demanda, afirmó que al momento del traslado le fueron entregados los formularios y ella los firmó, afirmó que no hubo asesor presente y que no recibió asesoramiento sobre los aportes voluntarios, los regímenes pensionales, modalidades con las que se podía pensionar, requisitos, como se financiera su pensión (audiencia virtual del 1 de septiembre de 2023, récord 15:40).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL 1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social*" -ha dicho la corte- (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las

consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL 2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, así como los aportes al fondo de garantía de pensión mínima (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte, la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993[7]), los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

---

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

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE CARLOS AUGUSTO CASTRO QUINTERO CONTRA LA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la UGPP y estudiar en el grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 7 de julio de 2023 por el Juzgado Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se CONDENÓ a la UGPP a restablecer el pago de la mesada adicional de junio y pagar las mesadas debidamente indexadas.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CARLOS AUGUSTO CASTRO QUINTERO presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que su derecho pensional convencional se causó el 27 de junio de 1999, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y en consecuencia, que tiene derecho al pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce desde el 13 de junio de 2007 cuando cumplió los 55 años de edad.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que prestó servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de 20 años, siendo retirado del servicio el 27 de junio de 1999 fecha para la cual tenía más de 20 años de servicio (inició el 23 de agosto de 1974) y no había cumplido 55 años de edad. Asegura que mediante Resolución No. 05398 del 4 de julio de 2007 la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero le reconoció pensión de jubilación Convencional a partir del 13 de junio de 2007, en cuantía inicial de $847.081.13 que equivale al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios a la Caja Agraria, que se cuantificó en $1.129.442,50. Indica que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución No. 856 del 30 de marzo de 2011 indexó la primera mesada pensional a la suma de $1.395.287 a partir del 13 de junio de 2007 y otorgó el pago de la mesada adicional de junio; sin embargo dicha entidad, de manera unilateral, suspendió el pago de la mesada catorce en el año 2011 (ver demanda y su subsanación folios 1 a 12 del archivo 01, y archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones declarativas y de condena. Considera que el demandante no tiene derecho a la mesada 14 pues la pensión se causó cuando se cumplieron los requisitos de edad y semanas para acceder a ella. Adicionalmente, sostiene que la pensión reconocida en el 2007 supera los 3 SMLMV de la época y fue causada con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, de lo cual resulta claro que no tiene el derecho reclamado. En su defensa propuso las excepciones de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido, compensación y genérica o innominada (ver contestación folios 1 a 9, archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 7 de julio de 2023, a través de la cual el Juez Dieciséis (16) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la

UGPP a pagar a favor del demandante las mesadas adicionales de junio causadas a partir del 2018, debidamente indexadas, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las demás.

La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR que en favor del señor CARLOS AUGUSTO CASTRO QUINTERO, identificado con cédula de ciudadanía número 14.213.818 se causó a partir del 27 de 06 junio de 1999 la pensión de jubilación convencional consagrada en el parágrafo primero del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre la Caja Agraria y SINTRACREDITARIO para las vigencias 1998 - 1999. SEGUNDO: Como consecuencia de la declaración anterior, el juzgado CONDENA a la demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP a restablecer el pago de la mesada 14, es decir la mesada adicional de junio en favor del demandante a partir de la mesada de junio del año 2012, conforme lo considerado en la parte motiva de esta providencia, sin perjuicio de lo que se establece en el numeral que sigue sobre la prescripción de mesadas. Tal restablecimiento de mesada pensional debe hacerse de manera indexada al momento de su pago, acudiendo a los índices de precios al consumidor certificados por el DANE, teniendo como índices iniciales los de causación de cada una de las mesadas adicionales que se ordena restablecer, y como índice final, el vigente para la fecha del pago efectivo de las mismas. TERCERO: SE DECLARA la prescripción de las mesadas adicionales de junio respecto de las cuales se ordena su restablecimiento, que se causaron hasta el 22 de octubre del año 2017. Por lo tanto, el restablecimiento de pago de mesadas de junio, de la de la mesada 14, proceda a partir de la de junio del año 2018 y a futuro previamente indexado, como se condenó en el numeral que antecede. CUARTO: SE DECLARA probada parcialmente la excepción de prescripción en los términos ya indicados y no probadas las demás excepciones. QUINTO: SE CONDENA en costas de la instancia a la parte demandada, practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de 1 SMLMV como valor de las agencias en*

derecho" (audiencia virtual, récord 51:03, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Para tomar su decisión, el Juez de primera instancia concluyó que el demandante es acreedor de la mesada 14 pues su derecho no se vio afectado con la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 en la medida en que la pensión convencional se causó cuando se retiró de la Caja Agraria, momento para el cual contaba más de 20 años de servicios. Por prescripción de las mesadas ordenó el pago a partir del 22 de octubre de 2017.

RECURSO DE APELACIÓN

En recurso, el apoderado de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP insiste en que no se cumplen los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 para que el demandante tenga derecho a percibir la pensión sobre catorce mesadas anuales, pues adquirió el status pensional antes del 31 de julio de 2011, lo adquirió el 13 de junio de 2007, y el valor de la prestación superó 3 SMLMV de la época. Considera que para causar el derecho pensional se deben cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio. Pide que se revoque la condena en costas, pues para que proceda su pago se debe comprobar su causación y evaluar la conducta asumida por la entidad[1] (audiencia virtual, récord 54:22, archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[1] *"Su señoría, procedo a interponer recurso de apelación contra la decisión que acaba de proferir, en los términos que paso a exponer a continuación. Respecto de la decisión del despacho, esta defensa judicial disiente de lo manifestado por el honorable juez, teniendo en consideración que el artículo 41 de la convención colectiva suscrita entre la caja de crédito agrario y SINTRACREDITARIO establece que tendrán derecho a la pensión de jubilación los trabajadores que cumplan 20 años de servicio a la caja y lleguen a la edad de 50 años y 55 años si son varones. En ese sentido, no puede perderse de vista que se tratan de dos requisitos que son necesarios para poder adquirir o llegar a esa pensión de jubilación, razón por la cual, mediante la Resolución 5398 la Caja de Crédito Agrario reconoció efectivamente la pensión al hoy demandante, teniendo en consideración que se hacía efectiva a partir del 31 de junio de 2007 en ese sentido cabe también señalar que deja de lado el despacho la Resolución por 856 del 30 de marzo de 2011, en la que el fondo de pasivo social indexó la primera mesada pensional del demandante a partir del 13 de junio de 2007 subiéndola a la suma de $1.395.287, razón por la cual considerando que fue esa la fecha en la que se adquirió*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución No. 5398 del 4 de julio de 2007, la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN reconoció a favor del demandante CARLOS AUGUSTO CASTRO QUINTERO pensión convencional a partir del 13 de junio de 2007, en cuantía inicial de $847.081,13, con fundamento en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1998-1999, suscrita entre la CAJA DE CREDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y SINTRACREDITARIO; y que mediante la Resolución 856 del 30 de marzo de 2011, el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, indexó la pensión y reajustó la mesada pensional en la suma de $1.395.287 a partir del 13 de junio de 2007 (Ver folios 94 a 97 y 98 a 101 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

el estatus pensional se tiene que tener en consideración que se da cabida a lo establecido en el inciso octavo del artículo primero del acto legislativo 01 de 2005, en el que se establece que tendrán derecho a la mesa 14 las personas que hayan causado su pensión previo al 31/07/2011, siempre y cuando no sea igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, teniendo en consideración que la prestación se causó en el año 2007, que para dicha calenda el salario mínimo era de $433.700 y teniendo en cuenta la indexación de la primera mesada pensional que ya se indicó, no puede dejarse de lado que dicha mesa correspondía a 3,21 veces el salario mínimo legal mensual vigente correspondiente para el año 2007. En ese sentido, se considera por parte de esta defensa que la demandante no tiene derecho a que se reconozca la mesada 14 que se pretende. En cuanto a la condena en costas, cabe manifestar que de conformidad con el código general del proceso de acuerdo con los artículos 365 y siguientes, la condena en costas solo es procedente cuando en el expediente aparezca que se causaron en la medida de su comprobación en ese sentido el honorable consejo de estado, ha indicado mediante sentencia de 07/04/2016 magistrado ponente William Hernández Gómez, con radicados 2013 2201 estableciendo, "en el análisis anterior, permite las siguientes conclusiones básicas sobre las costas, el legislador introdujo un cambio sustancial respecto a la condena en costas, al pasar de un criterio subjetivo a uno objetivo valorativo, se concluye que es objetivo porque en toda sentencia se dispondrá sobre costas es decir, se decidirá, bien sea para condenar total o parcialmente, o bien para abstenerse, según las precisas reglas del código general del proceso; sin embargo, se le califica de valorativo porque se requiere que en el expediente el juez revise si las mismas, se causaron en la medida de su comprobación tal y como lo ordena el código general del proceso" de lo anterior se colige para que proceda una condena en costas es necesario que aparezca probado en el expediente que se causaron y además, el juez debe analizar la conducta asumida, bajo las circunstancias de cada caso, por lo mismo y de acuerdo con la exposición de motivos dada para el tema de la mesada 14 de la entidad que represento ha actuado bajo postulados de buena fe y diligencia probada en sede administrativa y en el desarrollo del presente proceso en ese sentido, y respetuosamente solicito, señor juez, se conceda el recurso de apelación ante el honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral y a los honorables magistrados una vez se constituyan en sede de instancia, se revoque la sentencia de primera instancia y se absuelva a mi representada de toda condena muchas gracias".

Además, según se observa en la constancia de pagos efectuados por el FOPEP aportada con la demanda, la entidad pagó la prestación sobre catorce mesadas anuales entre los años 2007 y 2011. A partir del año 2012 redujo la prestación a trece mesadas anuales (ver folios 108 a 111 ibídem).

El Tribunal debe definir si el demandante tiene o no derecho al pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce de su pensión.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 dispuso el pago de una mesada adicional a la que había creado la Ley 4ª de 1976, para *todos* los pensionados en el mes de junio. Sobre esto último se pronunció la sentencia C-409 de 1994.

Sin embargo, dicho derecho fue excluido del ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 01 de 2005 para las pensiones que se hubieran causado con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha en la cual cobró vigencia la enmienda constitucional.

Solo se conservó frente a quienes hubieran causado el derecho a la pensión antes de la fecha referida.

Para definir cuando se causó el derecho en casos como el presente, el Tribunal se remite a la reciente interpretación que hizo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vertido en las sentencias SL1098 de 2019, SL4550 de 2018, SL526 de 2018 y SL289 de 2018, sobre el texto de la Convención Colectiva de trabajo vigente en el periodo 1998-1999 entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES – SINTRACREDITARIO (aportada al proceso, folios 13 a 88 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia)[2]. Según dicha interpretación, la pensión de jubilación extralegal de

[2] El artículo 41 de la Convención Colectiva referida tiene el siguiente tenor literal: "*A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (2)*

los trabajadores de la CAJA AGRARIA se debe entender como un derecho *causado* y adquirido en el momento en que el trabajador cumplió 20 años de servicios sin que importe para el efecto la edad, pues, en palabras de la Sala Laboral, *"la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce y disfrute"* (ver SL 526 de 2018, M.P. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS).

Con esta interpretación de la Sala Laboral de la Corte, el Tribunal confirmará la sentencia apelada, pues el derecho del demandante se *habría* causado el 27 de junio de 1999 cuando terminó su contrato de trabajo (ver antecedentes en la Resolución 5398 del 4 de julio de 2007), y ello ocurrió antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, normatividad que como se dijo dispuso la extinción del derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14 para las pensiones que no se hubieran causado.

Así mismo, se confirmará la sentencia apelada en cuanto dispuso el pago de la mesada adicional a partir del 22 de octubre de 2017 (es decir a partir de la causada en junio de 2018), por prescripción, pues la reclamación que interrumpió el término trienal se elevó el 22 de octubre de 2020 (folios 102 a 105 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia) y la demanda se presentó el 12 de febrero de 2021 (folio 113 ibídem.).

Adicionalmente, procedía la indexación de las mesadas adeudadas a la fecha del pago, como quiera que mantener su valor adquisitivo constituye una garantía constitucional[3].

---

años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios (…) Parágrafo 1. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución".

[3] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL359-2021 Rad. 86405 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

No obstante, se debe advertir que la condena impuesta se debe pagar únicamente en el mayor valor que se genere entre la pensión convencional y la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor del demandante, dado su carácter de pensión *compartida*. Dicho carácter se deduce del artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 que dispuso para las pensiones reconocidas en forma voluntaria con posterioridad a octubre del año 1985 el carácter de *compartidas* con las pensiones de vejez que otorgue en el futuro el Sistema, y así lo ratificó el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 al advertir para las pensiones extralegales –en general- tienen dicho carácter.

COSTAS en la apelación a cargo de la UGPP.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, advirtiendo que la pensión convencional a cargo de la UGPP tiene el carácter de pensión *compartida* con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor del demandante, y por ello, el pago de la mesada catorce a cargo de la demandada será la *diferencia* que se genere entre la mesada adicional de junio a cargo de la UGPP y la mesada adicional de junio que esté pagando o llegue a pagarle COLPENSIONES.
2. **COSTAS** en la apelación a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

_____



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

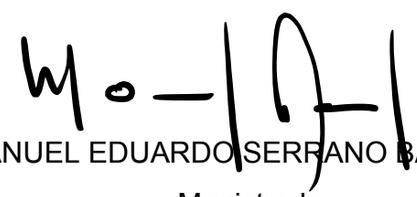


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CÁNDIDO ERNESTO RODRÍGUEZ BECERRA CONTRA GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar el recurso de apelación interpuesto por el demandante, contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2023 por el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra con las cuales se procuraba el reintegro por estabilidad laboral reforzada en razón de la salud del demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, CÁNDIDO ERNESTO RODRÍGUEZ BECERRA presentó demanda, la cual fue objeto de reforma, contra la sociedad GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A., para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que la demandada le terminó de maneral unilateral, ilegal y sin justa causa el contrato de trabajo cuando gozaba de estabilidad laboral reforzada, sin la previa autorización del Ministerio de trabajo. En consecuencia, pide que se declare que el despido es ineficaz y se ordene su reintegro a un cargo de igual o de superior categoría que le ofrezca condiciones iguales o mejores a las que tenía en el que no sufra el riesgo de empeorar su estado de salud por sus condiciones y recomendaciones, junto con los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir desde el momento de su despido hasta que se haga efectiva su reinstalación, la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, los perjuicios morales y materiales sufridos, y la indexación.

Como fundamento de lo pedido afirma que el 14 de junio de 2001 suscribió contrato de trabajo a término fijo con la empresa GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. para desempeñar el cargo de O*perario Ensamble Lamina II,* el cual terminó por despido sin justa causa el 9 de diciembre de 2019, momento para el cual su salario ascendía a $2.960.000 mensuales. Asegura que, previo a la celebración del contrato, le fueron realizados los exámenes médicos pre-ocupacionales en los que *se dejó expresa constancia que su estado de salud era bueno, sin limitación alguna de movimiento en columna, miembros superiores, miembros inferiores, cuello, auditivos etc.,* por lo que su resultado fue *Apto B.* Sostiene que a mediados del año 2003 fue diagnosticado con *lumbalgia aguda* y *lesión de rodilla derecha* y que durante los años siguientes presentó molestias en los hombros, codos, muñecas, columna y rodilla, que se registraron bajo las siguientes patologías: *dolores en hombros, tendinitis hombro derecho, accidente de trabajo con afectación del hombro derecho, dolor en codos y fractura de pierna izquierda, epicondilitis lateral derecha, tendinitis de mano, discopatía lumbar y dolor de hombro izquierdo.* Indica que de acuerdo con los exámenes ocupacionales que se le realizaron entre 2003 y 2013, las molestias que presentó se deben a los movimientos repetitivos y a la constante exposición a riesgos ergonómicos en las áreas donde trabajaba, lo cual también se puede constatar de su historia clínica donde se dejó registro de las patologías *síndrome de manguito rotatorio bilateral, epicondilitis bilateral, síndrome de túnel carpiano bilateral, 2 hernias discales L4-L5 y L5-S1, bursitis rodilla derecha, otras percepciones auditivas anormales* y *escoliosis con recomendaciones laborales y reubicación laboral.* Refiere que, debido a sus dolores, entre 2013 y 2019 fue incapacitado en múltiples ocasiones, la última reportada el 2 de octubre de 2019 porque la demandada desde el mes de junio de ese año *ordena dar aplicación al artículo 140 del C.S.T.,* y que también le fueron emitidas recomendaciones laborales. Manifiesta que las patologías de los hombros, codos, columna lumbar, muñecas y manos, se encontraban bajo seguimiento por parte del departamento de salud ocupacional de la empresa, quien también hacía evaluaciones post – incapacidad, y que para el 2017, aunque conservó el mismo cargo, fue reubicado en sus funciones para desempeñar labores administrativas de *trabajo estandarizado* realizando la inducción con aprendices SENA. Asevera que GM COLMOTRES conocía de su estado de

salud y que se encontraba en proceso de calificación de invalidez, aun así, decidió dar por terminado el contrato de trabajo sin justa causa. Dice que el 21 de diciembre de 2018 la demandada solicitó al Ministerio de Trabajo autorización para despedir a 103 trabajadores, lo que fue autorizado por esa cartera ministerial mediante Resolución No. 2227 del 8 de julio de 2019, y el 13 de enero de 2020 la Directora de Inspección Vigilancia Control y Gestión Territorial del Ministerio del Trabajo emitió la Resolución 0038 en la que si bien autoriza el despido de 103 deja a salvo a los *trabajadores que son sujetos de estabilidad laboral reforzada.* Advierte que se encontraba afiliado al sindicato UNIÓN DE TRABAJADORES ENFERMOS DE GENERAL MOTORS COLMOTORES – UTEGM- y en su afiliación también se dejó registro de sus patologías con el fin de informar a la empresa sobre su estado de salud. Afirma que es padre cabeza de familia y al quedarse sin trabajo no tiene acceso a la seguridad social, pese a que debe continuar con su proceso de calificación y asistiendo al médico para sus tratamientos y acceder a sus medicinas; que por su condición de salud y su edad le es *completamente imposible que otra empresa lo contrate.* Refiere que el Juzgado Once (11) Penal del Circuito de Bogotá con funciones de conocimiento, concedió transitoriamente el amparo de derechos fundamentales y ordenó su reintegro sin solución de continuidad, conminándolo para que instaurara la acción ordinaria respectiva. Asevera que adeuda $10.960.119 al Banco ITAU y $27.435.704 a la Cooperativa de Trabajadores de General Motors (ver demanda subsanada folios 7 a 24 archivo 4 y su reforma folios 04 a 35 archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. a través de apoderado judicial. Aceptó los hechos relativos al contrato, sus extremos, el cargo desempeñado, la solicitud ante el Ministerio del Trabajo, la terminación sin justa causa, y la decisión de la tutela. Los demás los negó o dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que el contrato de trabajo del demandante terminó legalmente en uso de la facultad establecida en el artículo 64 del C.S.T. previo el pago de la indemnización correspondiente en cuantía de $57.597.000. Aduce que el demandante durante la vigencia del contrato *jamás* estuvo cobijado por la estabilidad laboral reforzada, que siempre fue apto para desarrollar sus funciones pues de hecho nunca fue reubicado o

presentó restricción médica que afectara el normal desarrollo de las tareas a su cargo. Señala que para la fecha de desvinculación el demandante no había sido calificado ni se le había determinado una pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 25%, por lo que no se cumplen los requisitos exigidos por la Corte Suprema de Justicia para ser considerado sujeto de la protección laboral establecida en la Ley 361 de 1997. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *inexistencia de las obligaciones y cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, pago, compensación, enriquecimiento sin causa, buena fe, prescripción, alcance de la Ley 361 de 1997, inexistencia del nexo causal entre la terminación del contrato de trabajo y el estado de salud del actor, improcedencia e imposibilidad del reintegro* y la *genérica* (ver contestación folios 2 a 50 archivo 07, folios 3 a 51 del archivo 12 y archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de marzo de 2023, en la cual el Juez Diecisiete (17) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de todas pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión concluyó que si bien el demandante padecía unas patologías, conforme a los criterios de la Ley 361 de 1997 y la jurisprudencia de la Corte, no probó que para la fecha de terminación del contrato fuera un sujeto de protección constitucional o que tuviera una disminución en la capacidad laboral igual o superior al 15%, que lo hiciera acreedor de la garantía reclamada pues no tenía alguna incapacidad o recomendación. Indicó que no se acreditó que la relación laboral hubiera terminado por la limitación física del demandante, lo que desdibujaba el nexo causal entre ambos hechos, y que tampoco se indicó o probó cuáles eran los perjuicios morales o materiales pretendidos.

La parte resolutiva de dicha providencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de título y de causa para demandar propuestas por la demandada GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A según las razones expuestas en precedencia. SEGUNDO: DECLARAR no próspera la tacha de sospecha propuesta al testigo JHON ROBINSON RÍOS HERNÁNDEZ por la apoderada de la demandada según las razones expuestas en precedencia. TERCERO: ABSOLVER a la demandada GENERAL MOTORS – COLMOTORES S.A. de todas las pretensiones*

incoadas en su contra por el demandante el señor CANDIDO ERNESTO RODRIGUEZ BECERRA, identificado con la C.C. 7.225.627, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR en costas al demandante. En firme esta sentencia por Secretaría, practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de $300.000 M/Cte. QUINTO: Se dispone la consulta de esta sentencia a favor del demandante. Remítase el expediente al superior en caso de no ser apelado el fallo o no ser sustentado el recurso" (Audiencia virtual, archivo 031 del expediente digital, récord 59:48)

APELACIÓN

En el recurso, el demandante afirma que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional la estabilidad laboral se predica sobre individuos cuyo estado de salud les impide o dificulta cumplir con sus labores, sin ser necesario que exista una calificación de discapacidad, y en todo caso, no se le puede imponer esta carga al demandante. Indica que los grados de pérdida de capacidad laboral del Decreto 2463 de 2001 son incompatibles con los derechos de las personas que padecen una discapacidad y que por lo tanto no es viable que el fallador de primera instancia acoja una posición jurisprudencial que resulte desfavorable al trabajador. Asegura que probó que estaba enfermo y que la demandada no solicitó permiso del Ministerio del Trabajo, y por ello procede el reintegro[1] (Audiencia virtual, archivo No. 31 del expediente digital, minuto 1:01:15)

---

[1] *Sí señor juez manifiesto que interpongo recurso de reposición en subsidio apelación frente al fallo expuesto por este despacho y sustento este recurso de apelación para que el tribunal lo tenga en cuenta de la siguiente forma: En correspondencia a lo dispuesto por la Ley 361 del 97 la estabilidad laboral reforzada en principio se predicaba de los trabajadores discapacitados calificados sin embargo en relación con aquellas personas que solamente han sufrido un detrimento físico durante la vigencia del contrato laboral la Corte Constitucional en sentencia T- 597 del 2014 ha manifestado que debe proceder una protección constitucional que sería directamente de la Constitución Política y en virtud de la cual se brinda un paro de estabilidad laboral reforzada definido en la sentencia de 1023 de 2018 así "individuos cuyo estado de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus obligaciones laborales en condiciones regulares sin necesidad de que exista una calificación con condición de discapacitado" escuchando el fallo del señor juez versa principalmente es inmutante que el trabajador Cándido Ernesto Rodríguez al momento de ser evaluado presenta un porcentaje pérdida de capacidad laboral sin embargo está probado así como bien lo dice el señor juez que hay un amplio recaudo probatorio de tipo documental donde se prueba que el señor Cándido Ernesto Rodríguez sí se encontraba enfermo que se encontraba en un proceso de calificación entonces no puede ser que el despacho acoja un una posición jurisprudencial que es desfavorable al trabajador cuando efectivamente existe otra posición que es la posición de la Corte Suprema de Justicia que en varias de sus pronunciamientos esencialmente en la sentencia unificación 049 de 2017 toma la decisión por suerte su competencia de unificar la*

interpretación correspondiente a este tema por ser asunto de su competencia ya que de conformidad artículo 241 de la Constitución Política cuando hayan criterios dispares en la jurisprudencia nacional se debe unificar esos criterios en pro de los derechos constitucionales de los ciudadanos es una responsabilidad del fallador tomar estos criterios constitucionales y no únicamente estos precedentes de la Corte Suprema de Justicia que no han evolucionado con los criterios jurisprudenciales puesto que desde el año 2009 nuestro Estado ha acogido y ha firmado la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad esto fue aprobado por la Ley 1346de 2009 y que ha sido pues posterior y que veo que el juez pues no ha acogido estos preceptos constitucionales que hacen parte del Bloque de constitucionalidad o sea esto está por encima de cualquier precedente o sustento jurisprudencial si alguna Corte Suprema de Justicia que no tiene en cuenta el modelo social de discapacidad que no tiene cuenta la situación material y real del trabajador que en el caso del señor Cándido Ernesto Rodríguez es efectivo es real que él estuvo enfermo que está enfermo el momento de su despido se encontraba enfermo padeciendo unas patologías que como lo dice el mismo señor juez se encuentran en todo este acervo probatorio que al analizar y dentro de sus patologías se determina que estas patologías son de origen laboral es decir él no las adquirió en la casa, en ese lugar de trabajo entonces es totalmente inconcebible que actualmente todavía no se haya acogido una evolución jurisprudencial sobre la parte débil de esta situación deja sin trabajo a una persona que se encuentra afectada porque entregó su fuerza de trabajo en este lugar sin embargo es desechado por su empresa y en ese momento es desechado por el mismo fallador que en este caso este despacho acoge una posición jurisprudencial que no es favorable al trabajador empezando porque no recoge el artículo 53 de nuestra Constitución política donde se preceptúa el principio de favorabilidad para estos trabajadores sí entonces se echa de menos que el fallador no acoja estos principios constitucionales y acoja favorecer a una empresa que efectivamente explotó a un trabajador dejándolo enfermo sí y eso quedó claramente establecido en todo el acervo probatorio en todos los testimonios que efectivamente la empresa sabía que él estaba enfermo efectivamente la empresa lo tuvo que reubicar así lo dijo nuestro testimonio que fue otro compañero de trabajo que fue jefe de don Cándido ese señor lo digo claro a mí me decían esos trabajadores que están enfermos los tenemos que poner otro lugar entonces si no estuviera enfermo pues no lo tendría que haber reubicado nunca sí entonces ese es el sustento que plantea la Corte Suprema de Justicia que era la carga que debe tener una persona como don Cándido Ernesto que tiene que estar trabajando que no puede asumir la carga de estarle pidiendo a un sistema de riesgo o de seguridad que es muy laborales no le puede estar exigiendo que le haga la calificación de pérdida de capacidad laboral esto no es tampoco la responsabilidad de Don Cándido la ineptitud o la ineficacia de este sistema que no le emitió una pérdida de capacidad laboral al momento del despido entonces he puesto que estos grados de pérdida de capacidad laboral del Decreto 2463 de 2001 son incompatibles con la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad estas normativa justamente lo contrario es incompatible la negatoria de los contenidos de la convención instrumento que vale la pena recordar integra nuestro elenco de los derecho humanos y por consiguiente hace parte del bloque de constitucionalidad según lo previsto en el art 93 de nuestra Constitución política es decir implica que sus preceptos tiene una máxima jerarquía en el sistema jurídico y por lo tanto es imperativo interpretar las reglas de inferior jerarquía conforme a sus contenidos normativos y esta norma que está aplicando el señor Juez en este fallo desfavorable para el trabajador estas normas son efectivamente de inferior jerarquía entonces de esta forma estuvo probado que efectivamente señor cándido Ernesto estaba enfermo y no se cumplió el requisito que se aplique que es una pérdida de capacidad laboral que el sistema nunca haya cumplido con esto segundo que el empleador estaba enterado de esa situación y efectivamente acá dentro de los testimonios el representante legal, el médico y todos aceptaron que sabían que el señor Cándido Ernesto estaba en proceso de calificación y tercero no hubo una solicitud de permiso a la inspección del trabajo como lo ha ratificado en diferentes jurisprudencias que es una obligación de parte de un empleador y cuando hay duda frente a ese nexo de causalidad porque estamos ante una parte débil que es efectivamente el trabajo entonces así como el juez ha aplicado obviamente una posición jurisprudencial desfavorable que no aplica el principio de favorabilidad ni los principios constitucionales del derecho al trabajo pues mi sustento está en esa contravía en ese antagonismo que realmente se aplique entonces los principios constitucionales, la Constitución Política, el bloque de constitucionalidad para que sea protegido los derechos del trabajador cándido Ernesto Rodríguez y sean aceptadas todas las pretensiones que se propusieron en esta demanda así como que se declare ineficaz ese despido porque aunque el juzgado diga que no hay dentro del de la ley presenta un concepto común como que sea en armonía con el los principales declara sé que sea ineficaz en un despido pues es total así usted hasta que pues efectivamente es del año 97 y que ha hecho caso omiso en reconocer que hay una evolución jurisprudencial frente a los derechos de los

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia los siguientes hechos relevantes para la decisión que tomará la Sala: (i) que el 14 de junio de 2001 el demandante suscribió contrato de trabajo con la empresa GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A. (folio 99 a 102 del archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia) y ocupaba el cargo de *Operario Ensamble Lamina II* devengando como último salario la suma de $2.978.033 (folio 103 ibídem); (ii) que la relación laboral finalizó el 09 de diciembre de 2019 por decisión unilateral y sin justa causa del empleador, con el pago de la indemnización correspondiente (folio 102 archivo 07 del expediente digital trámite de primera instancia); (iii) que mediante sentencia dictada el 28 de febrero de 2020 por el Juzgado Once Penal del Circuito de Bogotá con Funciones de Conocimiento se concedió *transitoriamente* el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la *estabilidad laboral reforzada* y al mínimo vital del demandante y, en consecuencia ordenó a GM COLMOTRES reintegrarlo al cargo que desempeñaba o *a uno de igual o superior jerarquía, el cual pueda ejecutar de acuerdo con su condición de salud,* y pagarle los salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de percibir desde la terminación y hasta el reintegro (folios 46 a 55 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia); y que en cumplimiento de la decisión judicial, el 6 de marzo de 2020 el demandante fue reintegrado a su puesto de trabajo (folio 136 archivo 07 primera instancia).

El Tribunal debe definir si el demandante tiene derecho a la estabilidad reforzada que regula la Ley 361 de 1997 y, en consecuencia, si procede el reintegro con el pago de salarios dejados de percibir, aportes a la seguridad social, la indemnización del artículo 65 del CST, y los perjuicios materiales y morales reclamados en la demanda.

---

trabajadores y trabajadoras que están enfermos y que son el en este momento tiene una un fuero de estabilidad laboral reforzada en estas en esos términos el juez dio doy por sustentado mi recurso para que por favor sea tenido en cuenta por usted el recurso de reposición y en subsidio de apelación muchas gracias.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 prohíbe la terminación del contrato del trabajo cuando tenga origen en una limitación en la capacidad del trabajador, salvo que medie una autorización de la oficina del Trabajo. La norma sanciona la inobservancia de esta última formalidad con el pago, a título de indemnización de 180 días de salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a las que hubiere lugar.

Sin embargo, al estudiar la norma referida, la Corte Constitucional definió con efectos de cosa juzgada que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 se ajusta al ordenamiento jurídico siempre y cuando se entienda que el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo por una limitación física o psíquica y sin autorización de la oficina de Trabajo, carece de efecto jurídico y en consecuencia también da lugar al reintegro del trabajador. A juicio de esa Corporación, la simple indemnización pecuniaria que tasó la Ley 361 no garantiza la estabilidad laboral que el ordenamiento jurídico otorga a los trabajadores que padecen limitaciones en su capacidad para trabajar y son despidos por dicha causa[2].

A su vez la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en ejercicio de la función que le asigna la Constitución Política para unificar la jurisprudencia nacional interpretando las normas legales vigentes frente a casos concretos, ha entendido que las "*personas limitadas"* a quienes se destinaron las garantías contenidas en la Ley 361 de 1997 son aquellas que han sufrido una reducción en su capacidad laboral considerable frente a las funciones asignadas[3], o aquellas que por otras razones se encuentren en un estado de debilidad manifiesta.

Dispuso así la Corte Suprema de Justicia unos parámetros objetivos que permiten a los jueces dilucidar, en casos concretos, cuáles personas son

---

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

[3] SL 10538 de 2016. M.P Fernando Castillo Cadena *"Con las precisiones que anteceden, el Tribunal sí incurrió en los desaciertos fácticos y jurídicos que le endilga el censor, al exigirle a la demandada la autorización del Ministerio del Trabajo para poder despedir a la demandante, sin que existiera certeza de la limitación o discapacidad en el porcentaje que se exige para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, pues el «stress laboral» que padecía la actora y la solicitud de reubicación laboral que se le formuló al empleador, no son suficientes para considerarla como una trabajadora con limitación física, psíquica o sensorial en los grados a que se refiere la norma en cita, máxime que en el sub judice, como lo destacó el mismo Juzgador de la apelación, la demandante no fue incapacitada, ni se le diagnosticó médicamente discapacidad alguna para el momento de su desvinculación".*

objeto de la protección especial de la Ley asumiendo que no toda afectación en la salud del trabajador ni toda limitación de su capacidad de trabajo generan una dificultad cierta para la reinserción en el sistema competitivo laboral, que es el objeto protegido por la Ley 361 de 1997.

Entiende también la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que el reintegro procede siempre y cuando el despido del trabajador o la terminación del contrato de trabajo haya tenido como causa *real* o eficiente la situación de salud del trabajador. En la sentencia SL1152-2023 señaló: "*Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral es por esta razón, el despido es discriminatorio y es preciso declarar su ineficacia por lo que procede el reintegro con el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con la orden de los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997*".

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

En este orden de ideas, para otorgar la protección que asigna la referida Ley a un caso concreto el juez debe tener certeza sobre una discapacidad relevante del trabajador para cumplir las funciones asignadas en el contrato de trabajo, o de una situación de debilidad para el momento del despido, y debe tener certeza de que la terminación del contrato de trabajo tuvo origen o causa en dicha incapacidad o debilidad.

Este último requisito se presume ocurrido cuando se demuestra que el empleador conocía de la pérdida de capacidad o de una situación de debilidad manifiesta en el trabajador. Tal presunción se puede desvirtuar por el

empleador si aporta prueba que demuestre la existencia de otras causas eficientes de terminación del contrato de trabajo[4].

Con estas reglas normativas y de interpretación, y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues no se probó que la situación de salud del demandante implicara una limitación o restricción para el cumplimiento de las funciones *en* las condiciones regulares que venía desarrollando, ni que su situación de salud fuera la causa real y *eficiente* de finalización de la relación laboral.

Al respecto, si bien es cierto conforme a la historia clínica que se incorporó al expediente, que desde el año 2003 el demandante presentaba diferentes patologías y tenía diagnóstico entre otros, de G560-*trastorno de síndrome de túnel carpiano, M545- lumbago no especificado, M751- síndrome de manguito rotador, M771-epicondilitis lateral, discopatía lumbar con compresión radicular L4, L5 y L5 S1* y *M513- otras degeneraciones especificadas de disco intervertebral* (folios 153 a 184, archivo 01 primera instancia), no se advierte que por dichas patologías se hubieran emitido recomendaciones especiales que se debieran cumplir para la época del despido, ni que se encontrase en licencia por incapacidad temporal, o en cualquier otra circunstancia que imposibilitara la realización de las actividades propias de su cargo u otras de las mismas características.

Aunque el 27 de diciembre de 2018 la EPS SANITAS emitió algunas recomendaciones médico-laborales las cuales fueron allegadas a GENERAL MOTORS COLMOTORES S.A el 30 de enero de 2019 (folio 211 y 217 archivo 04) estas tenían vigencia de 6 meses –hasta junio de 2019-, no hay prueba alguna en el plenario que dé cuenta de su prórroga. La última incapacidad incorporada a estas diligencias es del 3 de octubre de 2019 y tenía una duración de 2 días (folio 202, archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia). Aunado a lo anterior, está acreditado, no solo por confesión que hiciera el demandante al absolver el interrogatorio de parte[5], sino también

---

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

[5] Audiencia del 29 de septiembre de 2022, récord 19:08 archivo 27, primera instancia.

con las pruebas documentales incorporadas al expediente, que la demandada atendió tales restricciones médico-laborales desde el año 2013, vigiló el cumplimiento de las mismas e hizo el seguimiento correspondiente (folios 215 a 258 archivo 04 y archivo 12, primera instancia).

Además, y si bien el cargo que ocupaba en la empresa se denomina *OPERARIO ENSAMBLE LAMINA II,* lo cierto es que, según lo advirtió igualmente el demandante en su interrogatorio e incluso en la reforma de la demanda, desde el año 2013 aproximadamente se le asignaron tareas administrativas que admitió estaba realizando correctamente y sin restricciones para la fecha de finalización del contrato. De lo anterior también dio cuenta el testigo HELVER BUSTOS COY, supervisor del Departamento de Seguridad Ocupacional[6]. Dice la Corte en la sentencia antes referida (SL1152-2023): "*Para desestimar la presunción de despido discriminatorio, al empleador le corresponde probar que realizó los ajustes razonables y, en caso de no poder hacerlos, demostrar que eran una carga desproporcionada o irrazonable y que se le comunicó al trabajador. (…)",* que es lo que precisamente se deduce de los elementos de convicción que fueron acopiados en el plenario.

Los hechos anteriores resultan cuando menos indiciarios de que no hubo una relación causa efecto entre la situación de salud del demandante y la terminación del contrato de trabajo. Si bien se determinó por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez que las patologías *síndrome de manguito rotatorio, Lesión del nervio cubital y epicondilitis lateral* son de origen laboral (archivo 017, trámite de primera instancia), esa sola circunstancia resulta insuficiente para otorgar la protección constitucional que se reclama, porque no son evidencia de una reducción de su capacidad laboral ni de que su despido se hubiera producido por causa o *con ocasión* de tales padecimientos.

De todas maneras, en el expediente también se demostró que la causa eficiente de la finalización del contrato de trabajo del demandante fue la necesidad de reducir la fuerza laboral de la empresa. De acuerdo con el testigo JOSÉ LUIS IGLESIAS GARCÍA, Gerente de Operaciones de Manufactura de la demandada, desde el año 2018 la producción de vehículos se redujo

[6] Ibídem, archivo 28, récord 1:31

drásticamente lo que llevó a efectuar un ajuste en los programas de producción y en la planta de personal y, de contera, la terminación del contrato de trabajo del demandante y de otros trabajadores.

Como de las pruebas aportadas no se deduce que el demandante tuviera una reducción en su capacidad laboral considerable frente a las funciones asignadas, ni que el despido hubiera tenido como causa su estado de salud, aun cuando el contrato hubiera terminado por decisión unilateral del empleador, no procede el reintegro pretendido.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE MÓNICA HERNÁNDEZ MONTALVO CONTRA QUALA S.A.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante, contra la sentencia dictada el 16 de septiembre de 2022 por la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra con las cuales perseguía la declaración de la existencia de una relación laboral.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MONICA HERNANDEZ MONTALVO presentó demanda contra la sociedad QUALA S.A. para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido terminado por despido sin justa causa. En consecuencia, pide que se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, sanción moratoria, dominicales del año 2010, indemnización por despido sin justa causa y las sanciones moratorias contempladas en los artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y 65 del CST, y la devolución del 6% de la retención en la fuente efectuada sobre los pagos efectuados.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que el 14 de enero de 2010 ingresó a la empresa QUALA S.A. a laborar en el cargo de encuestadora mediando contratos de prestación de servicios, para desarrollar labores continuas y subordinadas afines al objeto de la demandada, quien se dedica a

la investigación y mercadeo de toda clase de productos de consumo masivo. Como salario se pactó un valor por cada encuesta o censo que se realizara que se pagaba diariamente. Aduce que inicialmente mantuvo una relación continua con la empresa por 4 años, desde el 2010 al 2014, trabajando de lunes a domingo durante el 2010 y las demás anualidades de lunes a sábado, posteriormente a partir de junio de 2014 hasta el 07 julio de 2015 laboró solo 4 días a la semana pues según su empleador no había mucho trabajo. Asegura que por orden de Hernando Lara -jefe de campo- se terminó el contrato de trabajo sin justa causa y sin previo aviso aduciendo al efecto retardos en la llegada a las tiendas y panaderías donde se realizaban las encuestas. El 16 de septiembre de 2015 se celebró audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo con el representante Legal de la empresa QUALA S.A. que resultó fallida (folios 4 a 21 del archivo 03 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por QUALA S.A. mediante apoderado judicial, quien se opuso a todas las pretensiones. Afirma que lo acordado, pactado y ejecutado con la demandante fueron varios contratos de prestación de servicios no subordinados, y que la acción para el reclamo de los derechos que pudieron surgir se encuentra prescrita. En su defensa propuso como excepción previa la *prescripción,* y como excepciones de fondo la *inexistencia de la relación laboral entre las partes, inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la demandada, prescripción y buena fe* (Ver contestación archivo 07 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de septiembre de 2022, mediante la cual el Juzgado Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de todas las pretensiones incoadas en su contra por inexistencia de la relación laboral y cobro de lo no debido. Para tomar su decisión la juez estimó que no se acreditaron los tres elementos necesarios para que exista el contrato de trabajo, ni los extremos de la relación, y en todo caso se desvirtuó la subordinación alegada.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: ABSOLVER a la demandada QUALA S.A, que se identifica con*

el NIT 860.074.450 -9 de todas y cada una de las pretensiones que fuesen incoadas en su contra por la demandante señora MÓNICA HERNÁNDEZ MONTALVO, que se identifica con la cédula 52.536.329, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la relación laboral entre las partes, el cobro de lo no debido por la demandada QUALA S.A identificada con NIT 860.074.459 conforme pues a lo motivado. TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. CUARTO: En el evento de no ser apelada, la presente decisión se ordena remitir el expediente al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral, para que allí se surten grado jurisdiccional de consulta, toda vez que la decisión fue adversa a los intereses de la parte demandante." (Audiencia virtual del 16 de septiembre de 2022, archivo 14 récord 28:35 expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante pide que se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de su demanda. Afirma que con las pruebas allegadas al plenario se probó la prestación continuada y personal del servicio, que tiene relación con el objeto social de la empresa por lo que no se puede considerar que fue una actividad esporádica o accidental, y la subordinación de la demandante quien debía seguir las instrucciones dadas al diligenciar los formularios de las encuestas y asistir a capacitaciones. Asegura que al haberse probado los elementos que configuran el contrato de trabajo y los extremos laborales, el fallo es contrario a la Ley (Audiencia Virtual, archivo 15 récord 25:59)[1].

[1] "*Si su señoría le manifiesto al despacho en este momento que conforme al artículo 66 del Código procesal del trabajo y de la Seguridad Social interpongo el recurso de apelación contra la sentencia proferida en esta audiencia por medio de la cual se niega las pretensiones impetradas en la demanda instaurada por la parte actora con el objeto de que esta sea revocada y, en su defecto, se reconozcan y acojan favorablemente las ya citadas pretensiones plasmadas en el libelo introductorio del proceso, en los términos de ley fundamento el presente recurso en las siguientes razones: La sentencia aquí proferida no se ajusta a la realidad procesal, ni a la ley. Aquí, en primer lugar, desconocen los hechos reales y legalmente probados en el proceso y en segundo desconoce la ley que taxativamente rige este evento jurídico. En efecto, en el caso que nos ocupa, la entidad empleadora, haciendo uso de su poder dominante vinculó a mi mandante a dicha entidad a laborar para ella desde el inicio de su relación hasta la terminación bajo el ropaje de un contrato de prestación de servicios a ella inaplicable por Ministerio de la ley, en razón a la naturaleza de la de la labor realizada a la naturaleza del servicio prestado a la naturaleza del pago recibido y a las manifiesta debilidad económica que de la citada trabajadora que ante su necesidad se vio obligada a aceptar impunemente durante largos años las nefastas e ilegales condiciones laborales que le fueron*

impuestas por la entidad empleadora aquí demandada. Ante la maniobra implementada por la entidad empleadora aquí demandada en contra de la trabajadora aquí demandante se vio obligada a acudir a la administración de Justicia en pro de obtener por esta vía reconocimiento judicial de la existencia real y efectiva del contrato laboral que la vinculó a ella como trabajadora con la sociedad demandada para con base en ello solicitar ante la justicia el reconocimiento de sus derechos laborales vulnerados y desconocidos por la entidad a través de la ya indicada maniobra del supuesto contrato de prestación de servicios que en la realidad efectiva no existía, ni podía existir, ni mucho menos se podía cumplir. Así mismo, con las pruebas recogidas aquí dentro del proceso y que está desconociendo el fallo proferido quedó plenamente demostrada la desnaturalización y la real inexistencia de un contrato de prestación de servicio con que se pretende ocultar la verdadera vinculación de mi mandante para con la demandada está desestimando la prueba inclusive documental el fallo aquí proferido donde se verificó, se indicó, se demostró claramente una subordinación donde en cada uno de los formularios de las encuestas que le entregaba la demandada a mi mandante le daban indicaciones, es decir, son órdenes claras y específicas se supone que si ella es una encuestadora profesional o idónea, debe saber que anotar o qué resolver frente a cada pregunta que conteste el encuestado, sin embargo, está desconociendo el despacho que a prueba documental se encuentra demostrado cómo en cada uno de los formularios le indicaban si la persona contesta así debe escribir o debe decir tal cosa, debe preguntar si la persona contesta no son indicaciones claras y que están rezan en la actuación procesal. Segundo está desconociendo de la parte testimonial entregada por el mismo testimonio que allega la parte demandada donde la señora Luz Mery Gaona en este momento se me escapa el nombre ella indica claramente que efectivamente, para cada estudio le daban a ellos instrucciones, para cada estudio, es decir, para cada vez que ellos iban a hacer una campaña, le tenían que enseñar, le tenían que dar indicaciones de que dar instrucciones cosa que por ministerio de la ley no debía presentarse en una prestación de servicios donde se supone que es una persona autónoma, es idónea, es profesional o por lo menos tiene la experiencia para realizar las labores de otra parte en la verdadera relación laboral que vincula a mi mandante con la entidad empleadora no existió una autonomía en estos contratos de prestación de servicios por el contrario, lo que verdaderamente existió y quedó totalmente probado dentro del proceso fue la dependencia y subordinación de mi mandante como trabajadora respecto a la entidad empleadora y sus representantes. También quedó demostrado que mi mandante prestaba de manera personal, era la señora Mónica Hernández, y no era ninguna otra persona la que prestaba el servicio para la entidad aquí demandada en la verdadera relación laboral que vinculó a mi mandante con la entidad empleadora tampoco existió un trabajo esporádico, accidental o ajeno al objeto social de entidad empleadora, el cual es característico de los contratos de prestación de servicios, sino que, por el contrario, lo que realmente existió y quedó plenamente demostrado con el acervo probatorio es que fue una prestación continuada, directa, personal, que tiene que ver absolutamente con el objeto social de la empresa y que se mantuvo todo el tiempo tan es así que esa fue la única labor que mi mandante realizo durante todo el tiempo que estuvo vinculada a la empresa es decir, no se puede hablar de una actividad esporádica o accidental como ya se expuso en la verdadera relación laboral que vincula a mi mandante con la entidad empleadora, tampoco existió la exigencia prevista para los contratos de prestación de servicios referente a los conocimientos idóneos, técnicos o profesionales, sino que, por el contrario, lo que sí quedó realmente demostrado es que la contratación de mi mandante fue por parte de la entidad empleadora no tenía ninguna formación profesional, científica, técnica y, por lo tanto, como ya lo expuse de la declaración de la señora Luz Milena Tapia exactamente que fue uno de los testigos de la parte demandada manifestó frente al despacho que frente a cada campaña ellos debían asistir para hacer un entrenamiento, es decir, les tenían que indicar qué era lo que tenían que hacer le tenían que indicar cómo debían actuar cosa que es ajena a un contrato de prestación de servicios elaborado, prestado, ejecutado por una persona experta en el tema. Así las cosas mediante el caudal probatorio legalmente allegado al proceso, quedó demostrado la totalidad de los elementos que efectivamente configuran plenamente la totalidad del contrato laboral que vinculó a mi mandante de otra parte con los testimonios allegados efectivamente se entregó y se demostró los vínculos, los extremos tanto inicial como final de la relación en ese orden de ideas conforme a lo que se ha expuesto el fallo aquí recurrido es completamente infundado y contrario a la ley en esos términos, su señoría dejo fundamentado el recurso de apelación que aquí se eleva.

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con el recurso propuesto (artículo 66-A del CPTSS), se centra en definir: (i) si se acreditó o no la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, y en dado caso, (ii) si procede el pago de las prestaciones sociales y demás acreencias laborales, la devolución del 6% de retención en la fuente, la sanción moratoria por no consignación de cesantías y por falta de pago de prestaciones a la terminación de la relación.

(i) RELACIÓN LABORAL. Para resolver lo primero son pertinentes los artículos 22 y 23 del CST que definen al contrato de trabajo como "*aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración*", disponen como elementos esenciales del contrato (i) la actividad *personal* del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, (ii) la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador que implica la posibilidad jurídica de impartir órdenes en cualquier momento sobre modo, tiempo, lugar o cantidad de trabajo e imponer reglamentos, y (iii) el salario, contraprestación directa del servicio.

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

De las normas referidas y del artículo 24 del mismo código, la doctrina y la jurisprudencia entienden una *presunción legal,* por virtud de la cual toda relación en la que se involucre la prestación continua de un *servicio personal* está regida por contrato de trabajo, es decir, se presume ejecutada bajo *subordinación*. Ello trae una ventaja procesal para quien reclama la existencia del contrato de trabajo pues el artículo 167 del CGP excluye de la carga de prueba a quien alega hechos que son presumidos por el legislador, por ello probada la prestación de un servicio personal y continuo de la parte demandante en favor de la parte demandada la carga de desvirtuar que dicho servicio tenía naturaleza subordinada recaerá en el empleador.

Con estas reglas procesales y una vez revisado el expediente el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia, pues no encuentra evidencia suficiente para concluir que la demandante hubiera prestado servicios personales *continuos* a favor de la demandada, y de todas formas, como lo señaló la juez de primera instancia, se desvirtuó la existencia del elemento *subordinación*.

Sobre la continuidad de los servicios prestados, la demandada allegó con la contestación a la demanda las copias de los contratos de prestación de servicios discontinuos suscritos con la demandante (ver páginas 23 a 50 archivo 07), en los que la demandante se obligó a realizar unas encuestas específicas para la realización de estudios igualmente específicos de mercadeo, con duración variable de 1 día, 8 días o 15 días.

Sobre la forma como tales servicios se prestaron declararon: ESTEBAN MUÑOZ (min 45:45 archivo 12) quien fue compañero de trabajo de la demandante; LUZ MILENA TAPIAS GAONA Jefe de Mercados de la demandada (1:23:40 archivo 12); LUIS HERNANDO CABRA RICO -Líder de operaciones de campo- (14:24 Archivo 13) y YANETH HERRERA –Auxiliar de Investigación de Mercados- (35:25). De estos testimonios se deduce que las labores no fueron continuas, que son los *encuestadores* quienes eligen y se inscriben para cumplir las labores sin horario o repercusión en caso de que alguno decida no participar en cada campaña, que los encuestadores recibían una inducción sobre el producto que se iba a encuestar y el formulario de encuesta sin supervisión, que los encuestadores no tenían la obligación de asistir todos los días a la empresa ni tenían un puesto de trabajo o recibían llamados de atención, y que no había supervisores -como se afirma en la demanda- sino unos *verificadores* cuya función consistía en revisar que las encuestas se hubieran realizado.

La declaración de ALBA LUCIA HERNANDEZ MOLTALVO, se valora teniendo en cuenta que se trata de una testigo de oídas a quien no le consta de manera directa ninguno de los hechos que expone la demanda.

Con todo, y aunque se concluyera que los servicios se hubieran prestado de forma continua (para poder deducir una *continuada subordinación o*

dependencia como lo exige el artículo 23 del CST para la presunción de existencia del contrato de trabajo), lo cierto es que, de todas formas, se desvirtuó la existencia de este elemento.

Al afecto se extrae del interrogatorio rendido por la demandante que era ella quien disponía en función del contrato de prestación de servicios vigente en cada momento los días en los cuales iba a realizar las encuestas y los días que no laboraba. Según su dicho se ausentó por cerca de un mes para atender una calamidad doméstica, y según la testigo LUZ MILENA TAPIAS se retiró en varias oportunidades durante varios meses, por decisión propia. De ello hay evidencia adicional en las "*orden de servicio"* que allegó la demandante (ver páginas 50 a 129 y 453 a 491 archivo 03) que dan cuenta de la liquidación y pago de los servicios prestados en las condiciones descritas.

No son indicativos de subordinación los formularios de encuesta que allegó la demandante pues en ellos no se observa algún tipo de instrucción u orden por parte de QUALA S.A., y en todo caso tales formularios en su parte superior llevan el nombre de un tercero "*INVESTIGAR*", mencionado por la demandante y por el testigo ESTEBAN MUÑOZ por haber sido el encargado de realizar el estudio de los productos de la demandada, a quien no se vinculó a este proceso. Se debe señalar, de todas formas, que la instrucción o capacitación sobre cómo se debe aplicar una encuesta no es indiciario de subordinación.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE PABLO EMILIO ESCOBAR ESCOBAR CONTRA CEMEX COLOMBIA S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por CEMEX COLOMBIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, contra la sentencia dictada el 22 de febrero de 2023. En ella se ORDENÓ el pago de cálculo actuarial ante COLPENSIONES por las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones causadas entre el 25 de marzo de 1948 y el 31 de marzo de 1950, y entre el 29 de diciembre de 1953 y el 8 de marzo de 1966, y se ordenó a COLPENSIONES que una vez reciba el cálculo ordenado actualice la historia laboral del demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, PABLO EMILIO ESCOBAR ESCOBAR presentó demanda contra CEMEX COLOMBIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se reconozca la existencia de una relación laboral con CEMEX DE COLOMBIA antes CEMENTOS SAMPER S.A. entre el 25 de mayo de 1948 y el 31 de marzo de 1950, y entre el 29 de diciembre de 1953 y el 8 de marzo de 1966, en consecuencia, se condene a la demandad a pagar el valor de los aportes que corresponden al periodo laborado, y se ordene a COLPENSIONES el reconocimiento de la

indemnización sustitutiva de la pensión de vejez junto con los intereses moratorios, la indexación, y perjuicios morales y materiales.

Como hechos que fundamentan las pretensiones, afirma que nació el 21 de abril de 1932 e ingresó a laborar con CEMEX DE COLOMBIA antes CEMENTOS SAMPER S.A. el 25 de mayo de 1948, laboró hasta el 31 de marzo de 1950 cuando renunció para cumplir con su obligación de prestar el servicio militar (del 3 de enero de 1952 al 3 de agosto de 1953), y se volvió a vincular el 29 de diciembre de 1953 y laboró hasta el 8 de marzo de 1966, con lo cual completó 14 años y 6 días de labores para CEMENTOS SAMPER S.A., tiempo que no se ve reflejado en su historia laboral de COLPENSIONES (ver demanda archivo 01 páginas 6 a 13, trámite de primera instancia expediente digital).

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

CEMEX COLOMBIA S.A., mediante apoderado aceptó la existencia de la relación laboral entre el demandante y la empresa Industria e Inversiones Samper S.A., y sus extremos. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que no tiene ningún tipo de obligación o pasivo pendiente por reconocer al demandante, pues para la época del vínculo no existía la obligación legal de afiliar y efectuar cotizaciones al extinto ISS, la asunción de los riesgos por vejez por parte de esta entidad fue gradual y progresiva, y en el municipio de la Calera donde el demandante prestó sus servicios solo inició la obligación de cotizar al ISS en el mes de abril de 1994. Asegura que no puede predicarse una omisión del empleador mientras no fuera forzosa la obligación de afiliación y pago de aportes. Propuso como excepciones de mérito: *cobro de lo no debido por inexistencia de obligación, buena fe y prescripción* (ver contestación archivo 01 páginas 114 a 122 del trámite de primera instancia expediente digital).

COLPENSIONES mediante apoderado también contestó la demanda. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que se encuentran dirigidas en contra de un tercero. Explicó que el computo del tiempo de servicios como trabajadores vinculados con empleadores que por

omisión no hubieren afiliado al trabajador, *será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el calculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción de la entidad administradora*. En lo relacionado con la indemnización sustitutiva considera que no le asiste derecho al demandante por no tener cotizaciones en esa administradora. Propuso como excepciones de mérito las de *falta de legitimación en la causa por pasiva, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia la pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica* (ver contestación archivo 01 páginas 137 a 150 del trámite de primera instancia expediente digital).

Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de febrero de 2023 en la cual la Juez Diecinueve (19) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a CEMEX DE COLOMBIANA S.A., a pagar mediante cálculo actuarial que para el efecto realice COLPENSIONES las cotizaciones insolutas, y ABSOLVIÓ de las demás pretensiones. Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia no encontró controversia sobre la existencia de la relación laboral entre el demandante e INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER S.A. en el periodo comprendido entre el 25 de mayo de 1948 al 31 de marzo de 1950, y del 29 de diciembre de 1953 al 8 de marzo de 1966, y estimó que pues al margen de que la normatividad vigente para la fecha de la relación de trabajo no obligara a la demandada a realizar cotizaciones a pensiones de sus trabajadores, sí debía hacer los aprovisionamientos correspondientes y responder por las obligaciones pensionales. Además, concluyó la sustitución patronal entre INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER y CEMEX COLOMBIA S.A con base en lo establecido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justiciá Sala Laboral, y condenó a esta última al pago del cálculo actuarial. Dijo que solo cuando se realice el pago del cálculo podrá COLPENSIONES proceder con el el estudio de la indemnización sustitutiva.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: CONDENAR a CEMEX COLOMBIA S.A que se identifica con nit*

860.002.526-1 a pagarle a favor del señor PABLO EMILIO ESCOBAR ESCOBAR con Cédula 292617 las cotizaciones causadas al sistema de Seguridad Social en pensión corresponde al periodo laborado entre el 25 de marzo 1948 al 31 de marzo de 1950 y entre el 29 de diciembre del 53 al 8 de marzo del 66, las cuales deberán ser consignadas o aportadas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES previo al cálculo total que elabore dicha entidad administradora. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA COLPENSIONES a elaborar ese cálculo actoral en el que incluya el periodo laborado por el aquí demandante, señor Pablo Emilio Escobar Escobar a CEMEX COLOMBIA S.A con el NIT. 860.002.526-1 se identifica ante los periodos 25 de marzo, del 48 al 31 de marzo 50 y entre el 29 de diciembre del 53 al 8 de marzo del 66, teniendo en cuenta para la decisión del referido cálculo actuarial salario mínimo conforme la parte motiva de esta providencia, y lo mismo se le ordena a Colpensiones que actualice pues la historia laboral, una vez hecho los correspondientes pagos por la aquí demandada Cemex actualice la historia laboral del demandante. TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. CUARTO: DECLARAR NO probadas las excepciones que propone las demandadas de conformidad con lo indicado en la parte motiva de esta sentencia. QUINTO: LAS COSTAS están a cargo en este caso la demandada CEMEX COLOMBIA S.A y en favor del aquí demandante, ordena que sean tasadas por la Secretaría del despacho. SEXTO: SI NO es apelada la presente decisión remite el expediente al Honorable Tribunal De Bogotá Sala Laboral para que surta el jurisdiccional de consulta, teniendo en cuenta, digamos, la vinculación de COLPENSIONES." (archivo 23, Minuto 1:07:28 trámite de primera instancia del expediente digital).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de CEMEX DE COLOMBIA S.A. afirma que no se cumple con lo previsto en los artículos 67 y siguientes del CST para que se materialice una sustitución patronal, y por tanto la obligación de CEMEX de asumir el pago del cálculo actuarial. Afirma que *CEMEX COLOMBIA S.A fue constituida años después de la vinculación laboral que unió al señor escobar con inversiones e industrias SAMPER S.A y la terminación de su contrato de trabajo, por lo que no hay una continuidad que permita inclusive hablar de una*

supuesta sustitución patronal que haga responsable a mi representada de asumir las obligaciones de la sociedad empleadora, que la misma parte demandante reconoce era inversiones e industrias SAMPER S.A. Afirma que para la época en que el actor prestó sus servicios en el municipio de la Calera no había cobertura del ISS en este territorio (archivo 23, Minuto 40:24 trámite de primera instancia del expediente digital)[1].

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia la existencia de un contrato de trabajo entre PABLO EMILIO ESCOBAR ESCOBAR e INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER S.A., entre el 25 de mayo de 1948 al 31 de marzo de 1950, y del 29 de diciembre de 1953 al 8 de marzo de 1966 (ver página 123 y 124 archivo 01 tramite de primera instancia del expediente digital).

---

[1] *" gracias su señoría, estando dentro de la etapa oportuna me permito presentar recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, recurso que presentó y sustentó en forma parcial de lo que fue adversa a la sentencia, a los intereses de mi representada, bajo las siguientes consideraciones, como fue expuesto dentro de los alegatos de conclusión y se logra acreditar con la documental que fue aportada al proceso en esta oportunidad y contrario a las conclusiones a las que se arribó en la sentencia de primera instancia, no se cumple con los presupuestos legales previstos en el artículo 67 y siguientes del código sustantivo del trabajo para que se materialice una sustitución patronal y por lo tanto, la obligación en cabeza de mi poderdante de efectuar los aportes a seguridad social que en esta oportunidad se le condenó a pagar en la medida que entre el empleador de la parte demandante, inversiones industrias SAMPER S.A Y CEMEX COLOMBIA SA simplemente existió un vínculo comercial relacionado con la propiedad accionaria de mi representada respecto de la sociedad que fue empleadora del demandante, y así se reconoció dentro del plenario y a lo largo de todo el proceso sociedad que a su vez fue liquidada y se protocolizó mediante escritura pública, 6008 del 3 de noviembre de 2005, la liquidación de dicha sociedad a sí mismo y cómo fue expuesto dentro de los alegatos de conclusión CEMEX COLOMBIA S.A fue constituida años después de la vinculación laboral que unió al señor escobar con inversiones e industrias SAMPER S.A y la terminación de su contrato de trabajo, por lo que no hay una continuidad que permita inclusive hablar de una supuesta sustitución patronal que haga responsable a mi representada de asumir las obligaciones de la sociedad empleadora que la misma parte demandante reconoce, era inversiones e industrias SAMPER S.A y que no se puede llegar a la conclusión de que inversiones industriales SAMPER S.A hoy es Cemex Colombia sa por las razones que ya se pusieron de presente anteriormente siendo esta la razón principal por la cual se presenta el recurso de apelación, sin perjuicio de dejar sentado el hecho de que para la fecha en la que el señor escobar estuvo vinculado con inversiones e industrias SAMPER S.A en el municipio de la calera no estaba en cabeza de dicha sociedad la obligación de efectuar aportes al instituto de seguros sociales y en ese orden de ideas, pues no estaría ahora obligada a efectuar los aportes que se le condenan realizar en este caso a mi representada CEMEX COLOMBIA S.A por encontrarse de manera reiteramos equivocada que operó una sustitución patronal entre dichas sociedades cuando no se cumple, reiteramos con ninguno de los supuestos previstos en el artículo 67 del código sustantivo del trabajo para efectos de que opere dicha sustitución y así quedó demostrado dentro del plenario, en ese orden de ideas, su señoría dejó sustentado el recurso de apelación, el cual será ampliado dentro de la segunda instancia, solicitándole al honorable tribunal superior del distrito judicial de Bogotá que revoque el fallo de primera instancia en lo que fue adverso a mi representada muchas gracias"*

El Tribunal debe definir si CEMEXCOLOMBIA S.A. debe pagar mediante cálculo actuarial el valor de los aportes a pensiones por el periodo laborado.

Para resolver la controversia la Sala seguirá el criterio jurisprudencial expresado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de justicia en ejercicio de la función que le asigna el ordenamiento jurídico como Juez de Casación Laboral, para unificar la jurisprudencia en asuntos como el que se decide.

En la sentencia dictada el 16 de julio de 2014, radicación n° 41745 y en copiosa jurisprudencia dictada con posterioridad[2] esa Corporación expresamente recogió el criterio que había expresado con anterioridad y dispuso responsabilidad del empleador por las cotizaciones que no se pagaron al Sistema de Pensiones en los periodos durante los cuales no hubo cobertura de los riesgos de Invalidez, Vejez o Muerte por parte del extinto Instituto de Seguros Sociales.

Para este efecto estimó la Sala laboral de la Corte –en la primera de las sentencias referidas- lo siguiente: *"(…) no puede estimarse que el empleador no tuviera responsabilidades ni obligación respecto de los periodos efectivamente trabajados por su empleado, pues la disposición que reguló el tema no lo excluyó de ese gravamen, es decir, no puede interpretarse aquella previsión en forma restrictiva, ni menos bajo la lectura del 1613 del C.C., porque se desconoce la protección integral que se debe al trabajador, la cual se logra a través de la entidad de Seguridad Social, si se dan las exigencias legales y reglamentarias, a cargo de la empleadora, en cualquier evento en que deba la atención de riesgos, esto es, por las diferentes causas que no distingue el legislador, como la ausencia de aportes a la Seguridad Social ante la falta de cobertura del I.S.S., o por la omisión del responsable de la afiliación respectiva o del pago de las cotizaciones debidas. (…) bajo la égida de que no existía norma que regulara el pago de las cotizaciones en cabeza del empleador, en el período en que no existió cobertura del I.S.S., parece desconocerse que el trabajador no tenía por qué ver frustrado su derecho al desconocerse el periodo en el que realmente prestó el servicio, sin que sea*

[2] Reiterada mediante sentencias de radicado 45107 del 24 de septiembre de 2014, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón; radicado 59027 del 1° de julio de 2007, M.P. Luis Gabriel Miranda; radicado 43182 del 20 de octubre de 2015, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno.

viable gravarlo, ante la aparente orfandad legislativa a la que hace referencia la sentencia, pues ciertamente esos lapsos tienen una incidencia directa en la satisfacción de su derecho pensional".

Con este criterio jurisprudencial procede el pago impuesto en primera instancia, pues no fue objeto de controversia en el proceso la prestación de servicios del actor bajo contrato de trabajo en los lapsos referidos en la demanda.

La obligación recae en CEMEX COLOMBIA S.A. por ocupar hoy en día la posición del empleador en la *misma empresa* a la que prestó servicios el demandante. Acorde con lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 69 del CST, hay responsabilidad solidaria del antiguo y el o los nuevos empleadores frente a las obligaciones laborales que hubieran surgido en la relación de trabajo a cargo del empleador primigenio; y en voces del artículo 67 del mismo estatuto, la sustitución patronal ocurre por "*todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios"*. La demandada no demostró en este proceso que la empresa cementera hubiera surtido cambios esenciales en el giro de sus actividades o negocios con posterioridad a la sustitución inicial.

Sobre la sustitución patronal en el caso que se analiza, se debe señalar -como lo hizo la Corte Constitucional- que si bien "*entre CEMEX S.A. e INDUSTRIAS SAMPER SA no hubo una sustitución expresa ni directa. Sin embargo, tampoco hubo solución de continuidad en toda la cadena patronal, tanto que puede advertirse cómo CEMEX S.A., absorbió a una empresa de la misma línea de sus actividades cementeras, que traía consigo una sustitución patronal con otra compañía. En efecto, es manifiesto que hubo un cambio de empleador por cualquier causa, que en este caso sería la absorción de la demandada frente a Cementeros Diamante S.A., a la vez sustituto expreso de INDUSTRIAS E INVERSIONES SAMPER S.A.; así como el giro de las actividades y negocios se mantuvo, puesto que ambas empresas se dedicaban básicamente a la producción y transformación del cemento. En ese orden, la Sala da cuenta que si bien no se surtió una sustitución patronal expresa no por ello no existió, puesto que tal como se vio, la hipótesis fáctica*

coincide con lo señalado por el legislador laboral en el artículo 67 del Código Sustantivo respectivo" (sentencia T-435 de 2017 que esta Sala comparte).

Costas en la apelación a cargo de la demanda CEMEX COLOMBIA S.A.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** de segunda instancia a cargo de la demanda CEMEX DE COLOMBIA S.A.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

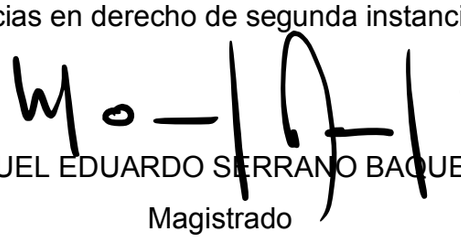


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE JORGE ALVEIRO VIRACACHÁ PEÑALOZA CONTRA LEONOR YEPES DE BETANCUR.

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

Surtido el traslado a las partes para que presentaran alegatos de conclusión por escrito, como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por ambas partes, contra la sentencia dictada por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de marzo de 2023. En ella se DECLARÓ la existencia de un contrato a término fijo y se CONDENÓ al pago de diferencias en los aportes a seguridad social en pensión y la sanción moratoria de la que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, JORGE ALVEIRO VIRACACHÁ PEÑALOZA presentó demanda, la cual fue objeto de reforma, contra LEONOR YEPES DE BETANCUR, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 17 de enero del 2000 (sic) hasta el 24 de diciembre de 2017, y que la demandada no tomó durante los últimos 10 años de relación laboral el valor total y real del salario que devengó para efectuar los aportes al sistema general de seguridad social en salud y pensiones. En consecuencia, pide que se condene al pago de las diferencias en los aportes al sistema de seguridad

social que se causaron mes a mes entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2017, con los intereses de mora, y se paguen a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a la EPS SANITAS.

Como fundamento de sus pretensiones, afirma que el 18 de enero de 1995 se vinculó con ALBERTO DE JESÚS BETANCUR para desempeñar el cargo de *Jefe de Planta,* y una vez éste falleció lo reemplazó como empleador la señora LEONOR YEPES DE BETANCUR, con quien suscribió varios contratos de trabajo, el último, el *15 de enero de 2001* a término fijo inferior a un año en virtud del cual devengaría un salario mensual de $1.700.000. Asegura que trabajó sin interrupción entre 2002 y 2017, sin embargo, su contrato fue *liquidado* en diciembre de las anualidades 2008 y 2011 a 2012. Refiere que desde el año 2008 la demandada pagó las cotizaciones al sistema de seguridad social en salud y pensiones tomando como base un salario inferior al que realmente devengaba sin tener en consideración el promedio mensual que recibía por horas extras. Manifiesta que desde el año 2008 recibió su salario en efectivo y mediante consignación a la cuenta de ahorros No. 005-83481-2 del Banco AV. VILLAS. Sostiene que mediante Resolución No. SUB 257499 del 15 de noviembre de 2017, COLPENSIONES le reconoció pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2017 con un ingreso base de liquidación de $2.058.183 (ver demanda y su reforma archivos 01 y 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por la demandada a través de apoderada judicial, quien aceptó los hechos relativos a los contratos que suscribió con el demandante, el cargo desempeñado, el salario que se pactó para los años 1999, 2000, 2001, y que los pagos del salario eran efectuados a la cuenta de ahorros No. 005-83481-2 del Banco AV VILLAS y en efectivo. Los demás los negó. Asegura que los valores que se pretenden endilgar no corresponden al ingreso base de cotización real, ni se ajustan a la relación laboral, y que desconoce la procedencia de los recibos de

nómina aportados, toda vez que fueron generados en una aplicación contable que, desde el deceso del señor Betancurt, no se volvió a usar, ya que una vez le fue asignada la empresa cambió la razón social, NIT y software. Se opuso a las pretensiones de la demanda, tanto declarativas como de condena. Asegura que la relación laboral se dio en el contexto de un contrato a término indefinido desde el año 2001 y que, producto de su cumplimiento frente al pago de aportes al sistema de seguridad social, es que al demandante le fue reconocida pensión por parte de Colpensiones. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *indebida demanda, prescripción y pago de lo no debido*, y afirma que desconoce el origen de los documentos aportados por el demandante pues no corresponden al archivo contable y de nómina que usó durante la vigencia de la *razón social Calzado Alexander* cuyos comprobantes *fueron generados cumpliendo con los requisitos legales establecidos para la contabilidad* y se encontraban registrados con sus datos y no con los de su esposo (ver contestación archivo 07 y 20 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 02 de marzo de 2023, a través de la cual la Juez Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes del 15 de enero de 2001 al 24 de diciembre de 2017, y CONDENÓ a la demandada a pagar las diferencias por concepto de aportes a seguridad social en pensión, incluyendo intereses de mora como sanción, en algunos periodos de las anualidades 2012, 2013, 2014, 2015 y 2016.

Para tomar su decisión, concluyó, que el que contrato entre las partes fue de término fijo que se prorrogó desde el 2001 hasta el 2017, precisando que por esas renovaciones el contrato no mutó a indefinido. Frente al salario, advirtió múltiples diferencias entre los desprendibles aportados por el demandante y los que trajo al juicio la demandada, pues los primeros reflejaban montos superiores a los segundos, por lo que seleccionó aquellos recibos de nómina quem además de ser legibles le brindaban certeza del tiempo y salario

devengado por el demandante, por no haber sido tachados. Adicionalmente, indicó que no le era dable suponer el valor de la proporción del salario que refirió el demandante le era pagado en efectivo, y que le restaba validez a las liquidaciones del contrato para las anualidades 2008 y 2010 a 2017 debido a que no le proporcionaban certeza sobre el salario devengado mes a mes durante todo el año en la medida en que allí se indica que correspondía al último salario promedio. Respecto a los periodos de marzo de 2013, agosto de 2014 y febrero de 2015, tuvo en cuenta los desprendibles aportados por la demandada por estar suscritos por el demandante y no haber sido tachados, también para los meses de septiembre y octubre de 2014 porque, a pesar de no estar firmados no podía definirse su valor a través de otros elementos de prueba. Así, encontró probados los siguientes salarios:

sep-12	$	4.450.881,00
oct-12	$	5.033.620,00
mar-13	$	3.330.174,00
abr-13	$	4.680.010,00
sep-13	$	4.320.962,00
ago-14	$	4.794.938,00
sep-14	$	4.859.883,00
oct-14	$	3.691.786,00
nov-14	$	5.441.216,00
dic-14	$	5.119.678,00
feb-15	$	4.218.664,00
may-15	$	4.983.594,00
jun-15	$	5.713.298,00
jul-15	$	4.520.000,00
ago-15	$	4.520.000,00
sep-15	$	5.247.865,00
oct-15	$	5.848.073,00
nov-15	$	6.042.916,00
feb-16	$	3.425.000,00
mar-16	$	4.750.000,00
abr-16	$	5.133.263,00
may-16	$	5.319.010,00
jun-16	$	5.071.615,00
ago-16	$	5.121.094,00

Para los meses antes descritos efectuó el cálculo de la diferencia con el salario que sirvió de base para efectuar el pago de los aportes a pensión, y ordenó el reajuste de las cotizaciones teniendo en cuenta únicamente esa diferencia.

La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JORGE ALVEIRO VIRACACHÁ PEÑALOZA y la señora LEONOR YEPES DE BETANCUR existió un contrato a término fijo, vigente desde el 15 de enero de 2001 hasta el 24 de diciembre de 2017, por virtud de las diferentes prórrogas de las que fue objeto, conforme a lo expresado en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la señora LEONOR YEPES DE BETANCUR a efectuar el pago de las diferencias que por concepto de aportes a seguridad social en pensión le corresponda al señor JORGE ALVEIRO VIRACACHÁ PEÑALOZA, pago que ha de efectuar o dirigir directamente a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluyendo la sanción moratoria de que trata el artículo 23 de la Ley 100 de 1993, pago que corresponde a las siguientes sumas y periodos: septiembre de 2012: $2.310.881, octubre de 2012: $2.893.620, abril de 2013: $2.540.010, septiembre de 2013: $2.180.962, noviembre de 2014: $2.991.216, diciembre de 2014: $2.669.678, mayo de 2015: $2.463.594, junio de 2015: $3.193.698, julio de 2015: $2.000.000, agosto de 2015: $2.000.000, septiembre de 2015: $2.727.865, octubre de 2015: $3.328.073, noviembre de 2015: $3.522.916, febrero de 2016: $775.000, marzo de 2016: $2.100.000, abril de 2016: $2.483.463, mayo de 2016: $2.669.010, junio de 2016: $2.421.615, agosto de 2016: $2.471.094. TERCERO: NEGAR las demás pretensiones incoadas por el señor JORGE ALVEIRO VIRACACHÁ PEÑALOZA en contra de la señora LEONOR YEPES DE BETANCUR, para en su lugar absolverla de las mismas. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada conforme a lo expuesto en la motivación de esta providencia. QUINTO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a la señora LEONOR YEPES DE BETANCUR y a favor del señor JORGE ALVEIRO VIRACACHÁ PEÑALOZA. Liquídense por secretaría, incluyendo en ellas como agencias en derecho la suma de $1.000.000"*

(audiencia virtual, archivo 37 del expediente digital, trámite de primera instancia, parte 1 récord 35:00).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de la DEMANDADA, su apoderada afirma que el despacho no tuvo en cuenta que el contrato de trabajo fue de término indefinido, ni las observaciones hechas sobre la falta de suscripción de los contratos aportados. Tampoco los documentos que dan cuenta del pago del salario, las prestaciones y los aportes a seguridad social a favor del demandante, y de la inexistencia de diferencias[1] (audiencia virtual, archivo 37 del expediente digital, trámite de primera instancia, parte 1 récord 38:00).

En el recurso de la DEMANDANTE pide que se revoque el numeral segundo de la sentencia y se incluyan en la base salarial todas las sumas que recibió por intermedio del Banco AV VILLAS *aplicando el concepto de contrato realidad,* con las que se prueban los meses en los que recibió más salario de aquel que se declaró ante Colpensiones. Adicionalmente, señala que en la sentencia no se hizo ninguna referencia a los aportes de los años 2008, 2009, 2010 y 2011, a pesar de que con los elementos de convicción y particularmente con las consignaciones, las cuales detalló, se acredita que para esas anualidades, e incluso para el 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, el

[1] "*Me permito, con base en la norma, interponer recurso de apelación, sustentado en el artículo 13 de la Ley del 2020, con la cual espero se me permita allegar la apelación dentro del término de 5 días, toda vez que considero que el despacho de primera instancia no toma en cuenta el contrato a término indefinido por el cual se ha sustentado durante todo el proceso y que desafortunadamente no toma en cuenta las observaciones hechas en dichos contratos, los cuales en algunos casos no se encuentran suscritos por la demandada. Asimismo, considero necesario impugnar las diferencias de los periodos que la señora Juez ha relacionado previamente en la motivación y resuelve de esta sentencia, para lo cual, teniendo en cuenta las diferencias no solo por el valor sino por los documentales allegados, con los cuales dese luego aportamos tanto las de nómina como los de los pagos relacionados con la seguridad social. El hecho de que el despacho no haya considerado de buena calidad las copias, consideramos que se hizo bastante de manera casi que reiterada el tema de allegar la documentación perfectamente escaneada y desafortunadamente lamento que no se tengan los medios técnicos para poder leerlas. En esas condiciones, señora juez le solicito me conceda el término necesario para la sustentación y me conceda el recurso de apelación".*

demandante recibió como salario sumas muy superiores, por lo que se debe hacer primar la realidad[2] (audiencia virtual, archivo 37 del expediente digital, trámite de primera instancia, parte 2 récord 03:55).

---

[2] "*Me permito interponer recurso de apelación con el fin de que se revoque el numeral 2 de la sentencia y en él se incluyan todas las sumas que recibió de más el demandante por intermedio del BANCO AV VILLAS aplicando el concepto de contrato realidad, ya que mediante las cotizaciones de AV VILLAS se prueban los meses en los que él recibió más de su salario, es decir más del que le declararon en Colpensiones y por lo cual se interpuso esta demanda y se inició este proceso ordinario. En segundo lugar, en su fallo no se refirió a los aportes desde marzo de 2008, 2009, 2010, 2011 y cuando comienza a hablar del 2012, lo hace desde el mes de septiembre, entonces la sentencia no quedó completa ya que no se refirió a todas las pretensiones de la demanda, por cuanto ahí hay pretensiones referentes a los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 y esta sentencia solo se pronunció a partir del 2011 y guardó silencio de las anteriores. Para el año 2008, la prueba de que el señor recibió más salario de que el que le fue declarado en Colpensiones está en AV VILLAS. Es claro repito que el contrato realidad y la realidad de lo que él recibió como salario debe ser lo que prima. La prueba está muy clarita, se detalló que en el año 2008, en marzo de 2008, el señor recibió 4 consignaciones cada una $739.544 pesos esto de forma semanal y las cuatro dieron $2.958.176 y el valor declarado en Colpensiones fue de $1.810.000, por lo cual la diferencia fue de $ 2.958.176. Para el mes de abril de 2008, también le consignó en AV VILLAS el señor recibió 3 quincenas porque lo lógico es que haya recibido 4, pero como la señora decía que unas quincenas las pagaba dentro de la empresa cuando se le acababa la plata en el banco sin embargo no se tomaron las cuatro sino se tomaron las 3 que fue las que se consignaron en AV VILLAS y aparece en abril de 2008 por $ 836.990 pesos, el 18 de abril de 2008 $729 194, el 25 de abril del 2008 $739.544, para un total recibido de $2.335.728, el salario que por este periodo de abril le fue declarado en Colpensiones fue de $1.810.000 con una diferencia de $495.728. Para e mes de mayo de ese mismo año 2008, el señor recibió 3 consignaciones en AV Villas, el 9 de mayo por $ 1.343.919, el 16 de mayo del 2008 por $ 1.333.560, el 23 de mayo del 2008 por $ 1 149 126, para un total de $ 3 826 605 para este mes de mayo del 2008 la señora le declaró en Colpensiones $ 1 810 000 habiendo una diferencia no declarada de $ 2 016 605 con la cual repito se está interponiendo este recurso. Igual para el mes de junio de 2008, el 13 de junio de 2008 en la cuenta de Av Villas le consignó $ 1 404 402 y el 20 de junio $ 1 900 037, para un total de $ 3 304 439 para ese mes de junio de 2008 ella le declaro en Colpensiones $ 1 810 000, dándose una diferencia no declarada de $1 494 439. Para el mes de agosto de 2008, recibió el 1 de agosto $659 544, el 8 de agosto $759 544, el 15 de agosto $ 1 140 273, el 21 de agosto $963 190, el 29 de agosto $ 802 319, para un total de $ 4 424 870 como le declaro 1 810 000 la diferencia no declarada fue $ 2 614 870. En el mes de septiembre de ese mismo año 2008, le hizo dos pagos uno el 5 de septiembre a la cuenta de Av Villas todo esto es a la cuenta de AV Villas le hizo el 5 de septiembre de 2008 una consignación de $ 759 544 y el 12 de septiembre de 2008 $ 759 544, perdón le hizo fue tres consignaciones el 26 de septiembre $ 892 357, para un total recibido en la cuenta de $ 2 411 445 ella para este periodo de septiembre de 2008 le declaro en Colpensiones $ 1 810 000, con una diferencia no declarada de $ 601 445. Para el mes de octubre de 2008, le hizo un pago el 10 de octubre del 2008 de $ 892 357, para un total de $ 2 677 071 le declaró para este periodo en Colpensiones $ 1 810 000, dándose una diferencia no declarada de $ 867 071. Para el mes de noviembre de 2008, le hizo un pago de $ 881 407, por lo cual acá no se pudo determinar ninguna diferencia. Ahora que paso en el año 2009, en el año 2009 en febrero, le hizo un pago el 13 de febrero del 2009 de $806 213, el 20 de febrero del 2009 por $756 213, y el 27 de febrero de $756 213, para un total de $ 2 318 639 la señora le declaró en Colpensiones $ 1 810 000, con una diferencia de $508 639. En el mes de marzo de 2009 también en Av Villas, se consignó el 6 de marzo del 2009 $756 213, el 13 de marzo de 2009 $756 213, el 20 de marzo del 2009 $756 213, el 27 de marzo del 2009 $756, para total $3 024 852 y le declaró $ 1 900 000, por este mes marzo y hay una diferencia de $1 124 852. En abril, el 3 de abril $928, el 7 de abril $896 838, 17 de abril $756 213, el 24 de abril*

$932 763, para un total de $ 3 513 902, el salario que le declaro fue $ 1 900 000 y la diferencia no declarada para este mes de abril $ 1 613 902. Para el mes de mayo le consignó el 8 de mayo $806 213, 15 de mayo $918 713, el 22 de mayo $918 713 y el 29 de mayo $907 763, para $3 551 402 le declaró $1 900 000 y hay una diferencia de $1 651 402. En Junio de 2009, le hizo dos pagos uno el 12 de junio de $948 838, el otro el 19 de junio por $1 190 588 total $2 139 426, le declaro $1 900 000, por lo cual hay una diferencia no declarada de $239 426. En Julio de 2009, le consignó $806 813, por lo cual en este mes no se pudo apreciar ninguna diferencia, lo mismo paso en agosto y en septiembre. En octubre, si le pago el 9 de octubre $806 213, el 16 de octubre $806 213 y el 30 de octubre por $909 338, para un total de $2 521 764 y le declaro $1 900 000 y le debe una diferencia no declarada de $621 764. En noviembre del 2009, el 6 de noviembre le pago $928 038, el 13 de noviembre $1 098 713, el 20 de noviembre $1 088 763, el 27 de noviembre $1 000 256, para un total de $4 370 727 y le declaró $1 900 000 y hay una diferencia no declarada de $2 470 727. En marzo del 2010 tenemos que le dio el 12 de marzo $770 213, el 26 de marzo $875 401, el 31 de marzo $1 114 463, total $2 760 077. Le declaró $1 960 000 para una diferencia no declarada de $800 077. En abril, le consignó el 9 de abril del 2010 $770 213, el 23 de abril del 2010 $895 041, el 30 de abril del 2010 $895 041 para un total de $2 561 015 le declaró $1 960 000 y la diferencia no declarada fue de $601 015. En el mes de agosto del 2010, el 6 de agosto del 2010 le consignó $820 213, el 13 de agosto del 2010 $820 213, el 20 de agosto del 2010 $820 213, el 27 de agosto del 2010 $799 263 para un total de $3 259 900, le declaró $1 960 000 y hay una diferencia, no declarada de $1.299.902. En septiembre del 2010, el 3 de septiembre le consignó $934 526, el 10 de septiembre $934 526, el 17 de septiembre $805 213, el 24 de septiembre $915 063 para un total de $3 589 328 le declaró Colpensiones $1 960 000 y hay una diferencia de $ 1 629 328. En octubre del 2010 le consignó el 1 de octubre $933 576, el 8 de octubre $925 401, el 15 de octubre $925 401, el 22 de octubre $934 963, el 29 de octubre $900 488 para un total de $4 624 229 le declaró $1 960 000 hay una diferencia de $2 664 229. En febrero del 2011 le consignó en AV VILLAS, el día 11 de febrero del 2011 $817 992, el 18 de febrero del 2011 $817 992, el 25 de febrero del 2011 $817 992, para un total de $2 453 936 le declaró $2 000 040; hay una diferencia no declarada de $400 976. En marzo del 2011 le consignó el 4 de marzo $817 992, el 11 de marzo $1 076 562, el 18 de marzo $947 277, el 25 de marzo $937 277, para un total de $3 789 108; le cotizó sobre $2 000 040, hay una diferencia no declarada $1 749 108. En abril del 2011 le consignó el 8 de abril $947 277, el 15 de abril $947 277, el 29 de abril $817 982, total $2 712 536; le declaró en Colpensiones $2 000 040, hay una diferencia no declarada de $672 536 pesos. En el mes de septiembre del 2011, el 2 de septiembre del 2011 le consignó $982 277, el 9 de septiembre $982 277, el 16 de septiembre $982 277, el 23 de septiembre $982 277 para un total de $3 929 108; le declaró en Colpensiones $2 000 040 hay una diferencia de un $1 889 108 no declarada. En octubre del 2011, le consignó el 7 de octubre $982 277, el 13 de octubre $982 277, el 21 de octubre $982 277, para un total de $ 2 946 831; le declaró $2 000 040 para una diferencia de $906 831. En noviembre del 2011, le consignó el 4 de noviembre $982 277, el 11 de noviembre $982 277, el 18 de noviembre $1 202 891, el 25 de noviembre $1 191 941, total $4 359 386; le declaró $2 000 040 hay una diferencia no declarada de $2 319 386. En el 2012 (…) es que yo tengo totalizado, pero mes por mes, por eso es que lo estoy haciendo un mes por mes, pero ya voy a terminar me permito interponer recurso de apelación con el fin de que se revoque el numeral 2 de la sentencia y en él se incluyan todas las sumas que recibió de más el demandante por intermedio del BANCO AV VILLAS aplicando el concepto de contrato realidad, ya que mediante las cotizaciones de AV VILLAS se prueban los meses en los que él recibió más de su salario, es decir más del que le declararon en Colpensiones y por lo cual se interpuso esta demanda y se inició este proceso ordinario. En segundo lugar, en su fallo no se refirió a los aportes desde marzo de 2008, 2009, 2010, 2011 y cuando comienza a hablar del 2012, lo hace desde el mes de septiembre. entonces la sentencia no quedó completa ya que no se refirió a todas las pretensiones de la demanda, por cuanto ahí hay pretensiones referentes a los años 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017 y este despacho solo se pronunció a partir del 2011 y guardó silencio de las anteriores. Para el año 2008, la prueba de que el señor recibió más salario que el declarado en Colpensiones está en AV VILLAS. Es claro que la realidad de lo que él recibió como salario es lo que prima. También se detalló que en el año 2008, en marzo de 2008, el señor recibió 4 consignaciones cada una

CONSIDERACIONES

$ 739 544 pesos cada semana, para un total en ese mes de $ 2 958 176 y el valor declarado en Colpensiones fue de $ 1 810 000, por lo cual la diferencia fue de $ 2 958 176. En Abril de 2008, el señor recibió 3 consignaciones, una hecha el 4 de abril por $ 836 990 pesos, otra el 18 de abril por $ 729 194, otra el 25 de abril por $ 639 544, para un total en ese mes de $ 2 335 728 y el valor declarado en Colpensiones fue de $ 1 810 000, por lo cual la diferencia no declarada fue de $ 495 728. En mayo de 2008, el señor recibió 3 consignaciones, una hecha el 9 de mayo por $ 1 343 919 pesos, otra el 16 de mayo por $ 1 333 560, otra el 23 de mayo por $ 1 149 126, para un total en ese mes de $ 3 826 605 y el valor declarado en Colpensiones fue de $ 1 810 000, por lo cual la diferencia fue de $ 2 016 605. En Junio de 2008, el 13 de junio se le consignó $ 1 404 402 y el 20 de junio se le consignó $ 1 900 037 pesos, para un total en ese mes de $ 3 304 439 y el valor declarado en Colpensiones fue de $ 1 810 000, por lo cual la diferencia fue de $ 1 494 439. En agosto de 2008, el señor recibió pagos el 1 de agosto por $659 544, el 8 de agosto por $759 544, el 15 de agosto por $ 1 140 273, el 21 de agosto por $963 190 y el 29 de agosto por $ 802 319, para un total en ese mes de $ 4 424 870 y el valor declarado en Colpensiones fue de $ 1 810 000, por lo cual la diferencia fue de $ 2 614 870. En septiembre de 2008, se hizo un pago el 5 de septiembre por $ 759 544, el 12 de septiembre por $ 759 544, el 26 de septiembre por $ 892 357, para un total en ese mes de $ 2 411 445 y el valor declarado en Colpensiones fue de $ 1 810 000, por lo cual la diferencia fue de $ 601 445. En octubre de 2008, se hizo un pago el 10 de octubre por $ 892 357, el 17 de octubre por $ 892 357, y el 31 de octubre por $ 892 357, para un total en ese mes de $ 2 677 071 y el valor declarado en Colpensiones fue de $ 1 810 000, por lo cual la diferencia fue de $ 867 071. En noviembre de 2008, se hizo solo un pago por $ 881 447, por lo cual en este mes no se pudo apreciar ninguna diferencia. El 9 de marzo del 2012 $868.384, el 16 de marzo del 2012 le consignó en Av villas $868.384, el 23 de marzo le consignó $941.717 el 30 de marzo le consignó $982.967 total $3.661.452, le declaro en Colpensiones $2.000.040 hay una diferencia no declarada de $1.471.060. En el mes de mayo, el 4 de mayo le consignó en Av Villas $873.384. El 11 de mayo $977.551, el 18 de mayo $873.384, el 25 de mayo $862.434 para un total de $3.586.753 le declaro $2.000.040 la diferencia no declarada es de $1.446.753. En agosto le consignó el 17 de agosto de 2012 $893.384, el 24 de agosto $893.384, el 30 de agosto $882.434 para un total de $ 2.669.202 en el mes de septiembre es cuando ya empezó doctora, pero para mí para el mes de septiembre me da que la demandada le consignó en Av Villas $3.958.418 y que le declaro $2.00.040 por lo tanto hay una diferencia de $1.918.418. El mes de noviembre no fue incluido en el numeral segundo de su condena en el mes de noviembre del 2012 tenemos que el 2 de noviembre le dio, pues bueno. Le dio el 2 de noviembre, el 9 de noviembre, el 16 de noviembre, el 23 de noviembre y el 30 de noviembre y por ese mes recibió $5 601 804 y la diferencia no declarada fue de $3 561 804. Eso fue en el 12. Aquí está en el 13, en el mes de febrero que no está ese mes tampoco está contemplado en su fallo en el mes de febrero, porque su fallo comenzó en abril. En el mes de febrero le pagó el 1 de febrero, el 8 de febrero, el 15 de febrero, el 22 de febrero todas estas sumas están en los desprendibles de AV VILLAS y le dieron $3 728 876, le declaró $2 140 000 y hay una diferencia de $1 582 876. En el mes de marzo, le pagó el 1, 8 y el 15 $2 792 163, le declaró $2 140 000 hay una diferencia de $652 163. En el mes de abril. En el mes de mayo del 2013 le pagó el 3, el 10, el 17, el 24 y el 31 un total de todas estas sumas las consignó en AV VILLAS $4 952 660, declaró $2 140 000 y hay una diferencia no declarada de $2 812 000.En septiembre del 2013 le pagó el 6, 13, 20 y 27, le pagó $3 666 938 hay una diferencia de $1 526 938. En octubre le pagó $4 375 000, hay una diferencia de $2 235 937. En noviembre, $5 317 876 que le consignó, hay una diferencia de $3 177 876. En el mes de diciembre hay una diferencia de $1 592 771 por cuanto le consignó $3 732 771. Me falta el 2014, 15, 16 y 17. Para los años 2014. Doctora, para los años 2014, 2015 2016 y 2017 también me atengo a la documental aportada al proceso, así como a todas las consignaciones que se le hicieron por medio de AV VILLAS al demandante"

No fueron objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos que resultan relevantes para la decisión que adoptará el Tribunal: (i) que entre las partes se suscribieron varios contratos de trabajo, el último de ellos se ejecutó entre el 15 de enero de 2001 y el 24 de diciembre de 2017; (ii) que en desarrollo del contrato de trabajo el demandante se desempeñó como *Jefe de Planta;* (iii) que antes de la suscripción del contrato por las partes, el demandante se vinculó con la empresa a través de ALBERTO DE JESÚS BETANCUR desde el 18 de enero de 1995, con quien ocurrió una sustitución patronal con su cónyuge LEONOR YEPES DE BETANCUR.

La controversia que debe estudiar el Tribunal, en consonancia con las materias que fueron objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS) se circunscribe a determinar (i) bajo qué modalidad se ejecutó el contrato de trabajo, (ii) cuál fue el salario percibido por el demandante entre los años 2008 y 2017, y (iii) si la demandada adeuda algún valor al demandante por reliquidación de aportes a seguridad social en pensiones.

(i) MODALIDAD DEL CONTRATO DE TRABAJO: El artículo 46 del C.S.T dispone que el contrato de trabajo a *término fijo* debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente, y el artículo 47 del mismo estatuto prevé que el contrato de trabajo no estipulado a término fijo, o cuya duración no esté determinada por la de la obra, o la naturaleza de la labor contratada, o no se refiera a un trabajo ocasional o transitorio, será de *término indefinido*.

Con estas premisa normativa el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto definió que entre las partes se ejecutó un contrato de trabajo de término fijo, pues es lo que se desprende de la copia del contrato individual de trabajo *a término fijo inferior a un año* suscrito el 15 de enero de 2001 entre el demandante como trabajador y la señora LEONOR YEPES DE BETANCUR como empleadora, el cual tendría una duración inicial de 4 meses (folio 33, archivo 01 del expediente digital, primera instancia), y cuya

celebración fue aceptada por la demandada al dar respuesta al hecho 14 de la demanda y al absolver el interrogatorio de parte[3].

Vale la pena precisar, como lo hizo la juez de primer grado, que el hecho de que dicho contrato se haya renovado de manera automática y sucesiva hasta el año 2017 –cuando finalizó- no lo convierte en un contrato a término indefinido como parece entenderlo la demandada. El contrato de trabajo a término fijo no pierde su esencia por el hecho de que se prorrogue sucesivamente[4].

(ii) SALARIO: Para resolver sobre esta materia de la apelación, el artículo 127 del CST dispone que todo pago que reciba el trabajador del empleador *para* retribuir directamente sus servicios *sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones,* es salario.

Con base en esta regla, cuando el trabajador demuestra en el proceso judicial que el pago fue efectuado por el empleador y que se hizo para *retribuir* el servicio el juez le debe asignar naturaleza salarial. Sobre esta materia, la sentencia C-710 de 1996 en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley y tiene por ello efectos de cosa juzgada constitucional, y es de forzosa aplicación para todos los jueces, dijo: "*La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por*

[3] Audiencia del 22 de noviembre de 2022 parte 1, récord 33:50.
[4] Corte Suprema de Justicia, sentencias del 25 septiembre de 2003, rad. 20776, y del 5 mayo 2006, rad. 27034, reiteradas en la sentencia del 19 de octubre de 2016, radicado 48879.

sus características es retribución directa del servicio prestado, la Juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente". Advirtió la Corte más adelante en la sentencia referida, que el artículo 128 define pagos que no constituyen salario, "*Sin que ello implique* – en palabras de esa Corporación- *que, en casos concretos, la Juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada".*

Con estos fundamentos normativos y jurisprudenciales, y revisado el acervo probatorio del expediente con las reglas de la sana crítica, encuentra la Sala que el demandante, entre 2008 y 2017, devengó los siguientes salarios:

Periodo	Salario Probado		
	Básico	Horas Extras	Total
ene-08	$ -	$ -	$ -
feb-08	$ 1.479.088,00	$ -	$ 1.479.088,00
mar-08	$ 2.958.176,00	$ -	$ 2.958.176,00
abr-08	$ 2.305.728,00	$ -	$ 2.305.728,00
may-08	$ 2.626.605,00	$ -	$ 2.626.605,00
jun-08	$ 4.543.879,00	$ -	$ 4.543.879,00
jul-08	$ -	$ -	$ -
ago-08	$ 4.424.870,00	$ -	$ 4.424.870,00
sep-08	$ 2.411.445,00	$ -	$ 2.411.445,00
oct-08	$ 1.784.714,00	$ -	$ 1.784.714,00
nov-08	$ 881.407,00	$ -	$ 881.407,00
dic-08	$ 1.097.773,00	$ -	$ 1.097.773,00
ene-09	$ -	$ -	$ -
feb-09	$ 2.318.639,00	$ -	$ 2.318.639,00
mar-09	$ 3.024.852,00	$ -	$ 3.024.852,00
abr-09	$ 3.513.902,00	$ -	$ 3.513.902,00
may-09	$ 3.551.402,00	$ -	$ 3.551.402,00
jun-09	$ 4.939.231,00	$ -	$ 4.939.231,00
jul-09	$ 806.213,00	$ -	$ 806.213,00
ago-09	$ 786.213,00	$ -	$ 786.213,00
sep-09	$ 1.739.601,00	$ -	$ 1.739.601,00
oct-09	$ 2.521.764,00	$ -	$ 2.521.764,00

nov-09	$ 4.368.777,00	$ -	$ 4.368.777,00
dic-09	$ 806.219,00	$ -	$ 806.219,00
ene-10	$ -	$ -	$ -
feb-10	$ 1.540.426,00	$ -	$ 1.540.426,00
mar-10	$ 2.760.077,00	$ -	$ 2.760.077,00
abr-10	$ 2.561.015,00	$ -	$ 2.561.015,00
may-10	$ 790.213,00	$ -	$ 790.213,00
jun-10	$ 5.876.424,00	$ -	$ 5.876.424,00
jul-10	$ 820.213,00	$ -	$ 820.213,00
ago-10	$ 3.259.902,00	$ -	$ 3.259.902,00
sep-10	$ 3.589.328,00	$ -	$ 3.589.328,00
oct-10	$ 4.624.229,00	$ -	$ 4.624.229,00
nov-10	$ 982.776,00	$ -	$ 982.776,00
dic-10	$ 639.413,00	$ -	$ 639.413,00
ene-11	$ -	$ -	$ -
feb-11	$ 2.453.976,00	$ -	$ 2.453.976,00
mar-11	$ 3.789.108,00	$ -	$ 3.789.108,00
abr-11	$ 2.712.536,00	$ -	$ 2.712.536,00
may-11	$ 1.919.609,00	$ -	$ 1.919.609,00
jun-11	$ 4.761.840,00	$ -	$ 4.761.840,00
jul-11	$ -	$ -	$ -
ago-11	$ -	$ -	$ -
sep-11	$ 3.929.118,00	$ -	$ 3.929.118,00
oct-11	$ 2.946.831,00	$ -	$ 2.946.831,00
nov-11	$ 4.359.386,00	$ -	$ 4.359.386,00
dic-11	$ 5.409.490,00	$ -	$ 5.409.490,00
ene-12	$ -	$ -	$ -
feb-12	$ 868.384,00	$ -	$ 868.384,00
mar-12	$ 3.661.452,00	$ -	$ 3.661.452,00
abr-12	$ 1.851.351,00	$ -	$ 1.851.351,00
may-12	$ 3.586.753,00	$ 104.167,00	$ 3.690.920,00
jun-12	$ 11.336.383,00	$ -	$ 11.336.383,00
jul-12	$ 987.967,00	$ -	$ 987.967,00
ago-12	$ 2.883.326,00	$ 83.333,00	$ 2.966.659,00
sep-12	$ 4.000.000,00	$ 510.415,00	$ 4.510.415,00
oct-12	$ 4.000.000,00	$ 833.333,00	$ 4.833.333,00
nov-12	$ 4.000.000,00	$ 1.239.584,00	$ 5.239.584,00
dic-12	$ 4.000.000,00	$ -	$ 4.000.000,00
ene-13	$ 4.160.010,00	$ -	$ 4.160.010,00
feb-13	$ 4.160.010,00	$ -	$ 4.160.010,00
mar-13	$ 4.160.010,00	$ 140.833,00	$ 4.300.843,00
abr-13	$ 4.160.010,00	$ 520.000,00	$ 4.680.010,00
may-13	$ 4.160.010,00	$ 270.833,00	$ 4.430.843,00

jun-13	$ 4.160.010,00	$ -	$ 4.160.010,00
jul-13	$ 4.160.010,00	$ -	$ 4.160.010,00
ago-13	$ 4.160.010,00	$ -	$ 4.160.010,00
sep-13	$ 4.160.010,00	$ 140.833,00	$ 4.300.843,00
oct-13	$ 4.160.010,00	$ 705.296,00	$ 4.865.306,00
nov-13	$ 4.160.010,00	$ 752.916,00	$ 4.912.926,00
dic-13	$ 4.160.010,00	$ 140.833,00	$ 4.300.843,00
ene-14	$ 4.299.990,00	$ -	$ 4.299.990,00
feb-14	$ 4.299.990,00	$ -	$ 4.299.990,00
mar-14	$ 4.299.990,00	$ -	$ 4.299.990,00
abr-14	$ 4.299.990,00	$ -	$ 4.299.990,00
may-14	$ 4.299.990,00	$ -	$ 4.299.990,00
jun-14	$ 4.299.990,00	$ 119.979,00	$ 4.419.969,00
jul-14	$ 4.299.990,00	$ -	$ 4.299.990,00
ago-14	$ 4.299.990,00	$ 279.948,00	$ 4.579.938,00
sep-14	$ 4.299.990,00	$ 559.896,00	$ 4.859.886,00
oct-14	$ 4.299.990,00	$ 436.719,00	$ 4.736.709,00
nov-14	$ 4.299.990,00	$ 1.099.634,00	$ 5.399.624,00
dic-14	$ 4.299.990,00	$ 1.106.354,00	$ 5.406.344,00
ene-15	$ 4.519.997,10	$ -	$ 4.519.997,10
feb-15	$ 4.519.997,10	$ -	$ 4.519.997,10
mar-15	$ 4.519.997,10	$ -	$ 4.519.997,10
abr-15	$ 4.519.997,10	$ -	$ 4.519.997,10
may-15	$ 4.519.997,10	$ -	$ 4.519.997,10
jun-15	$ 4.519.997,10	$ 1.193.698,00	$ 5.713.695,10
jul-15	$ 4.519.997,10	$ -	$ 4.519.997,10
ago-15	$ 4.519.997,10	$ -	$ 4.519.997,10
sep-15	$ 4.519.997,10	$ 727.865,00	$ 5.247.862,10
oct-15	$ 4.519.997,10	$ 1.328.073,00	$ 5.848.070,10
nov-15	$ 4.519.997,10	$ 1.522.916,00	$ 6.042.913,10
dic-15	$ 4.519.997,10	$ 1.184.740,00	$ 5.704.737,10
ene-16	$ 4.750.000,00	$ -	$ 4.750.000,00
feb-16	$ 4.750.000,00	$ -	$ 4.750.000,00
mar-16	$ 4.750.000,00	$ -	$ 4.750.000,00
abr-16	$ 4.750.000,00	$ 383.463,00	$ 5.133.463,00
may-16	$ 4.750.000,00	$ 569.010,00	$ 5.319.010,00
jun-16	$ 4.750.000,00	$ 321.615,00	$ 5.071.615,00
jul-16	$ 4.750.000,00	$ -	$ 4.750.000,00
ago-16	$ 4.750.000,00	$ 371.094,00	$ 5.121.094,00
sep-16	$ 4.750.000,00	$ -	$ 4.750.000,00
oct-16	$ 4.750.000,00	$ -	$ 4.750.000,00
nov-16	$ 4.750.000,00	$ 1.088.542,00	$ 5.838.542,00
dic-16	$ 4.750.000,00	$ -	$ 4.750.000,00

ene-17	$ 4.900.000,00	$ -	$ 4.900.000,00
feb-17	$ 4.900.000,00	$ -	$ 4.900.000,00
mar-17	$ 4.900.000,00	$ -	$ 4.900.000,00
abr-17	$ 4.900.000,00	$ -	$ 4.900.000,00
may-17	$ 4.900.000,00	$ -	$ 4.900.000,00
jun-17	$ 4.900.000,00	$ -	$ 4.900.000,00
jul-17	$ 4.900.000,00	$ -	$ 4.900.000,00
ago-17	$ 4.900.000,00	$ -	$ 4.900.000,00
sep-17	$ 4.900.000,00	$ -	$ 4.900.000,00
oct-17	$ 4.900.000,00	$ -	$ 4.900.000,00
nov-17	$ 4.900.000,00	$ 484.896,00	$ 5.384.896,00
dic-17	$ 4.900.000,00	$ 229.688,00	$ 5.129.688,00

Para el Tribunal los salarios percibidos por el demandante entre enero de 2008 y julio de 2012 se acreditan con los extractos de la cuenta de ahorros No. 005-83481-2 del Banco AV VILLAS, de la que es titular el actor, y que militan a folios 43 a 82 y 100 a 157 del archivo 01 del expediente digital, porque dan cuenta de las consignaciones hechas a su favor bajo el concepto "*CRE PAGO NOMINA NOVD, AUTOM. SISTEMAS",* transferencias que de acuerdo con lo informado por dicha entidad financiera mediante comunicación del 5 de octubre de 2022 (folio 4, archivo 28, trámite de primera instancia) provienen de la cuenta No. 005326509 que se encuentra a nombre de YEPES DE BETANCUR LEONOR. Ello sumado a que la periodicidad de la mayoría de estas consignaciones resulta consistente con lo ilustrado por el demandante, los testigos ZENAIDA LEONOR ROJAS[5] y RICARDO JIMMY AVILÁN BARRIOS[6] -compañeros de trabajo del actor-, e incluso por la misma demandada al absolver el interrogatorio[7] respecto a que el salario se cancelaba, en esas anualidades, de forma semanal.

Como no se probó por la demandada que dichas sumas no fueran retributivas del servicio, se debe declarar judicialmente que constituyen salario.

[5] Audiencia del 22 de noviembre de 2022, parte 2, récord 04:23.
[6] Ibídem récord 26:36.
[7] Audiencia del 22 de noviembre de 2022, parte 1, récord 33:56.

Ahora y de acuerdo con los desprendibles de nómina, entre agosto y diciembre de 2012 el demandante percibió semanalmente la suma de $933.331, lo que permite inferir que en esa anualidad el salario básico mensual era de $4.000.000; para el 2013 el salario semanal fue de $970.669 lo que corresponde a un salario mensual de $4.160.010; para el 2014 el pago semanal fue de $1.003.331, esto es, un salario mensual de $4.300.000; para el 2015 inicialmente se reporta un salario semanal de $1.054.666, que en marzo pasa a ser quincenal de $2.109.332, lo que corresponde con un salario mensual de $4.520.000; para 2016 se evidencian pagos quincenales de $2.375.000, es decir, un salario mensual de $4.750.000 y para el 2017 los pagos quincenales corresponden a $2.450.000, esto es, un salario mensual de $4.900.000 (folios 83 a 99 y 182 a 196, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Estos valores mensuales –en cada anualidad-, resultan consistentes con las liquidaciones de folios 37 a 42 (archivo 01 del expediente digital, primera instancia) en los que se expresan como *último sueldo* para la liquidación de prestaciones sociales las sumas de $4.000.000 para el 2012, $4.160.010 para el 2013; $4.300.000 para el 2014, $4.520.000 para el 2015; $4.750.000 para el 2016 y $4.900.000 para el 2017.

Frente a este punto debe precisarse que si bien el contrato del demandante era de *término fijo* como se explicó en apartado anterior, la demandada reconoció que liquidaba *anualmente* al trabajador, de allí que sea legítimo considerar como elementos válidos de convicción las aludidas liquidaciones anuales de prestaciones, y aunque al contestar la demanda ese extremo procesal dijo no conocer los comprobantes de nómina traídos por la parte actora lo cierto es que no promovió trámite de tacha de falsedad o desconocimiento de dichos documentos en los términos de los artículos 269 y 272 del C.G.P. En todo caso, en estos legajos figura el nombre de BETANCUR ALBERTO en el espacio del empleador, persona que fue sustituida patronalmente por la demandada como bien lo señaló en su contestación, lo

que permite atribuirle esos documentos a LEONOR YEPES DE BETANCUR. Además, los valores netos que allí se consignan son consistentes con las sumas depositadas a favor del trabajador en su cuenta de nómina de AV VILLAS como se verifica de los extractos respectivos, cuyos pagos provenían de una cuenta a nombre de la demandada, como se dijo (folios 106 a 111 archivo 01 del expediente digital, primera instancia).

Estos elementos valorados en su conjunto, son los que llevan al convencimiento de la Sala de que los valores que se consignaron en estos desprendibles y en la liquidación fueron el salario que efectivamente recibió el demandante los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016 y 2017, aun cuando en los extractos bancarios aparezcan en algunos meses sumas inferiores, lo que se justifica en el hecho de que ciertos pagos eran entregados en efectivo al trabajador, como lo aceptó la demandada en su interrogatorio y lo dieron a conocer los testigos y el demandante en sus intervenciones. Estos últimos también mencionaron que para el año 2015 los pagos dejaron de efectuarse semanalmente y pasaron a ser quincenales, lo que corrobora la información de los comprobantes incorporados por el demandante.

Además de lo anterior, los mencionados desprendibles (folios 83 a 99 y 182 a 196 ibídem) dan cuenta del reconocimiento de horas extras a favor del trabajador en los meses de mayo, agosto, septiembre, octubre, noviembre de 2012, marzo, abril, mayo, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2013, junio, agosto, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2014, junio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2015, abril, mayo, junio agosto y noviembre de 2016, y noviembre y diciembre de 2017, sumas estas que no aparecen en los comprobantes que aportó el extremo pasivo, a pesar de confesar en el interrogatorio de parte que dichos rubros le eran en efecto reconocidos y pagados al actor, y que son salario en los términos del artículo 127 del C.S.T.-

Téngase en cuenta además, atendiendo lo previsto en el artículo 61[8] del C.P.T., que el Juez laboral no está sujeto a tarifa legal alguna –a menos que se traten de pruebas *ad substantiam actus,* que no es el caso-*,* y para formar su convencimiento no puede se puede basar un documentos de dudosa autenticidad, como son los desprendibles de nómina que se aportaron con la contestación de la demanda que no guardan coherencia con los restantes medios de convicción. Por ello se tuvieron en cuenta, los salarios y horas extras que figuran en los comprobantes de nómina, y en las relaciones de pago aportadas por el demandante.

(iii) RELIQUIDACIÓN DE APORTES A SEGURIDAD SOCIAL: Definido lo anterior, la Sala se remite al contenido del artículo 17 de la Ley 100 de 1993, norma que dispone la obligación de hacer los pagos *"durante la vigencia de la relación laboral y del contrato de prestación de servicios, (…) a los regímenes del sistema general de pensiones, por parte de los afiliados, los empleadores y contratistas, con base en el salario o ingresos por prestación de servicios que ellos devenguen"*.

Cuando se incumple la obligación de pagar los aportes de un trabajador afiliado al sistema de seguridad social las normas disponen a cargo del empleador el pago del aporte deficitario junto con el interés moratorio *"igual al que rige para el impuesto sobre la renta y complementarios"* (artículo 23 de la Ley 100 de 1993).

Así las cosas, teniendo en cuenta los salarios que se declaran probados en esta sentencia y el ingreso base de cotización reportado por la demandada

---

[8] *"**ARTICULO 61. -Libre formación del convencimiento.** El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y por lo tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.*
En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento"

para los periodos comprendidos entre enero de 2008 y diciembre de 2017 de acuerdo con el reporte de semanas cotizadas en pensiones expedido por COLPENSIONES (folios 4 a 15, archivo 26), se advierte que la demandada pagó deficitariamente algunos periodos a favor del demandante, razón por la cual se modificará la sentencia de primera instancia para disponer el pago de la reliquidación de los aportes, según lo probado en este expediente, teniendo en cuenta los interregnos y mayores valores salariales que se indican a continuación:

Periodo	Salario	IBC	Diferencia
mar-08	$ 2.958.176,00	$ 1.810.000,00	$ 1.148.176,00
abr-08	$ 2.305.728,00	$ 1.810.000,00	$ 495.728,00
may-08	$ 2.626.605,00	$ 1.810.000,00	$ 816.605,00
jun-08	$ 4.543.879,00	$ 1.810.000,00	$ 2.733.879,00
ago-08	$ 4.424.870,00	$ 1.810.000,00	$ 2.614.870,00
sep-08	$ 2.411.445,00	$ 1.810.000,00	$ 601.445,00
feb-09	$ 2.318.639,00	$ 1.810.000,00	$ 508.639,00
mar-09	$ 3.024.852,00	$ 1.900.000,00	$ 1.124.852,00
abr-09	$ 3.513.902,00	$ 1.900.000,00	$ 1.613.902,00
may-09	$ 3.551.402,00	$ 1.900.000,00	$ 1.651.402,00
jun-09	$ 4.939.231,00	$ 1.900.000,00	$ 3.039.231,00
oct-09	$ 2.521.764,00	$ 1.900.000,00	$ 621.764,00
nov-09	$ 4.368.777,00	$ 1.900.000,00	$ 2.468.777,00
mar-10	$ 2.760.077,00	$ 1.960.000,00	$ 800.077,00
abr-10	$ 2.561.015,00	$ 1.960.000,00	$ 601.015,00
jun-10	$ 5.876.424,00	$ 1.960.000,00	$ 3.916.424,00
ago-10	$ 3.259.902,00	$ 1.960.000,00	$ 1.299.902,00
sep-10	$ 3.589.328,00	$ 1.960.000,00	$ 1.629.328,00
oct-10	$ 4.624.229,00	$ 1.960.000,00	$ 2.664.229,00
feb-11	$ 2.453.976,00	$ 2.040.000,00	$ 413.976,00
mar-11	$ 3.789.108,00	$ 2.040.000,00	$ 1.749.108,00
abr-11	$ 2.712.536,00	$ 2.040.000,00	$ 672.536,00
jun-11	$ 4.761.840,00	$ 2.040.000,00	$ 2.721.840,00
sep-11	$ 3.929.118,00	$ 2.040.000,00	$ 1.889.118,00
oct-11	$ 2.946.831,00	$ 2.040.000,00	$ 906.831,00
nov-11	$ 4.359.386,00	$ 2.040.000,00	$ 2.319.386,00
dic-11	$ 5.409.490,00	$ 2.040.000,00	$ 3.369.490,00
mar-12	$ 3.661.452,00	$ 2.140.000,00	$ 1.521.452,00
may-12	$ 3.690.920,00	$ 2.140.000,00	$ 1.550.920,00

jun-12	$ 11.336.383,00	$ 2.140.000,00	$ 9.196.383,00
ago-12	$ 2.966.659,00	$ 2.140.000,00	$ 826.659,00
sep-12	$ 4.510.415,00	$ 2.140.000,00	$ 2.370.415,00
oct-12	$ 4.833.333,00	$ 2.140.000,00	$ 2.693.333,00
nov-12	$ 5.239.584,00	$ 2.140.000,00	$ 3.099.584,00
dic-12	$ 4.000.000,00	$ 2.140.000,00	$ 1.860.000,00
ene-13	$ 4.160.010,00	$ 2.140.000,00	$ 2.020.010,00
feb-13	$ 4.160.010,00	$ 2.140.000,00	$ 2.020.010,00
mar-13	$ 4.300.843,00	$ 2.140.000,00	$ 2.160.843,00
abr-13	$ 4.680.010,00	$ 2.140.000,00	$ 2.540.010,00
may-13	$ 4.430.843,00	$ 2.140.000,00	$ 2.290.843,00
jun-13	$ 4.160.010,00	$ 2.140.000,00	$ 2.020.010,00
jul-13	$ 4.160.010,00	$ 2.140.000,00	$ 2.020.010,00
ago-13	$ 4.160.010,00	$ 2.140.000,00	$ 2.020.010,00
sep-13	$ 4.300.843,00	$ 2.140.000,00	$ 2.160.843,00
oct-13	$ 4.865.306,00	$ 2.140.000,00	$ 2.725.306,00
nov-13	$ 4.912.926,00	$ 2.140.000,00	$ 2.772.926,00
dic-13	$ 4.300.843,00	$ 2.140.000,00	$ 2.160.843,00
ene-14	$ 4.299.990,00	$ 2.450.000,00	$ 1.849.990,00
feb-14	$ 4.299.990,00	$ 2.450.000,00	$ 1.849.990,00
mar-14	$ 4.299.990,00	$ 2.450.000,00	$ 1.849.990,00
abr-14	$ 4.299.990,00	$ 2.450.000,00	$ 1.849.990,00
may-14	$ 4.299.990,00	$ 2.450.000,00	$ 1.849.990,00
jun-14	$ 4.419.969,00	$ 2.450.000,00	$ 1.969.969,00
jul-14	$ 4.299.990,00	$ 2.450.000,00	$ 1.849.990,00
ago-14	$ 4.579.938,00	$ 2.450.000,00	$ 2.129.938,00
sep-14	$ 4.859.886,00	$ 2.450.000,00	$ 2.409.886,00
oct-14	$ 4.736.709,00	$ 2.450.000,00	$ 2.286.709,00
nov-14	$ 5.399.624,00	$ 2.450.000,00	$ 2.949.624,00
dic-14	$ 5.406.344,00	$ 2.450.000,00	$ 2.956.344,00
ene-15	$ 4.519.997,10	$ 2.450.000,00	$ 2.069.997,10
feb-15	$ 4.519.997,10	$ 2.520.000,00	$ 1.999.997,10
mar-15	$ 4.519.997,10	$ 2.520.000,00	$ 1.999.997,10
abr-15	$ 4.519.997,10	$ 2.520.000,00	$ 1.999.997,10
may-15	$ 4.519.997,10	$ 2.520.000,00	$ 1.999.997,10
jun-15	$ 5.713.695,10	$ 2.520.000,00	$ 3.193.695,10
jul-15	$ 4.519.997,10	$ 2.520.000,00	$ 1.999.997,10
ago-15	$ 4.519.997,10	$ 2.520.000,00	$ 1.999.997,10
sep-15	$ 5.247.862,10	$ 2.520.000,00	$ 2.727.862,10
oct-15	$ 5.848.070,10	$ 2.520.000,00	$ 3.328.070,10
nov-15	$ 6.042.913,10	$ 2.520.000,00	$ 3.522.913,10
dic-15	$ 5.704.737,10	$ 2.520.000,00	$ 3.184.737,10
ene-16	$ 4.750.000,00	$ 2.520.000,00	$ 2.230.000,00

feb-16	$ 4.750.000,00	$ 2.650.000,00	$ 2.100.000,00
mar-16	$ 4.750.000,00	$ 2.650.000,00	$ 2.100.000,00
abr-16	$ 5.133.463,00	$ 2.650.000,00	$ 2.483.463,00
may-16	$ 5.319.010,00	$ 2.650.000,00	$ 2.669.010,00
jun-16	$ 5.071.615,00	$ 2.650.000,00	$ 2.421.615,00
jul-16	$ 4.750.000,00	$ 2.650.000,00	$ 2.100.000,00
ago-16	$ 5.121.094,00	$ 2.650.000,00	$ 2.471.094,00
sep-16	$ 4.750.000,00	$ 2.650.000,00	$ 2.100.000,00
oct-16	$ 4.750.000,00	$ 2.650.000,00	$ 2.100.000,00
nov-16	$ 5.838.542,00	$ 2.650.000,00	$ 3.188.542,00
dic-16	$ 4.750.000,00	$ 2.650.000,00	$ 2.100.000,00
ene-17	$ 4.900.000,00	$ 2.650.000,00	$ 2.250.000,00
feb-17	$ 4.900.000,00	$ 2.800.000,00	$ 2.100.000,00
mar-17	$ 4.900.000,00	$ 2.800.000,00	$ 2.100.000,00
abr-17	$ 4.900.000,00	$ 2.800.000,00	$ 2.100.000,00
may-17	$ 4.900.000,00	$ 2.800.000,00	$ 2.100.000,00
jun-17	$ 4.900.000,00	$ 2.800.000,00	$ 2.100.000,00
jul-17	$ 4.900.000,00	$ 2.800.000,00	$ 2.100.000,00
ago-17	$ 4.900.000,00	$ 2.800.000,00	$ 2.100.000,00
sep-17	$ 4.900.000,00	$ 2.800.000,00	$ 2.100.000,00
oct-17	$ 4.900.000,00	$ 2.800.000,00	$ 2.100.000,00
nov-17	$ 5.384.896,00	$ 2.800.000,00	$ 2.584.896,00
dic-17	$ 5.129.688,00	$ 2.800.000,00	$ 2.329.688,00

Es del caso indicar que, para los periodos no incluidos en el cuadro anterior, no se encontró prueba de un salario mayor al reportado en COLPENSIONES, carga probatoria que se encontraba en cabeza del demandante y, que para esos específicos interregnos no se cumplió.

COSTAS de segunda instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE

1. **MODIFICAR** el numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para CONDENAR a la demandada a pagar la reliquidación de los aportes a seguridad social en pensiones del trabajador por el periodo trascurrido entre enero de 2008 y diciembre de 2017, con destino al fondo al que éste se encuentre afiliado, de conformidad con los mayores valores señalados en la parte motiva de esta decisión, junto con los intereses moratorios correspondientes.
2. **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

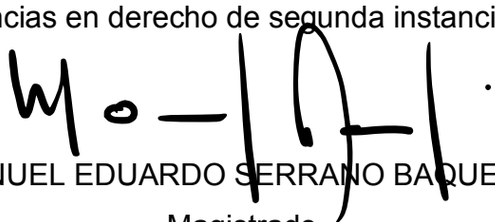


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE MANUEL HERNANDO VARGAS MURCIA CONTRA OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para estudiar el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia proferida el 16 de agosto de 2023 por el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se negó el reconocimiento de pensión de jubilación por parte de la demandada.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MANUEL HERNANDO VARGAS MURCIA presentó demanda en contra de OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se declare que es beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que trabajó para OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC entre el 2 de septiembre de 1996 y el 30 de octubre de 2018, y que tiene derecho a la pensión legal y/o voluntaria de jubilación por parte de su empleador conforme lo normado en el artículo 260 del CST a partir del 1 de noviembre de 2018 la que es compartida con la pensión reconocida en su favor en el régimen de prima media; en consecuencia pide que se condene a pagar las diferencias entre la pensión que le corresponda a cargo de la demandada y la pensión de vejez que devenga en el RPM, intereses moratorios, e indemnización de perjuicios.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que ingresó a trabajar mediante un contrato a término indefinido el 2 de septiembre de 1996 con la empresa OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC y nació el 29 de octubre de 1949, por lo que para el 1 de abril de 1994 tenía más de 40 años de edad. Aduce que la empresa ha venido reconociendo pensión voluntaria de jubilación a los beneficiarios del régimen de transición que hubieran laborado 20 años o más, continuos o discontinuos, al servicio de la empresa. Informa que le fue reconocida pensión de vejez teniendo en cuenta el régimen de transición (ver demanda y su subsanación folios 4 a 27 y 100 a 123 del expediente físico y folios 8 a 31 y 112 a 135, archivo 01 del expediente digital, primera instancia).

Enterada de la demanda y corrido el traslado legal OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que, si bien el demandante tenía 44 años para el 1 de abril de 1994, ingresó a laborar con la demandada el 2 de septiembre de 1996 cuando ya había entrado en vigencia el régimen general de pensiones, por ello los riesgos de IVM quedaron cubiertos por el Sistema de Seguridad Social. Precisa que antes del 1 de abril de 1994 el demandante no había tenido relación laboral con OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC y por ello no tenía expectativa de jubilarse directamente por la sociedad demandada. Señala que la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES en régimen de transición se derivó de la afiliación al Sistema con varios empleadores con los que tuvo relaciones laborales. Propuso las excepciones de fondo que denominó: *inexistencia de la obligación, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, falta de título y causa y abuso del derecho* (folios 106 a 117 archivo 01 expediente digital, primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de agosto de 2023, a través de la cual el Juez Veinticinco (25) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demanda de las pretensiones incoadas. Para tomar su decisión concluyó que la demandada, desde el inicio del vínculo, subrogó el cubrimiento de los

riesgos de vejez, invalidez y muerte en el Instituto de Seguros Sociales y no los asumió directamente.

La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: ABSOLVER a la demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC hoy SIERRA CALL ENERGY ARAUCA LLC de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante por los motivado SEGUNDO: DECLARAR probada las excepciones de fondo propuestas por la demandada, a las que denominó INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO DEBIDO Y BUENA FE, por lo motivado. TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. CUARTO: DE NO SER APELADA la presente sentencia y por ser adversa a las pretensiones del ex trabajador hoy demandante, enviase a la sala laboral del Honorable Tribunal Superior De Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta."* (Audiencia virtual archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 23:26).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el demandante pide que se revoque la sentencia y se concedan las pretensiones de la demanda. Reitera que se acreditaron los requisitos para acceder a la pensión de jubilación prevista en el artículo 260 del CST, y que a otros trabajadores de la demandada en idénticas condiciones sí se les otorgó la pensión de lo cual resulta un trato discriminatorio. Señala que el cambio de política obedeció a la venta de la compañía, momento a partir del cual la empresa cambio su política en relación con la pensión frente a personas como él que es beneficiario del régimen de transición y por ello tiene derecho a la prestación[1] (Audiencia virtual parte 4, archivo 018 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:07:25).

---

[1] *"Gracias, señoría, señoría, de manera respetuosa y de conformidad con los conservadores, artículo 66 del código procesal del trabajo y de la seguridad social, me permito formular el recurso de apelación en contra de la sentencia que se acaba de proferir y que acaba de ser de notificada en estrados para que el honorable tribunal se sirva revocar la provincia en su integridad diciendo respetuosamente de la parte resolutiva de la parte motiva de la providencia con fundamento en lo siguiente, tal y como pudo advertir tuvo oportunidad de señalar el despacho en el presente proceso se ha puesto de presente a la administración de*

justicia el señor Manuel Hernando Vargas es beneficiario de una pensión de jubilación reconocida por parte de occidental de Colombia, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 260 del código sustantivo del trabajo, de manera que materialmente debe haber una compartibilidad entre la pensión de jubilación y la mesada pensional, reconocida por parte del sistema integral de seguridad social, en este caso por la administradora colombiana de pensiones Colpensiones, esta afirmación, perdón, encuentra fundamento en los siguientes razonamientos fácticos, primero el señor Manuel Hernando nació el 29/10/1949. segundo, el vínculo contractual de trabajo existente entre mandante y la demandada OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC inició el 02/09/1996, tercero mi mandante, cumplió 55 años en el mes de octubre de 2004, cuarto mi mandante cumplió 20 años de servicio para la compañía en año 2016 nótese el primero 2016 en ese sentido mi mandante debe ser beneficiario de la pensión de jubilación especial que reconocía occidental de Colombia así las cosas, las conductas y omisiones de la demandada no solo fueron adversos a las normas del trabajo y de la seguridad social, sino también adversas a las normas o los enunciados normativos constitucionales a la constitución política, al bloque de constitucionalidad, en la medida en que de manera injustificada se le brindó un tratamiento diferente a circunstancias fácticas idénticas, de acuerdo con lo mencionado, la misión de reconocimiento pensional de mi mandante se erige una actuación adversa, orden constitucional y legal colombiano, toda vez que a un extenso grupo de trabajadores de la demandada efectivamente le fue reconocida esta prestación económica o la prestación económica en materia de controversia y sólo a título de ejemplo, tal y como hemos venido señalando en este caso concreto y como lo han puesto de presente algunos de los que fueron convocados en calidad de testigos a la presente litis, hay un nutrido grupo de trabajadores o ex trabajadores y OCCIDENTAL DE COLOMBIA si les fue reconocida esta prestación económica consagrada en el artículo 260 del código sustantivo del trabajo, solo para anunciar un nombre, señor JAIRO PICO, JAVIER GUZMÁN, FERNANDO CHARÁ, NÉSTOR ROCHA Y FERNANDO SÁNCHEZ, NELSON JIMÉNEZ, LUIS ERNESTO MONROY, ERNESTO PÁEZ. POLANCO, HERNÁN ORJUELA, HÉCTOR MORALES, HORACIO GELVES, entre otros. al grupo de compañeros de trabajo mi mandante, consignado en presencia efectivamente les fue reconocida una pensión de jubilación consagrada en el artículo 260 del código sustantivo del trabajo a mi mandante, sin que mediase diferencia fáctica alguna no le fue reconocida esta prestación económica la pensión de jubilación se reconoció también con ocasión al cumplimiento de una política institucional de la compañía, de manera que la ausencia de reconocimiento de dicha prestación respecto mi mandante, además de conculcar sus derechos legales esta omisión se erige en una relación de derecho fundamental a la igualdad cuando existe un elemento objetivo que permite un trato diferente teniendo de presente que en virtud de la política de reconocimiento pensional a los trabajadores mencionados en presencia, compañeros de mi mandante, efectivamente le fue reconocida la mesada pensional, de acuerdo con lo consagrado en el artículo 260 del código sustantivo del trabajo en tal virtud mi mandante fue objeto de un trato discriminatorio injustificado, habida consideración que la pensión de jubilación se ha tenido que se ha tenido oportunidad de solicitar a través del proceso de la referencia efectivamente fue conseguida al grupo de trabajadores que mencionamos con antelación, quienes materialmente centraron más circunstancias fácticas de mi representado en ese sentido, con ocasión a la anterior a la luz del orden constitucional legal colombiano, mi mandante debe ser beneficiario de esta mesada a pensional además, teniendo de presente que en el interrogatorio de parte efectivamente, quien funge como representante legal de occidental de Colombia tuvo oportunidad de confesar que esta política de reconocimiento existió y que hubo personas beneficiarias de esta política de reconocimiento y por tanto mi mandante compartiendo las condiciones fácticas de dichos trabajadores, debía ser objeto de esta mesada pensional so pena que se conculque el derecho fundamental a la igualdad tal y como tu tuvimos oportunidad de señalar la seguridad social se ajusta o se ajusta a los parámetros de no regresividad y de condición más beneficiosa, no es dable que una compañía o una empresa o un empleador no aplica una política institucional o aplique una política institucional a unos trabajadores y otros no los aplique vulnerando una expectativa legítima que tienen esos trabajadores pues reitero a mi mandante no le fue reconocida dicha prestación sin que hubiese digamos una situación objetiva distinta que diera lugar a que no se reconociera la prestación económica ahora, tal y como hubo oportunidad de manifestar en el curso del proceso las circunstancias fácticas obedecen un contexto, el campo de caño limón fue vendido y desde

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No es objeto de controversia en esta instancia (i) que MANUEL HERNANDO VARGAS MURCIA prestó sus servicios para OCCIDENTAL DE COLOMBIA LLC entre el 2 de septiembre de 1996 y el 31 de octubre de 2018, y que (ii) le fue reconocida pensión de vejez en aplicación del régimen de transición a partir del 1 de agosto de 2010 con una mesada inicial de $9.364.879 por parte del Seguro Social, mediante resolución 04038 del 12 de septiembre de 2011 que modificó la resolución 022487 de 29 de julio de 2010.

---

el año 2012 iniciaron ciertos rumores de la venta, lo que llevó dicha venta se llevó a cabo en el año 2017 y se publicó en el año 2020 obviamente los compradores fueron inversionistas en una compañía de petróleo y por tanto, pues el cambio de política de reconocimiento pensional obedeció a evitar digamos que estos incrementos que pudiese tener o incrementos en este pasivo como tal pudiese hacer menos atractivo a una venta en el curso, digamos, de esta negociación sistemáticamente a todos los que lleva más de 20 años de trabajo les concedieron su mesada pensional a la luz del artículo 160 del código a sustantivo de trabajo antes de esta venta que hemos enunciado con antelación, pero el mandante con ocasión a ciertas particularidades en contexto por supuesto, pero que no obedecen a criterios objetivos le fue conculcado este derecho en ese sentido, también resulta pertinente traer a colación la línea jurisprudencial sólida y robusta que ha construido la sala laboral de la corte suprema de justicia con respecto al régimen de transición tal como la sentencia 21/01/2014 con la ponencia del doctor JOSÉ MAURICIO RUIZ que es señaló lo siguiente, abro comillas, conviene recordar que la regla general de que la norma aplicable al caso es la vigente para cuando se consolida el derecho a la pensión puede tener excepciones, como sucede en el caso de que se presenten los presupuestos de un régimen de transición en virtud del cual se respetan terminadas condiciones de un régimen anterior en ese sentido, de conformidad con el contenido del artículo 36 de la ley 100 de 1993 la edad para acceder a la pensión de vejez el tiempo de servicio, el número de semanas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema integral de seguridad social tengan 35 o más años de edad si son mujeres o 40 años más de edad, si son hombres o 15 años o más de servicios será la establecida en el régimen anterior, al que se encuentren afiliados así las cosas, de acuerdo con dicha sub regla jurisprudencial el demandante debe ser beneficiario en la mesada pensional, con ocasión a que se cumplan los presupuestos fácticos para que le sea aplicable el régimen de transición y en gracia de discusión, el no reconocer dicha mesada pensional deviene en que se violente un derecho fundamental a la igualdad, toda vez que un grupo de trabajadores se les ha reconocido la mesada pensional en ese sentido, solicito comedidamente al honorable despacho, a la honorable sala del tribunal se sirva revocar la providencia que acaba de ser proferida y notificada en estrados, toda vez que disentimos de buena parte de la carga argumentativa del despacho, quien reconoció que mi mandante pues es beneficiario del régimen de transición pensional, pero no le reconoció la prestación económica que hemos solicitado, por tanto, solicito que se revoque dicha providencia para que en su lugar se condene la compañía de conformidad con el libelo de mandatorio de acuerdo como se formularon las pretensiones de la presentación judicial muchas gracias, señoría. ”.

En consonancia con el recurso de apelación, el Tribunal debe definir si MANUEL HERNANDO VARGAS MURCIA tiene derecho a la pensión de jubilación que contemplaba el artículo 260 del CST, a cargo de la sociedad OCCIDENTAL LLC.

La norma referida disponía como prestación especial (a cargo de los empleadores que tuvieran el carácter de empresa) una pensión mensual vitalicia de jubilación *"(…) equivalente al setenta y cinco por ciento (75%) del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio. (…)"* en favor de los trabajadores que "*lleguen o hayan llegado a los cincuenta y cinco (55) años de edad, si es varón, o a los cincuenta (50) años si es mujer, después de veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos (…)"*

La aplicación *general* de esta norma se vio afectada por la llegada de los seguros de invalidez vejez y muerte a cargo de entidades de seguridad social, que trajo la modificación paulatina del Sistema de Pensión *patronal* que regía por un Sistema de *Seguridad socia*l a cargo de terceros. Para ese efecto se expidió, entre otros, el decreto 758 de 1990 que dispuso la compartibilidad de las pensiones legales de jubilación de aquellos trabajadores que, al iniciarse la obligación de asegurarse en el Instituto de Seguros Sociales contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, llevaran 10 años o más de servicios continuos o discontinuos en una misma empresa, quienes -según la norma- ingresarían al seguro obligatorio como afiliados y al cumplirse el tiempo de servicios y la edad exigidos por la ley para la pensión podían exigir la jubilación a cargo del patrono, y éste estaba obligado a pagarla hasta cuando el trabajador cumpliera los requisitos mínimos para otorgar pensión de vejez, momento a partir del cual el Sistema pagaría la pensión y quedaría a cargo del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Sistema y la que venía pagando el empleador.

En el caso presente no se da ninguno de los presupuestos referidos.

Se probó, por el contrario, que desde su vinculación a la demandada, el demandante estuvo afiliado al sistema de Seguros Sociales, con lo cual el empleador subrogó la totalidad de sus obligaciones pensionales en las entidades del Sistema .

Tampoco se demostró que el demandante tuviera derecho al pago de una pensión extralegal de jubilación para aplicar las reglas pertinentes[2]. Como se afirma expresamente en la demanda, la pensión se reclama causada por aplicación de una regla legal, el artículo 260 del CST.

Menos aún se probó que otros trabajadores en iguales condiciones a las que tenía el demandante hubieran obtenido el reconocimiento pensional de la sociedad demandada, ni que ésta tuviera, por alguna causa válida, la obligación de dar al demandante igual tratamiento.

No se desconoce que el demandante era beneficiario del régimen de transición previsto en el articulo 36 de la Ley 100 de 1993, pues para el 1 de abril tenía más de 40 años de edad -nació el 29 de octubre de 1949 (página 24 archivo 01), ni que prestó servicios por 22 años a la demandada. De tales hechos se derivó, precisamente, el reconocimiento de la pensión de vejez que ahora está recibiendo del Sistema, sin que tal situación pueda generar obligación alguna para la demandada en materia pensional, pues se repite, *nunca* tuvo a su cargo el reconocimiento o el pago de la pensión del demandante.

Por todo lo dicho se confirmará la sentencia apelada que negó las pretensiones de la demanda.

---

[2] DECRETO 758 DE 1990. ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES. Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuaran cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

COSTAS en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

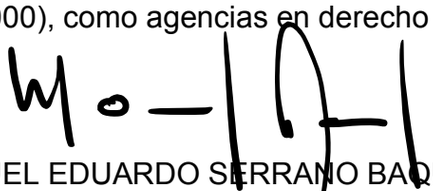


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

INCLÚYASE en la liquidación de COSTAS, la suma de QUINIENTOS MIL PESOS MCTE ($500.000), como agencias en derecho de segunda instancia.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE ALEJANDRO PEDRAZA ORTIZ LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LAS SOCIEDADES ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A Y SKANDIA S.A.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA, PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 28 de junio de 2023 por la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá por la cual DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Mediante apoderada, ALEJANDRO PEDRAZA ORTÍZ presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que las AFP demandadas incumplieron con su deber legal de información al no brindar una asesoría veraz oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa al demandante sobre las características y consecuencias de su traslado de régimen pensional, y en consecuencia se

declare ineficaz la afiliación a estos fondos. Pide que se condene a las administradoras de fondos privados a registrar en su sistema de información que la afiliación del demandante es ineficaz, y a PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos rendimientos, bonos y/o títulos pensionales, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar algún descuento, y a COLPENSIONES activar la afiliación en pensión y recibir todos los aportes (ver demanda archivo 01 y subsanación archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a las pretensiones. Aduce que el demandante realizó su traslado como lo dispone el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 en ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen, y prefirió el régimen de ahorro individual con solidaridad. Por ello se encuentra válidamente afiliado al RAIS y no se evidencia la existencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Advierte que el demandante se encuentra imposibilitado para un traslado en este momento de acuerdo con el articulo segundo de la Ley 797 de 2003, el cual modifico el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 al tener 61 años. Solicita, en caso de prosperar la demanda, que se ordene retornar: *(i) dineros destinados a la cuenta individual; (ii) dineros destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; (iii) dineros destinados a la prima de reaseguros (iv) dineros destinados al seguro previsional de invalidez y sobrevivientes y (v) dineros destinados a la comisión de administración por aportes obligatorios sin descuento alguno y cualquier otro dinero destinado a seguro alguno*. Formuló como excepciones las que denominó *prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones* (ver contestación folios 5 a 16 archivo 05 trámite de primera instancia del expediente digital).

PROTECCIÓN S.A., se opuso también a las pretensiones de la demanda que la involucren. Afirma que el traslado del demandante a ese fondo fue un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que se constata con el formulario de afiliación suscrito por el demandante en forma libre y espontánea, con el cual se formalizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre las partes, generó derechos y obligaciones, y cumple con lo previsto en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Sostiene que la forma como hoy se liquida la pensión en el RAIS no hace nula o ineficaz la afiliación. Refiere que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado del artículo segundo de la Ley 797 de 1993. Propuso en su defensa las excepciones de *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a la AFP PORVENIR S.A., traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFP convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica* (ver contestación folios 3 a 33 del archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso igualmente a las pretensiones dirigidas contra esta entidad, por cuanto el demandante al afiliarse a ese fondo de pensiones en el año 2008 venía de estar afiliado con otros fondos y, por ende, ya tenía conocimiento sobre el funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y los demás componentes de ese régimen pensional, la asesoría en su caso se tomaba más en una *reafirmación de los argumentos ya conocidos*. Además, la selección de régimen del sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que, al vincularse con el RAIS, aceptó todas las condiciones propias de ese régimen conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Asegura que no es posible declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación efectuada al RAIS dado que el

traslado se realizó siguiendo los lineamientos del ordenamiento jurídico, proporcionándo al demandante toda la información para que tomara la decisión consciente de afiliarse. Advierte que no basta con invocar vicios del consentimiento, se debe explicar y probar en qué consiste cada uno de ellos. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó: *Cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la asesoría brindada fue clara, comprensible y circunscrita a la situación particular del afiliado, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, configuración de reintegro de prima de seguro previsional, compensación, prescripción del porcentaje de los gastos de administración, prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro, buena fe y la genérica.* (ver contestación folios 2 a 24 archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Dentro del término de traslado SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS llamó en garantía a MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. (Folios 61 a 68 Archivo 16 del expediente digital, trámite de primera instancia). El llamamiento se admitió por auto del 6 de diciembre de 2022 (archivo 21, del expediente digital, trámite de primera instancia).

Enterada de la demanda y del llamamiento, MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. contestó a través de apoderado judicial. No se opuso ni se allanó a las pretensiones de la demanda por cuanto las mismas tienen como sujeto pasivo de la relación material debatida a las AFP llamadas como demandadas. Dijo no constarle ninguno de los hechos. Propuso como excepciones: *Las decisiones tomadas por el demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad" siendo licitas, válidas y oponibles y reconocimiento oficioso de excepciones.* Frente al llamamiento, aceptó los hechos relativos a la suscripción de la póliza. Se opuso a la solicitud de reembolso o el pago de las primas causadas y pagadas durante la vigencia del seguro previsional contratado por cuanto el único objeto de ese contrato es que, *en caso de realizarse el riesgo, se impone para la Aseguradora "el pago de la suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez o sobreviviente"*. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: "*El llamamiento en*

garantía efectuado a MAPRE es improcedente por cuanto SKANDIA S.A carece de amparo y/o cobertura frente a la acción material ejercida por la parte demandante, por no existir relación entre el riesgo objeto de protección asegurativa y el objeto material de las pretensiones, inexistencia de derecho contractual por parte de la AFP SKANDIA, MAPRE no se encuentra obligada en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía a efectuar devolución de las primas ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro porque ellas fueron legalmente devengadas y los riesgos estuvieron efectivamente amparados, a MAPRE no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda que afecten a la llamante AFP SKANDIA S.A y por lo mismo no está obligada a restitución alguna, prescripción de la acción derivada del contrato de seguro y el reconocimiento oficioso de excepciones (ver contestación folios 2 a 26, archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 21 de abril de 2023 la juez tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A. (archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Veintiséis (26) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado del demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que DAVIVIR (hoy PROTECCIÓN) no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información clara, suficiente y oportuna sobre las características, condiciones y diferencias de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir al demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante ALEJANDRO PEDRAZA ORTIZ al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia*

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con su rendimientos financieros causados, así como el porcentaje correspondiente a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anteriormente debidamente indexado con cargo a sus propios recursos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PROTECCIÓN a trasferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, lo anterior debidamente indexado y con cargo a sus propios recursos conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES SKANDIA a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los dineros descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante que correspondían a primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y gastos de administración debidamente indexados conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR al fondo de pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha trasferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas. SÉPTIMO: ABSOLVER a la llamada garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA Y SEGUROS de las pretensiones incoadas en el llamamiento en garantía conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. OCTAVO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR, PROTECCIÓN Y SKANDIA a razón 33.33 % a cargo de cada una y a favor de la parte demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de $1.500.000. NOVENO: CONDENAR en costas de esta instancia a SKANDIA y a favor de la llamada en garantía MAPFRE Colombia VIDA seguros, fijándose como agencias en derecho a la suma de $800,000, el despachó aclara el numeral tercero del sentido que a PROTECCIÓN Igualmente se le ordena la devolución de los dineros descontados contados

por gastos de administración." (Audiencia virtual, récord 53:51, archivo 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de SKANDIA, pide que se revoque la orden de retornar los gastos de gastos de administración y primas de seguro previsional debidamente indexados. Aduce, de acuerdo con el articulo 20 de la Ley 100 de 1993, que los fondos privados pueden descontar un 3% de la cotización para financiar los gastos de administración y las primas de seguros por invalidez y sobrevivencia. Indica que se debe hacer una ponderación en atención al principio de la teoría de restituciones mutuas y la buena fe con la que ha actuado el fondo. Refiere que no es procedente la devolución de las primas de seguro previsional por cuanto el demandante gozó de la cobertura durante toda la vinculación, por lo que solicita en caso de condena que se redireccione la orden de devolución a Mapfre. Señala que la indexación no fue solicitada en el escrito de demanda y que es improcedente su reconocimiento al no versar el proceso sobre un reconocimiento pensional[1]

---

[1] *Presento recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su despacho en aras que el honorable tribunal sala laboral de Bogotá revoque la condición impuesta a mi representada tendientes a retornar los conceptos de gastos de administración y seguros previsionales debidamente indexados sustento el recurso de apelación indicándole a los honorables magistrados que no es dable que Skandia retorne dichos emolumentos teniendo en cuenta que con la creación de la ley 100 de 1993 se crea unas obligaciones a los fondos privados de pensiones como lo establecido en artículo 20 de la ley 100 de 1993 el cual en su inciso final se estableció que los fondos privados podrán descontar un 3% de la cotización para las figuras de la prima de seguros de invalidez y sobrevivientes y para los gastos de administración no tiene claramente que al darse la vinculación del señor demandante con mi representada al existir un vínculo jurídico actual que fue el contrato de vinculación que suscribió el señor demandante con Skandia se generó la obligación por parte de mi representada de descontar los gastos o inclusión de los de administración y descontar de la tasa de cotización el pago para la prima de las figuras de invalidez y sobrevivencia y con ello trajo una obligación que es cumplir primero con la administración de la cuenta de ahorro individual y en segundo lugar pues administrar dicha cuenta y generarle unos rendimientos que en el presente caso pues fueron ordenados a trasladar también de la misma manera cumplir con la obligación de los contratos previsionales de aseguramiento para los riesgos de invalidez y sobrevivientes y en este caso para que el señor demandante en caso de que hubiese sufrió algún siniestro por alguno de esas dos causas y si cumpliese los requisitos bien sea a él o a sus beneficiarios mi representada hubiese hecho valido dicho contrato para cubrir las contingencias a que hubiera lugar por tal motivo bajo este escenario es relevante mencionarles a los honorables magistrados que si bien es cierto las pretensiones de las ineficacias de las afiliaciones van encaminadas hacia la declaratoria de la ineficacia hacía que se deben regresar las cosas a su estado inicial lo cierto es que también se debe hacer un estudio de ponderación objetiva en cuanto a la teoría de las restricciones mutuas y la buena fe ha ostentado mi representada pues en virtud de que en primer lugar Skandia pensiones obro de buena fe todo vez que cuando recibe a el señor demandante lo hizo como un traslado horizontal o un traslado de AFP sí que tuviera injerencia alguna en la toma de decisiones de traslado de régimen pensional y administración su cuenta de ahorro de manera diligente garantizándoles su rendimiento que*

(Audiencia virtual, récord 56:35, archivo 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso PORVENIR, pide también que se revoque la orden de devolver las sumas indexadas, ello debido a que la rentabilidad mínima de los aportes es un concepto excluyente e incompatible con la indexación, pues los rendimientos compensan la pérdida del poder adquisitivo del dinero de la cuenta de ahorro individual[2] (Audiencia virtual, récord 1:02:35, archivo 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

emanan del artículo 20 de la ley 100 de 1993 de la misma manera pues en lo que respecta a los seguros de invalidez o la prima de invalidez y sobrevivencia no es procedente que Skandia los deba asumir tanto que la causa de este aseguramiento fue permanente y el demandante gozo dicha cobertura durante toda la vinculación con mi representada qué parte del mencionado porcentaje ya fue pagado a la aseguradora para cubrir riesgo de invalidez y sobrevivencia y por lo tanto nunca se han encontrado en las arcas de la AFP que represento y mucho menos a estado en cabeza de mi administradora la administración de dichos recursos en ese sentido pues le solicitó respetuosamente a los honorables magistrados que si en esta cuestión considera que se deben retornarte los emolumentos aquí apelados les solicito en primer lugar que en cuanto a los seguros previsionales de esta condena sea re direccionada hacia la aseguradora Mápfre teniendo en cuenta que fue llamada en garantía si bien es cierto se dice que no existe un vínculo con Mapfre en cuanto a las pretensiones el vínculo existe en el sentido de que si se declara la ineficacia quiere decir que ninguna de las actuaciones surtidas dentro de la administración de la cuenta de ahorro individual y las gestiones encaminadas a cubrimiento de riesgo y males de sobrevivencia no existieron motivo por el cual pues la aseguradora no tendría ningún piso para que tuviese asegurado al ser demandante a nombre de skandia toda vez que no existió ninguna relación contractual con ninguno de las partes lo que se podría pensar que no hay ningún vínculo jurídico que nos ate o que ate al señor demandante con skandia y a su vez a skandia con la aseguradora y a la aseguradora con el señor demandante para dichos cubrimientos lo que se estaría generando una causa de enriquecimiento sin justa causa a favor de la aseguradora toda vez que no existe ningún afiliado en skandia para tenerlo asegurado bajo la póliza a nombre del señor demandante siguiendo con la discusión considera que se tiene que retornar los emolumentos le solito respetuosamente no condenar a la indexación esa indexación nos proceden de primero pues que no fue pedida en el mandatorio lo cual causaría pues una violación al debido proceso en atención que nuca fue debatido ni discutido en la etapa procesal pertinente en segundo lugar pues no te claramente el artículo 20 está hablando de la tasa de cotización y ese descuentos hacen parte de la tasa de cotización luego entonces al ordenar retornarlos de forma indexada pues estaría desconociendo que hacen parte del porcentaje que anualmente está establecido para los aportes a seguridad social en pensión de lo cual se podría inferir que no se trata de un aporte independiente sino que integrante de esa misma tasa de cotización que se le realiza mensualmente al trabajador y que de esta manera pues nos estaría frente a un reconocimiento pensional en el cual sí se podría traer a valor presente dicha corrección monetaria estamos frente a que se está ordenando una devolución de un 100% de los aportes realizados al sistema general de pensiones y la indexación no habría lugar teniendo en cuenta que no estamos frente a un reconocimiento pensional por todo lo anterior dejo así sentado mi recurso de apelación solicitando respetuosamente a la señora juez de instancia lo conceda y a los honorables magistrados revocar las condenas aquí apeladas muchas gracias."

[2] "*Encontrándome en el momento procesal adecuado me permito presentar recurso de apelación parcial contra él numeral segundo acabo de proferir por el despacho a fin de que el honorable tribunal superior de distrito judicial de Bogotá se sirva de revocar las condenas impuestas a mi representada de manera indexada y lo anterior lo sustento en que la indexación es según sentencia C-00161 del 13 de mayo de 2010 magistrado ponente Edgardo Villamil portilla abro comillas en cuanto a la indexación es la actualización monetaria cuya aplicación deja por fuera aspecto subjetivos y pretende mantener en el tiempo el valor adquisitivo de la moneda oficial que desciende periódicamente en las*

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la sentencia. Reitera que el demandante realizó su traslado de manera libre y expresa a través de la firma del formulario de afiliación en cumplimiento de la normatividad aplicable para esa fecha. Con relación al deber de información sostiene que no es jurídicamente válido imponer cargas a las administradoras diferentes a las vigentes para el momento del traslado por los principios de confianza legítima, debido proceso y legalidad. De confirmarse la sentencia, pide que se condicione el cumplimiento de sus obligaciones a la devolución de todas las sumas por parte de las AFP, y que se actualice la información del demandante en la base de datos[3] (Audiencia

---

economías caracterizadas por la inflación toda bajo la idea del pago sea cual fuera el origen de la prestación debe ser íntegro y con forma de cantada jurisprudencia en materia obligaciones indemnizatorias que fue recogida por el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 adicionalmente a través de sentencia SL 9316 de fecha 29 de junio 2016 se precisó que la indexación es abro comillas la simple actualización de la moneda para contrarrestar la devaluación de lo mismo por el transcurso del tiempo a la generalizada condición inflacionaria de la economía cerro comillas en ese orden de ideas su señoría y teniendo en cuenta que dentro de las obligaciones legales que tienen las AFP y en particular de mi representada genera una rentabilidad mínima en las cuentas de ahorro individual en el caso en particular del demandante se debe evidenciar que en primera medida se generaron rendimientos y superiores a los establecidos y mínimos legales mi segunda medida la inflación este fenómeno presente en nuestra economía pues nunca afectó los ahorros y los aportes del demandante por el transcurso del tiempo y en los periodos en los que estuvo vinculado de igual manera y teniendo en cuenta que también se está ordenando la devolución de rendimientos financieros digamos que estoy rubro también sería excluyente en la medida que también tiene frutos e intereses que se obtuvieron por parte de mi representada en el tiempo en el que en los dos momentos históricos durante los cuales el demandante estuvo afiliado a mi representada y debe tenerse en cuenta que este sería excluyente conforme también lo indica en sentencias de fecha 21 de junio 2022 fechas 25 de julio de 31 de octubre 2022 y sentencia del 30 de enero 2023 del honorable Tribunal Superior de Cali en donde indica que con el traslado de estos emolumentos se compensa la indexación estoy hablando de los rendimientos se fundamenta lo previamente mencionado en la teoría de la restituciones mutuas digamos que se aplica esta teoría por analogía esto en concordancia con el artículo 1746 del código civil si bien no es de materia laboral por analogía se aplica dicha disposición en concordancia con sentencia también SL 2946 de 2021 todo con aquello de suplir el déficit fiscal que involucra y que es consecuencia el traslado del demandante en el caso en particular al rpm en ese sentido señores magistrados sustento mi recurso de apelación parcial contra el numeral referido a fin de que se revoque él mismo en cuanto a la imposición de los emolumentos señalados en dicho aparte de la sentencia de manera indexada, muchas gracias."

[3] *"Estando en la oportunidad procesal respetuosamente me permito interponer y sustentar recursos de apelación en los siguientes términos en primer lugar he de manifestar que la señora juez al momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado del régimen del demandante considerando esa falta del deber de información que tenía la AFP al momento de la suscripción del formulario de afiliación pasó por alto que para la fecha del traslado a la realidad del momento según la normatividad aplicable para la ley 100 del artículo 3 del literal b y e del decreto 692 del 94 y 663 del 93 era que la aceptación espontánea libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación lo cual en este asunto sería plenitud según se deriva el documento suscrito y registrado por el demandante no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado del régimen pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso no*

virtual, récord 1:06:43, archivo 32 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

---

consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos sino que exige además como lo expresa el artículo 29 de la carta el ajuste de las normas preexistentes del acto que se juzga con la anterior dejó sustentado al recurso reiterándole los honorables magistrados se revoque la decisión que se acaba de proferir en consecuencia se absuelva a mi representada de cada una de las pretensiones en su contra ahora bien en caso de que se llegara a confirmar la decisión por parte del honorable tribunal ruego se mantenga la condena impuesta a la AFP en el entendido que está debe reintegrar la totalidad de las cotizaciones que recibió así mismo le solicitó a los honorables magistrados que se adiciona la sentencia la de la condena impuesta a favor de la entidad que represento con una obligación de hacer a favor del demandante se condicione al previo incumplimiento de todas las obligaciones que se impongan a las AFP toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento de la sentencia hasta tanto la AFP integran los recursos a mi representada y actualice la información del demandante en la respectiva base de datos muchas gracias su señoría. ”

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones el demandante tenía 36[4] años de edad y había cotizado 155,14[5] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 2 años, 1 mes y 3 días)[6], y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión (tenía 61 años de edad- ver folio 18 del archivo 01 y archivo 02 del expediente digital).

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

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

---

[4] Nació el 01 de marzo de 1960

[5] Ver historia laboral expedida por Colpensiones, archivo 07 del expediente administrativo.

[6] *Ibídem*

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [7], [8]. Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

---

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

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

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

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

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

beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró, la decisión de traslado a la AFP DAVIVIR para el año 1996 obedeció a que la empresa con la que se vinculó para este momento tenía a los trabajadores vinculados con este fondo, pero nada reconoció sobre una asesoría que se hubiera brindado (audiencia virtual del 14 de agosto de 2023, récord 13:32).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR S.A. la devolución de la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos generados y los dineros correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados a cargo de sus propios recursos, a cargo de esta y de la AFP PROTECCIÓN y AFP SKANDIA. Así lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte en su jurisprudencia (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación*

definida administrado por COLPENSIONES" (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[9], los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Frente al al llamamiento en garantía, se confirmará también la decisión de primera instancia en cuanto negó las pretensiones incoadas contra la llamante, pues SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS no demostró la existencia de una relación sustancial con la aseguradora llamada en garantía que imponga a ésta (MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.) el deber de pagar el valor de las primas de seguro que recibió del fondo para cubrir los riesgos de invalidez o muerte del afiliado. Ello no se deduce del texto de las pólizas traídas al proceso (folio 29 a 40 del archivo 23 del expediente digital, trámite de primera instancia) en las que los beneficiarios son los afiliados al Fondo de pensiones obligatorias y no la demandada, y cuyo objeto -además- es diferente al pretendido por la recurrente.

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

Finalmente, carece de objeto la petición realizada por COLPENSIONES de condicionar el cumplimiento de las órdenes impuestas en su contra al previo acatamiento de lo dispuesto a cargo de la AFP, porque la parte resolutiva de la decisión de primera instancia así lo estableció.

---

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y SKANDIA.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

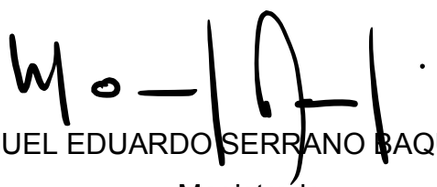


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE SONIA ESPERANZA ROA AVELLANEDA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 8 de agosto de 2023 por la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, SONIA ESPERANZA ROA AVELLANEDA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare ineficaz el traslado del régimen de prima media al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado en febrero de 1996 por defectuosa, insuficiente y confusa información suministrada por la AFP PORVENIR S.A. Pide que se ordene a PORVENIR devolver a COLPENSIONES las cotizaciones que haya recibido a partir de febrero de 1996 para cubrir los riesgos de vejez, invalidez y

muerte junto con los rendimientos y sin efectuar descuentos por administración fondo de solidaridad y seguros previsiones, y a COLPENSIONES aceptar a la demandante como afiliada del RPM y recibir los aportes (ver demanda folios 1 a 10 archivo 01 y subsanación archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones afirmando que al momento de la vinculación brindó a la demandante información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, como consta en el formulario de afiliación del 31 de enero de 1996 en el que se observa la declaración escrita del articulo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del artículo 54 del CPT. Asegura que mediante comunicado de prensa en el diario El Tiempo garantizó a la demandante al derecho al retracto. Advierte que a la demandante le es aplicable la restricción del del literal e de la Ley 100 de 1993, modificado por el articulo segundo de la Ley 797 de 2003. En su defensa propuso como excepciones de mérito: *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica* (ver contestación folios 1 a 23, archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso igualmente a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, afirma que la demandante presenta esta acción con el fin de tener beneficios económicos. Sostiene que el traslado se encuentra ajustado al articulo 13 de la Ley 100 de 1993 toda vez que la afiliada prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual, y existe una ratificación tácita al haber cambiado de AFP en el mismo régimen pensional. Refiere que el Decreto 2255 de 2010 en su artículo 2.6.10.1.4 expresa como deber del afiliado al Sistema General de Pensiones el estar pendiente del estatus pensional, y que existe prohibición de traslado cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad de acceso a la pensión de vejez. Presentó como excepciones las que denominó

inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y la genérica. (ver contestación folios 2 a 14 archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de agosto de 2023, mediante la cual la Juez Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen pensional efectuado por la señora SONIA ESPERANZA ROA AVELLANEDA al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1 de febrero de 1996, por intermedio de la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida administrada hoy en día por COLPENSIONES, todo conforme se expuso en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a trasladar los aportes pensionales de cotizaciones contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora SONIA ESPERANZA ROA AVELLANEDA, quien se identifica con la Cédula de ciudadanía 51.759.203 con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, junto con las sumas recibidas por bonos pensionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima debidamente indexada, discriminando con sus respectivos valores el*

detalle pormenorizado de los ciclos, el ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante con cargo de sus propios recursos y con destino a COLPENSIONES. TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que active la afiliación de la demandante dentro del régimen de prima media con prestación definida y proceda a actualizar su historia laboral. CUARTO: DECLARAR no probada los medios exceptivos propuestos por el extremo demandado. QUINTO: LAS COSTAS de esta instancia están a cargo de COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A., señalándose como agencias en derecho la suma de $1.000.000 a cargo de cada una de estas, a favor de la parte actora, SEXTO: En caso de no ser apelada, la presente decisión se deberá consultar con el superior por haberle resultado adverso a los intereses de la demandada COLPENSIONES." (Audiencia virtual, récord 1:05.17, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR S.A., solicita se revoque la condena de trasladar sumas diferentes a las indicadas en el artículo 113 de la Ley 100 de 1993. Indica que no hay lugar a la devolución de los seguros previsionales dado que estas contingencias por invalidez y sobrevivencia fueron cobijadas por terceros ajenos al proceso y de buena fe. Asegura que las sumas actualmente se encuentran actualizadas y que se estaría generando una doble condena al ordenar la indexación cuando los rendimientos han superado con creces cualquier devaluación económica[1] (Audiencia virtual,

[1] "*Gracias su señoría, estando en esta oportunidad procedo con la presentación de recurso de apelación de forma parcial en lo que respecta al numeral segundo, y esto es frente a la condena de trasladar sumas diferentes a las indicadas por el artículo 113 de la ley 100 de 1993 bajo estas circunstancias, señores magistrados, solicitamos amablemente se revoque la decisión en tanto que los únicos valores a retornar deben ser ante la declaratoria ineficacia de traslado, los rendimientos y aportes bajo estas premisas, pues no hay lugar a generar una devolución por concepto de seguros previsionales, dado que estas contingencias de invalidez y sobrevivencia ya fueron cobijadas y da cobertura por terceros ajenos de buena fe que contrató mi representada para la obtención de los servicios atinentes a la cuenta de ahorro individual que en este caso debía cumplir mi representada frente a las disposiciones legales dado este carácter, pues mi representada creó una cuenta de ahorro individual, es la misma que administró y que además de ello, pues cobijo frente a las coberturas pertinentes y los servicios ya fueron prestados a la parte actora con estas premisas, pues debemos señalar que si bien las contingencias no se presentaron, pero la cobertura si se brindó y los porcentajes fueron trasladados a terceros que quienes brindaron los servicios mi representada no se benefició, tampoco se enriqueció y quien sí obtuvo la cobertura fue la demandante frente a esta circunstancia, pues no hay razón para que mi representada genere una devolución de estos conceptos, máxime cuando los servicios fueron prestados y adicionalmente no obtuvo ninguna circunstancia adicional porvenir si no fue el cumplimiento*

récord 1:05:17, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de COLPENSIONES, solicita que se revoque la sentencia. Afirma que no se logró probar la existencia de algún vicio del consentimiento, siendo evidente que la afiliación se realizó conforme a lo establecido en la Ley 797 de 2003. Señala que la demandante manifestó en audiencia que la afiliación fue libre y voluntaria, y haber sido ella misma quien firmó el formulario de afiliación. Reitera que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado del artículo segundo de la Ley 797 de 2003, fundamento legal con el cual se pretende evitar la descapitalización del fondo común[2] (Audiencia virtual, récord 1:11:01, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

de sus obligaciones adicionalmente, en lo que respecta a una indexación de sumas, debemos señalar que tales conceptos pues ya se encuentran inmersos frente a los rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual de la demandante. debemos señalar que a la fecha, todas las sumas de la cuenta ya se encuentran debidamente actualizadas y adicionalmente se está generando una doble condena para mi representada en frente a actualizar sumas cuando los rendimientos han superado con creces cualquier devaluación económica, esto ya lo ha tratado el tribunal de Cundinamarca dentro del proceso 2021 111 de la demandante Felicia León Poveda, en el cual precisa que dado que se está ordenando la devolución de los rendimientos financieros, rubro este que incluye los frutos e intereses que se obtuvieron con los dineros recibidos por la AFP como consecuencia de la afiliación de la demandante, por lo que entiende la sala que este rubro sería excluyente con la indexación ordenada bajo estas premisas, pues está generando una doble condena para mi representada al endilgarse una evolución de conceptos por rendimientos y de indexarse sumas cuando pues ya los rendimientos reiteramos, superan con creces cualquier devaluación económica precisado lo anterior, pues amablemente, señores magistrados, solicitamos que de aplicación de la figura de percepción sobre sumas diferentes a los rendimientos y aportes, dado que pues tienen el carácter y además de ello, pues no existe alguna determinación legal que implica mi representada a generar devolución de conceptos diferentes a ya los determinados por el artículo anteriormente mencionado y bajo este carácter puede solicitamos la revocatoria en lo que respecta a los conceptos diferenciales y que anteriormente se mencionaron de esta manera de sustentado el recurso de apelación. Muchas gracias."

[2] *"Gracias, señora juez, en ese estado la diligencia me permitió presentar recurso de apelación frente al fallo proferido por su despacho el cual procedo a sustentar a continuación como lo manifesté en los alegatos de conclusión me opongo a las pretensiones realizadas por las señora esperanza roa esto es, que se declare la nulidad del traslado realizada en el año 96 a la AFP Porvenir ya que la misma no se logró probar que existe algún vicio del consentimiento, como el error y el dolo asimismo, es evidente que la afiliación se realizó conforme a derecho, conforme a lo establecido en el artículo segundo de la ley 797 del 2003, ya que en la manifestación realizada en la audiencia por la señora Sonia la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria fue ella quien firmó el formulario así como manifestó que la información recibida en el momento en que recibió la información, se encontraba consciente y que la entendió asimismo, señora juez, la demandante se encuentra inmersa en la prohibición consagrada en el artículo segundo de la ley 797 del 2003 la cual establece que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltará en 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho para tener derecho a la pensión dicha norma tiene un fundamento constitucional y legal a la cual se estableció que es una medida adecuada, proporcionada y necesaria que busca un fin constitucionalmente legítimo y el cual es el de evitar la descapitalización del fondo común de régimen solidario de prima media con prestación definida, que se produciría si se permitirá que las personas que no han*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

---

contribuido al fondo común regresará nuevamente en ese sentido, dejó presentado mi recurso de apelación.”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 31[3] años de edad y había cotizado 200,57[4] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 2 años, 1 mes y 5 días)[5], y para la fecha de presentación de la demanda, se encontraba a menos de 10 años de adquirir la edad para acceder al derecho pensional (tenía 56 años de edad- ver archivo 09 del expediente administrativo y archivo 02 del expediente digital).

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

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

---

[3] Nació el 29 de octubre de 1964, página 37 archivo GJR-NOT-AF-2021_10311051_20210907021… del expediente administrativo.

[4] Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, válida para bono pensional, folio 132 a 134 archivo 8, trámite de primera instancia.

[5] *Ibídem*

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

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

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

---

necesaria la imperiosa intervención como juez constitucional, a fin de que se unifique la jurisprudencia nacional, en la materia".

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

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

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener específicamente para cada afiliado. En palabras de esa Corporación, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió el demandante. Allí, según ilustró, el asesor de Porvenir le informó que el ISS se iba a acabar y que con ese fondo podría pensionarse antes con mejores rendimientos, además de ser heredable su derecho pensional, sin embargo, nada se le dijo respecto del funcionamiento del RAIS y de la forma como accedía o cuales eran los requisitos para acceder a dichos beneficios (Audiencia virtual del 8 de agosto de 2023, récord 17:50).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo frutos, intereses, gastos de administración, montos de las primas de seguros previsionales y porcentaje destinado a la garantía de pensión mínima debidamente indexado. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA). Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

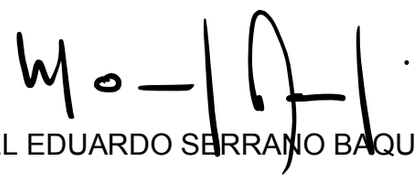
Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

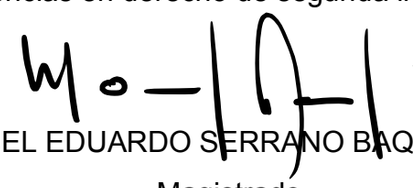


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE MARÍA JANETT POVEDA GUEVARA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 02 de agosto de 2023 por el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, MARÍA JANETT POVEDA GUEVARA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la ineficacia de su traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado mediante afiliación a PORVENIR, por cuanto dicha administradora faltó a su deber profesional al no suministrar una información clara, completa y cierta acerca de las implicaciones y consecuencias del cambio de régimen pensional. En consecuencia, pide que se disponga su retorno inmediato al RPM, se condene a PORVENIR a

devolver a COLPENSIONES todos y cada uno de los valores consignados en su cuenta de ahorro y a esta ultima a reconocer y pagar la pensión de vejez desde la fecha en que la cumplió los requisitos acceder al derecho pensional, junto con los intereses moratorios y la indexación (ver demanda y subsanación folios 1 a 25 del archivo 03 y archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda, las demandadas comparecieron a través de apoderados para la litis.

PORVENIR S.A. se opuso a todas las pretensiones de la demanda. Afirma que el traslado de la demandante al RAIS goza de plena validez en la medida que proporcionó a la demandante información clara, expresa, completa, veraz y oportuna, incluyendo las características, ventajas y desventajas de ese régimen, para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Indica que cumplió con el deber de información como le era oponible para la fecha en que se realizó la solicitud de traslado y que fue solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 que las administradoras adquirieron la obligación de asesoría tanto para sus afiliados como para el público en general. Refiere que si lo que arguye la demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda y con ninguno de los documentos aportados se acredita la existencia de error, fuerza o dolo. Formuló como excepciones de fondo las de prescripción, *prescripción de la acción de nulidad*, *cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe* (ver contestación folios 3 a 36, archivo del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda. Aduce que es la demandante quien a través de los medios probatorios dispuestos debe acreditar los supuestos fácticos de la demanda, y al expediente no se aporta prueba alguna que de cuenta de la existencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza y dolo), por el contrario, los documentos dan cuenta que su afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, sin constreñimientos o presiones indebidas. Advierte que en el

presente caso no se cumplen con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, y que no está llamada al reconocimiento y pago de la pensión de vejez debido a que no es el fondo de pensiones de la demandante. En su defensa propuso como excepciones de mérito las que denominó: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones y la innominada o genérica* (ver contestación folio 2 a 43 del archivo 09 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Terminó la primera instancia con sentencia del 02 de agosto de 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Tres (33) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y con esto la afiliación realizada la señora MARÍA JANETT POVEDA GUEVARA identificada con cédula de ciudadanía, 41.792.730 traslado realizado a PORVENIR el 22 de noviembre del año 2020. SEGUNDO: DECLARAR que MARÍA JANETT POVEDA actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES. TERCERO: ORDENAR a PORVENIR realizar el traslado de los dineros existentes en la*

cuenta de ahorro individual de MARÍA JANETT POVEDA GUEVARA junto con respectivos intereses, rendimientos, bonos pensionales a que haya lugar. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de MARÍA JANETT POVEDA GUEVARA al régimen de prima media integración en su totalidad para laboral de la demandante. QUINTO: CONDENAR a PORVENIR a trasferir a COLPENSIONES cuotas de administración, dineros descontados de seguros previsionales y de garantía de pensión mínima debidamente indexados con cargo a sus propios recursos al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que lo justifique. SEXTO: CONDENAR a COLPENSIONES, acudir a mecanismos procesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia hecha en el ordinal anterior. SÉPTIMO: ORDENAR a COLPENSIONES, estudie la situación pensional de MARÍA JANETT POVEDA GUEVARA una vez sea integrada su historia laboral y reconozca el derecho pensional de la demandante bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, modificada por Ley 797 del 2003 y reconozca el retroactivo pensional a que tiene derecho desde el mes siguiente al último ciclo de cotización. OCTAVO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho, prescripción y demás presentadas por las demandadas conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. NOVENO: COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PORVENIR y de COLPENSIONES, agencias en derecho, 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de PORVENIR, un salario mínimo legal mensual vigente a cargo de COLPENSIONES, estos en favor de la parte demandante. CORRIJO EL ORDINAL, PRIMERO mencioné el año 2020, es 22 de noviembre del año 2000" (Audiencia virtual, récord 25:40, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de PORVENIR, su apoderado afirma que la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, informada y sin presiones de acuerdo con la normatividad vigente para el año 2001. Indica que, con independencia de la información brindada, las

condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encuentran contempladas en la Ley 100 de 1993 por lo que la demandante en cualquier momento pudo validar la información otorgada. En relación con los rendimientos dijo que de ordenarse su devolución estos deberían corresponder a los que se generarían en las reservas de COLPENSIONES y no los que se causaron en el RAIS, porque no tendría sentido que se obligara a trasladar recursos propios de este último régimen, en caso contrario, deberían reconocerse los gastos en que esa AFP incurrió para administrar los aportes de la demandante. Asegura que tampoco es procedente restituir lo concerniente a primas de seguros previsionales pues estos recursos fueron empleados en la contratación de pólizas para la cobertura de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requieran. Advierte que no es viable ordenar la indexación junto con la devolución de los rendimientos al compensarse con los últimos la pérdida del poder adquisitivo de la moneda[1] (Audiencia virtual, récord 28:42, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[1] "*Muchas gracias, señoría esta representación agradece nuevamente el uso de la palabra de manera respetuosa, me permito interponer recurso de apelación en contra de la sentencia de instancia, solicitando el honorable tribunal superior en su sala laboral se sirva revocar la presente decisión en lo que corresponde a la declaratoria, ineficacia de afiliación de la demandante al RAIS así como las condenas impuestas en contra de la AFP Porvenir S.A conforme a las siguientes consideraciones, en primer lugar, debe decirse que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por parte del honorable corte suprema de justicia también la misma corporación ha indicado que él mismo no se puede aplicar de manera homogénea a todos los procesos donde se solicita la nulidad ineficacia de la afiliación por incumplimiento del deber de información en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que para mí representada no se da en el presente asunto, pues la demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional de manera voluntaria, sin presiones e informada, todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado en el caso de la demandante en el 2001, asimismo, la cual debe aclararse no exigía una información en los términos que fueron reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia ahora bien, con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidos en la ley 100 del 93, por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por mi representada. de igual manera, como todo consumidor financiero, la demandante debió actuar con mediana diligencia en la cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando en mayor razón, si los datos relevantes que permitían precisar las consecuencias de esta decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento así mismo, debe decirse que el actor de mi representada aquí, llamada a juicio, siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas las acciones se ejecutarán en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen. en ese sentido tenemos que teniendo en cuenta lo señalado anteriormente, no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladaba régimen pensional, pues se reitera que la decisión tomada por la parte actora se hizo en forma consciente y espontánea, sin presiones de ninguna naturaleza y con el cumplimiento de todos los requisitos en relación con los rendimientos, debe señalarse que debe ser declarada ineficaz el traslado al efecto natural de dicha declaratoria implicaría que los recursos que se trasladen como rendimientos de corresponder a los que se generan las reservas de Colpensiones y no los que se generaron en el régimen de ahorro individual con*

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que no puede ser condenada en costas por omisiones de un proceso de afiliación en el que no fue partícipe, sumado a que su actuación se ajusta a la norma que prohíbe a la demandante trasladarse en razón a su edad. De todas formas, asegura que nos encontramos frente a una persona capaz, consciente, con cualidades académicas y profesionales que le permiten establecer que su decisión de traslado estuvo precedida de la información necesaria que le llevaron a concluir que era la opción más viable para sus intereses. Menciona que de acuerdo con la jurisprudencia las proyecciones pensionales no son útiles

---

solidaridad, pues no tendría sentido que el traslado del RAIS nunca surtió, pues ningún efecto legal se obliga a trasladar los rendimientos propios de este régimen en caso contrario, por efecto de las restituciones mutuas a trasladar los frutos generados por el régimen del cual se predica nunca existió afiliación deberá reconocerse en consecuencia los gastos en que incurrió para poder administrar el pago de dichos aportes que se entendían realizados al régimen de prima media, gastos que se sintetizan en la comisión de administración y las primas de seguros previsionales para efectos de la cobertura pensional en los casos de invalidez y muerte de hecho, en este panorama, la AFP ha actuado como un agente oficioso involuntario en los términos establecidos por los artículos 2304 y 2310 del código civil, en cuanto creyendo administrar sus propios actividad, administró los negocios de otro y luego de declarar la ineficacia del acto, termina entregando unos rendimientos superiores a los que habrían tenido los aportes de haber sido gestionados por el encargado, en este caso Colpensiones, si ello es así, esa agencia oficiosa involuntaria debe dar lugar al reembolso de la autoridad efectiva obtenida, lo cual se traduce en que es solamente deberá estar obligada a entregar a Colpensiones los rendimientos que habrían tenido los aportes de haber sido administrados por esta entidad en el mismo orden de ideas. tampoco es procedente que la administradora debe restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros previsionales, por cuanto pues ya no están en su poder, sino en el de las compañías aseguradoras que contrató para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requieran, en línea con todos los señalados anteriormente, debe indicarse que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con lo conceptuado por la superintendencia financiera de Colombia, entidad encargada de vigilar, entre otras, a las sociedades administradoras de fondos de pensiones y que cuenta dentro de sus facultades con la de emitir conceptos doctrinales respecto a los temas de su competencia, al señalar ligeramente que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con las normas específicamente prevista para ello, que lo es el artículo séptimo del decreto 3995 del 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo que desde luego incluye las restituciones se solicita a los honorables magistrados, revocar la decisión de instancia relativa y la indexación de los valores objeto de la condena impuesta a mi representada, en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se encontrarán en la cuenta individual de la demandante ello es así, pues, como bien lo ha venido señalando tanto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cundinamarca como el Tribunal Superior de Cali, esta última concretamente en la sentencia 0182019473, se ha determinado que no es válido ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros se está compensando, pues la depreciación del poder adquisitivo de la moneda por último, en lo que corresponde a las agencias en derecho, debe aclararse que desestima la ineficacia del tratado de régimen y las consecuencias de devolución de los valores a los que fue condenado a mi representada Por consiguiente, debe desestimarse la condena en costas además que mi representada no tenía la facultad para rechazar la vinculación solicitada por la señora de María Janett Poveda es por todo lo anterior su señoría, que solicito respetuosamente al honorable tribunal superior revocar la sentencia de instancia respecto de las condenas impuestas en contra de la AFP Porvenir. muchas gracias."

para demostrar un vicio del consentimiento y que tal obligación surgió con posterioridad con el Decreto 2071 del 2015. Recuerda que toda la información pensional está contenida en la Ley 100 de 1993 y que la ignorancia de la ley no sirve de excusa[2] (Audiencia virtual, récord 36:20, archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

---

[2] "*Me permito interponer el recurso de apelación en mención a que bueno, no nos pueden condenar en costa por un proceso de afiliación que fuimos partícipes, además Colpensiones en este sentido, se ajusta a la norma en lo que respecta a la prohibición del traslado por estar inmersa en el mismo, por la edad, en atención a los múltiples pronunciamientos que han realizado nuestras altas cortes en los que se han fijado ciertos parámetros para el análisis de las pretensiones tenientes a la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional, que es el tema que nos ocupa, no se puede dejar de lado la particularidad de cada caso, que también ha sido objeto del análisis por parte de los órganos de cierre en el presente asunto nos encontramos frente a una persona que es capaz, consciente, con cualidades académicas asimismo profesionales particularmente altas que nos permiten, pues, establecer que la decisión que tomó durante la afiliación al RAIS estuvo precedida de la información necesaria para concluir que el traslado realizado era pues, la opción más viable para sus intereses futuros en este entendido, no puede considerarse que factores como la fluctuación en el mercado de trabajo la evolución de los salarios de la parte actora y otras variables que representan mayor o menores réditos, sean razones suficientes para considerar que no se le suministró toda la información necesaria para predecir las consecuencias en su futuro pensional esto lo expresó asimismo el magistrado Rigoberto Echeverri bueno en la aclaración de voto que realizo en la sentencia 1452 del año 2019 ahora bien, en el caso de que la falta de información, pues hubiera basado en que la AFP Porvenir S.A no realizaron una proyección pensional al señor francisco Eduardo rodríguez colmenares al momento de su traslado resulta preciso indicar que las proyecciones pensionales no son pruebas útiles para demostrar un eventual vicio en el consentimiento al momento en que decidió su afiliación dentro de las opciones que la misma ley le daba sumado a lo anterior, dicho obligación de emitir por parte de la AFP herramientas financieras o proyecciones pensionales a los potenciales afiliados nació con el decreto 2071 del año 2015, es decir, con posterioridad al traslado del demandante la carga dinámica e inversión de la prueba al interior de un proceso judicial exige la igualdad entre las partes con parámetros de buena fe y lealtad procesal es así que bajo estas circunstancias, el principio quien alega debe probar se de su lugar al principio quien puede debe probar para determinar quién es el que puede probar dentro de un proceso judicial, la corte constitucional ha señalado que depende de cada situación en particular por otra parte, observando a sí mismo que el demandante manifiesta que la falta de información también radica en que no se le explicaron las ventajas y las desventajas del régimen de ahorro individual, respectivamente debe precisarse que las características, condiciones y modalidades pensionales propia de este régimen están consignadas en los artículos 59 y siguientes de la ley 100 de 1993 norma que por ser de alcance nacional, impone su conocimiento a todos los ciudadanos a partir de su promulgación, en los términos del artículo 11 del código civil por tanto, no es dable alegar la ignorancia como excusa a voces de lo que prevé del el artículo 9 de la codificación antes citado para atribuir a la AFP la responsabilidad de haber omitido la información al respecto ya que con este señalamiento se hace efectivo lo que dice la ley, máxime cuando el demandante, de manera voluntaria, fue quien suscribió el formulario de afiliación al RAIS muchas gracias, su señoría."*

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

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas al expediente que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 40[3] años de edad y había cotizado 409,14[4] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 7 años, 1 mes y 4 días)[5], y para la fecha de presentación de la demanda ya había cumplido la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 57 años de edad- ver folio 34 del archivo 08 y el archivo 06 del expediente digital).

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

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

---

[3] Nació el 24 de febrero de 1960, folio 26 archivo 03.

[4] Ver historia laboral expedida por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, válida para bono pensional, folio 222 del archivo 07 e historia laboral expedida por Colpensiones folio 142 del archivo 09.

[5] *Ibídem*

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

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

Para la Corte los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social" (Ver SL 1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, el asesor de PORVENIR, en una reunión grupal con los empleados del Hospital Kennedy les mencionó que afiliarse a ese fondo era su mejor opción debido a su edad y que sus aportes iban a estar en una cuenta de ahorro individual, sin embargo, no les explicó otras condiciones o características del régimen de ahorro individual ni la forma en que se accede a la pensión (Audiencia virtual del 02 de agosto de 2023, archivo 17 del expediente digital, récord 17:01).

Cabe advertir que en las conclusiones de la Corte Suprema de Justicia la ineficacia no es subsanable *"en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos"* (SL1688 de 2019), y por ello no es posible entender como "*saneamiento*" la permanencia en dicho régimen; y que la acción para el efecto es imprescriptible "*en tanto se trata de una pretensión meramente*

declarativa y por cuanto los derechos que nacen de aquella tienen igual connotación, pues, se reitera, forman parte del derecho irrenunciable a la seguridad social" -ha dicho la Corte- (Ver SL1689 de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO), fenómeno que resulta igualmente inoperante frente a las consecuencias que deriven de la declaratoria de ineficacia, tales como la devolución de los gastos de administración y demás restituciones (Ver SL2611 de 2020, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo rendimientos, intereses, bonos pensionales, cuotas de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8]), los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Conociendo en consulta a favor de COLPENSIONES, el Tribunal revocará el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia, pues no resulta procedente en este momento el reconocimiento judicial de la pensión. COLPENSIONES sólo tendrá a cargo la obligación pensional de la

---

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

demandante, cuando se haya hecho efectiva la anulación del traslado, y se hayan devuelto a la entidad pagadora los aportes que la financiarán en ese momento se podrán definir las reglas aplicables y el valor de la mesada.

Finalmente, se CONFIRMARÁ la condena en costas de primera instancia a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación folios 3 a 21 del archivo No. 6 del expediente digital, trámite de primera instancia).

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral SÉPTIMO de la sentencia de primera instancia.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
3. **COSTAS** en esta instancia a cargo de PORVENIR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

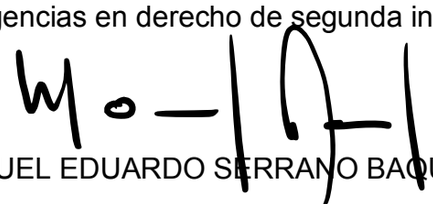


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE JANNETH PRIETO SANGUÑA TORRADO CONTRA LA JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra la sentencia dictada el 18 de abril de 2023 por el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se NEGÓ la modificación de un dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, JANNETH PRIETO SANGUÑA presentó demanda contra la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se ordene a la demandada recalificar su PCL con porcentajes de pérdida de capacidad laboral (deficiencia, discapacidad y minusvalía) superiores y teniendo en cuenta la patología "*Fibromialgia*" (ver demanda folios 4 a 18, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Como fundamento de sus pretensiones afirma que ha laborado por más de 20 años en la empresa YAKAZI CIEMEL S.A., se encuentra afiliada a la ARL COLMENA. Informa que la Sala dos de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez profirió el dictamen No. 52331678 del 22 de marzo de 2012 y allí determinó como de origen profesional la enfermedad que padece por los diagnósticos *"síndrome del túnel carpiano", "otras sinovitis y tenosinovitis",*

“epicondilitis media” y “epicondilitis lateral”, y estableció como fecha de estructuración el 25 de enero de 2011 y una PCL del 24.01%. Luego, la Sala cuatro de la misma Junta en dictamen No. 5233167 del 15 de octubre de 2013 determinó los diagnósticos “*discopatía cervical*” y “*síndrome de manguito rotador bilateral*” como enfermedad Laboral, y “*discopatía lumbar y escoliosis*” como enfermedad de origen común, sin embargo, no ha sido calificada la PCL por la enfermedad laboral ni se ha realizado una calificación integral a pesar de haber agotado todos los recursos de Ley. Asegura que la demandada de forma irregular avaló la recalificación que realizó la ARL COLMENA y que sirvió de base para el dictamen No. 52331678-885 del 26 de mayo del 2016, que estableció una PCL del 32,32% que estima inferior a la realidad. Aduce que la Junta Nacional de Calificación de Invalidez cometió un error aritmético en cuanto a la suma combinada, y en la suma de la deficiencia, discapacidad y minusvalía, además no incluye la valoración de la “*Fibromialgia*” que padece (ver archivo 03, trámite de primera instancia del expediente digital).

Notificada la demanda, fue contestada por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ. Se opuso a las pretensiones afirmando que la decisión proferida por los profesionales de la Junta Nacional se encuentra ajustada a la normatividad vigente, esto es el Decreto 917 de 1999, el Decreto 1352 de 2013 y demás normas concordantes, así como a la condición real de la paciente. Afirma que no es procedente la calificación integral como quiera que no se cumple con los requisitos exigidos por la Sentencia C-425 de 2005 complementada por la Sentencia T-518 de 2011, esto es que el paciente haya solicitado desde la primera oportunidad el trámite mencionado, que cuente con la determinación de la PCL por parte del sistema general de pensiones y por el sistema de riesgos laborales. Aduce que esa Junta solo tuvo la oportunidad de pronunciarse con respecto a la PCL de los diagnósticos *epicondilitis lateral bilateral, epicondilitis media bilateral, otros trastornos especificados de los discos intervertebrales, síndrome de manguito rotatorio bilateral y síndrome del túnel carpiano bilateral*. Formuló como excepciones de fondo las de *legalidad de la calificación emitida por la junta nacional de calificación de invalidez — dictamen No. 52331678-8885 de fecha 26 de mayo de 2016, inexistencia de proceso de calificación para la valoración integral de la pérdida de capacidad laboral: debido proceso, IMPROCEDENCIA DEL PETITUM: inexistencia de prueba idónea para controvertir el dictamen - carga de la*

*prueba a cargo del contradictor, improcedencia de las pretensiones respecto a la junta nacional de calificación de invalidez: competencia del juez laboral, buena fe de la parte demandada y la genérica (*ver contestación folios 1 a 16 del archivo 30 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de abril de 2023, mediante la cual el Juez Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar su decisión consideró que la parte demandante no desvirtuó el análisis y las conclusiones médico científicas consignadas en el dictamen No. 52331678-8885 del 26 de mayo de 2016 proferido por la demandada. Tuvo en cuenta el dictamen proferido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ decretado al interior de este proceso, el que cuenta con la claridad, idoneidad, motivación y respaldo en las pruebas aportadas en el expediente. Precisó, con sustento en lo expuesto por la perito al sustentar el dictamen decretado por el juzgado, que la tenosinovitis y la sinovitis son patologías que no se encuentran en el manual de calificación de PCL, y que el dolor que estas generan no es calificable, además no se probó en este asunto que estas patologías, junto con las de tendinitis del flexo extensor y fibromialgia, se deban tener en cuenta en la calificación.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: ABSOLVER a la demandada JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda elevadas por JANNETH PRIETO SANGUÑA, por las razones expuestas en la parte motiva de la sentencia. SEGUNDO: RELEVARSE del estudio de las excepciones elevadas por la demandada. TERCERO: CONDENAR en las costas, incluidas las agencias en derecho, a la demandante y a favor de la demandada en la suma única de $1.160.000. CUARTO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante*." (Audiencia virtual, récord 22:12 archivo 55 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante pide se revoque la decisión de primera instancia y se califique a la demandante incluyendo todas las patologías. Aduce que sí se aportó material probatorio que permite establecer que las patologías sinovitis y tenosinovitis, tendinitis de flexo extensores de manos bilateral y fibromialgia pueden ser tenidos en cuenta para la calificación de la PCL, pues se aportaron visitas al médico de fechas posteriores al último dictamen rendido por la junta, donde se evidencia la existencia de otras patologías y la afectación a la salud de la demandante. Precisa que la misma Junta Regional determinó que existe diferentes tipos de dolor, y aunque es subjetivo, lo cierto es que puede afectar diferentes funciones y se debe calificar. Ante la necesidad de aportar un nuevo dictamen para controvertir el rendido por la Junta Nacional, considera que ejerció la contradicción por medio del cuestionario realizado a la ponente del dictamen en audiencia. Precisa que en la audiencia la ponente manifestó que sí podría haber calificado la fibromialgia y que con ella se hubiese dado otro porcentaje[1] (Audiencia virtual, récord 1:34:32 archivo 55 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[1] "*Gracias su señoría, si sea esta la oportunidad procesal y teniendo en cuenta la notificación en estrados del fallo que cierra la instancia interponer para ante la sala laboral del tribunal superior de Bogotá recurso de apelación en contra del fallo proferido por el despacho 41 laboral de circuito de Bogotá teniendo en cuenta los siguientes motivos de inconformidad indica el despacho que no se encontraron elementos de juicio dentro del material probatorio existente en el proceso para poder determinar que en efecto los diagnósticos de sinovitis y tenosinovitis tendinitis de flexo extensores de manos bilateral y fibromialgia pudieran ser tenidos en cuenta para ser incluidos dentro de la calificación de pérdida de capacidad laboral de la ciudadana Janneth Prieto Sanguña que de igual manera pues al no considerarse que estos deben ser incluidos pues el porcentaje que se dio en el dictamen rendido y ordenado de oficio por la doctora Adriana del Pilar como médico ponente de este dictamen tenía plena validez para efectos del proceso razones por las cuales se considera que los dictámenes emitidos por la junta nacional y de los cuales se acusó no incluir estas patologías o estos diagnósticos tenían plena validez y no procedía el efecto ser modificados u ordenados para ser reformados, no obstante considero que es cerrada la apreciación a la que arriba el despacho en atención a que si se evidencia las pruebas documentales que fueron aportadas dentro del proceso se tiene por definido que en lo que tiene que ver por lo menos con la sinovitis y tenosinovitis hay eventos o visitas a médico de fechas posteriores al último dictamen rendido por la junta nacional en el año 2016 del año 2019 hasta el año 2022 hay nuevos eventos nuevas visitas por lo menos indicar en el que se hizo el 6 de octubre del año 2021 conforme historia médica reflejada en el dictamen ordenado por el despacho y rendido por la junta Nacional de calificación de invalidez se indicó que hay una valoración fisiatría de (inaudible), tenosinovitis tendinitis de flexo extensores, síndrome de manguito rotador, discopatía cervical, discopatía lumbar, se ha agudizado el dolor dorso lumbar, hallazgo incidental de escoliosis, edema leve en manos, agarres funcionales, edema cara medial y lateral de codos dolor con la movilización de puños, extremidades inferiores arcos completos funcionales, con ello que quiero hacer referencia a la sala laboral del tribunal superior de Bogotá que no es de recibo, al igual que en la fibromialgia teniendo en cuenta que como lo manifestará la médico ponente, la fibromialgia es un aspecto relativo al dolor en la humanidad de la señora Janneth Prieto Sanguña no es de recibo el argumento de que el dolor no es calificable, eso no es cierto, el dolor sí es calificable el dolor es calificable y también es calificable que la misma junta regional a través de sus directrices y teniendo en cuenta el manual único de calificación determina que hay diversas clases de dolor por ejemplo tenemos un dolor nosociséptico, siseptivo Y el dolor neuropático que a su vez se clasifican en un dolor somático, un dolor visceral, claro es cierto el dolor es subjetivo eso es real porque la señora*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Como el objeto de la demanda que dio inicio a este proceso es la anulación del dictamen de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ para definir la PCL de la demandante, para obtener una sentencia favorable a sus pretensiones tenía la carga de probar que dicha valoración incurrió en errores formales o materiales de los cuales se pudiera derivar su ineficacia.

Una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión dictada en primera instancia que absolvió a la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ de todas las pretensiones incoadas, pues no se demostró que la Junta demandada hubiera incurrido en error alguno al dictaminar la pérdida de capacidad laboral que padece JANNETH PRIETO SANGUÑA TORRADO.

Janneth Prieto puede asimilar o no determinado umbral de dolor respecto de las patologías que ella tiene. Por lo cual no es de recibo que en el dictamen rendido por la doctora Adriana del Pilar ponente de la cual se hizo contradicción el día de hoy en la audiencia indique que no se incluye la fibromialgia y tampoco la sinovitis y tenosinovitis con tendinitis de flexo extensores de mano bilateral en la calificación propia a dar un porcentaje de pérdida porque no es medible conforme la tabla conforme lo ya manifestado no es cierto porque el grado del umbral de dolor en efecto sí puede afectar determinadas funciones que de hecho esa fue una de las preguntas realizadas a la médico porque básicamente el dolor lo que puede generar es que determinado miembro pierda su funcionalidad por el temor a percibir el dolor eso no lo explicó ella en el dictamen y el dictamen fue de ella la contradicción se hizo, ahora bien no es de recibo tampoco y no compartimos la apreciación del despacho que porque no se presentó un dictamen de contradicción contra el dictamen que se ordenó de oficio el día de hoy eso no es cierto porque el 228 del código general del proceso dice que yo puedo ejercer contradicción de dos maneras o presentando un dictamen o citando a la perito para ejercer la debida contradicción a través de las diversas preguntas que se le realizan. En conclusión en la contradicción ejercida del día de hoy, sí hay un aspecto relevante a tener en cuenta dentro del proceso la médico ponente doctor Adriana del Pilar manifestó que sí se podría haber calificado la fibromialgia de haberla calificado Y se le hubiese dado un porcentaje que de igual manera no hubiese llegado a superar el 50% de la pérdida de capacidad laboral razones por las cuales sS hay elementos de juicio porque los hay no solo en la historia médica sino en el dictamen que se presentó a orden del despacho y oficio por parte de la Junta Nacional de Calificación de Invalidez hay esos elementos de juicio para poder determinar que tanto técnica como medicamente la fibromialgia y la sinovitis y tenosinovitis debían ser incluidas dentro de la calificación para generar una calificación integral y no una forma tan aislada porque se dejan de lado dos diagnósticos que de hecho no fueron argumentados medicamente para tenerlos por fuera vuelvo y y siendo tautológico con el mismo aspecto el dolor sí es calificable, si es calificado y es calificable porque puede generar otros aspectos en la salud de la persona razones por las cuales consideramos que el despacho o la decisión del despacho debió haber sido otra respecto a ordenarle a la Junta Nacional de Cclificación incluir esos dos aspectos médicos o esos dos diagnósticos médicos tendientes a lograr determinar de una forma conjunta integral la verdadera pérdida de capacidad laboral que está padeciendo la señora Janneth Prieto Sanguña a fecha de hoy con ello solicitándole a la sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá que se valore en debida forma los aspectos que he indicado respecto de prueba documental, prueba pericial y en especial la contradicción ejercida en el día de hoy respecto del dictamen presentado por la médico ponente de la doctora Adriana del Pilar con ello dejo por sustentar el recurso de apelación su señoría, muchas gracias. "
º

Al expediente se aportaron los siguientes documentos que dan cuenta del trámite que se realizó para valorar la calificación de capacidad laboral de la demandante: (i) el dictamen inicial No. 52331678 efectuado por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ realizada el 22 de marzo de 2012, mediante el cual se calificaron las patologías *síndrome del túnel carpiano, otras sinovitis y tenosinovitis, epicondilitis media y epicondilitis lateral*, se estableció una PCL del 24.01%, fecha de estructuración del 25 de enero de 2011, y origen profesional (ver folios 2 a 8 archivo 03 trámite de primera instancia del expediente digital); (ii) el dictamen No. 5233167 emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 15 de octubre de 2013, mediante el cual se modificó el dictamen No. 53365 de 30 de enero de 2013 emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, y estableció como de origen laboral los diagnósticos *discopatía cervical y síndrome de manguito rotador bilateral* y de origen común el diagnostico *discopatía lumbar y escoliosis* (ver folios 11 a 22 archivo 03 trámite de primera instancia del expediente digital); (iii) el dictamen No. 79251 emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ CUNDINAMARCA el 22 de enero de 2016, mediante el cual se estableció como de origen laboral los diagnósticos *epicondilitis mixta bilateral, tendinitis flexoextensores mano bilateral, síndrome del túnel del carpo bilateral, síndrome maguito rotador bilateral y discopatía cervical* con fecha de estructuración el 28 de julio de 2015 y una PCL del 29.82% (ver folios 23 a 28 archivo 03 trámite de primera instancia del expediente digital); y (iv) el dictamen No. 52331678-8885 emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 26 de mayo de 2016, mediante el cual se modificó el dictamen No. 79251 emitido por la JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ CUNDINAMARCA el 22 de enero de 2016, en su lugar estableció origen laboral de los diagnósticos *epicondilitis mixta bilateral, tendinitis flexo extensores mano bilateral, síndrome del túnel del carpo bilateral, síndrome maguito rotador bilateral y discopatía cervical* con fecha de estructuración el 28 de julio de 2015 y una PCL del 32.32% (ver folios 30 a 41 archivo 03 trámite de primera instancia del expediente digital).

Del contenido del dictamen No. 52331678-8885 emitido por la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 26 de mayo de 2016, se

advierte que la valoración la efectuó la autoridad encargada de resolver en segunda instancia el recurso de apelación interpuesto por la demandante contra el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y que para realizarlo se siguieron los procedimientos legales. Tiene motivación y sustentación suficiente, se fundamentó en los antecedentes clínicos, y resolvió todas las controversias que fueron suscitadas dentro del trámite del recurso, como lo dispone el artículo 40 del Decreto 1352 de 2013. De dicho análisis se concluyó que la suma de las deficiencias, discapacidades y minusvalías, de las enfermedades de origen laboral que padece la demandante, esto es, la perdida de capacidad laboral y ocupacional asciende a 32.32%.

No sobra señalar que la validez material (o de contenido) de dicha calificación se confirmó en este proceso judicial con el peritaje practicado por la Sala No. 4 de la JUNTA NACIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ el 14 de junio de 2022 (archivo 44 trámite de primera instancia) ordenado por el juzgado.

En esta oportunidad se profirió el dictamen No. 52331678-11923, mediante el cual estableció la PCL de la demandante en el 31.76% para las patologías *epicondilitis lateral bilateral, epicondilitis media bilateral, síndrome manguito rotatorio bilateral, síndrome del túnel carpiano bilateral, sinovitis y tenosinovitis no especificada -tendinitis de flexo extensores de mano bilateral-, y trastorno de disco cervical no especificado -discopatía cervical-*, y las deficiencias *deficiencia por discopatía cervical, deficiencia por síndrome de túnel carpiano bilateral más dominancia, deficiencia por síndrome de manguito rotador bilateral más dominancia y deficiencia por epicondilitis mixta bilateral más dominancia*, con fecha de estructuración el 28 de julio de 2015 y de origen laboral.

En este peritaje se analizó la situación de la demandante el día 14 de junio de 2022, fecha en que se hizo la nueva valoración, y se consideró –en resumen- lo siguiente: i) la calificación integral arroja un porcentaje final de 33.77% inferior al 50%, con el cual no adquiere la paciente la condición de invalidez, *por lo que en este caso no es posible hacer una calificación integral conforme lo previsto en las sentencias C425 DE 2005 del magistrado JAIME ARAUJO RENTERIA y T518 DE 2011 del magistrado GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO*, y por ello para la calificación final solo toma las patologías de

origen laboral; ii) aclara que la suma en la calificación no es una suma aritmética sino obedece a la aplicación de una fórmula prevista en el manual de calificación*;* iii) indican que la PCL de la demandante es 31.76% para los diagnósticos *epicondilitis lateral bilateral, epicondilitis media bilateral, sindrome de manguito rotatorio bilateral, síndrome de túnel carpiano bilateral sinovitis y tenosinovitis (tendinitis de flexo extensores de manos bilateral), otros trastornos del disco cervical*; y que iv) la estructuración del estado que se califica ocurrió el 28 de julio de 2015 (ver peritaje en las páginas 302 a 308 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En la sustentación del peritaje, surtida en la audiencia pública del 18 de abril de 2023, la médica ADRIANA DEL PILAR ENRÍQUEZ CASTILLO (récord 04:01 archivo 54 trámite de primera instancia) integrante de la Junta y quien fungió como ponente, señaló que la historia clínica fue revisada al detalle, *hoja por hoja,* y fue descrita en el dictamen para cada diagnostico con todas las valoraciones existentes. Explicó claramente que lo que se califica es la "*secuela funcional*", y en relación con la sinovitis y la tenosinovitis que son inflamaciones de las sinovias y de los tendones, en el manual de calificación no existe un porcentaje para estas patologías. Dijo que la única secuela funcional de este diagnóstico es el dolor, y en el manual 917 el dolor no se califica. También explicó que en la calificación se *tiene en cuenta todas las patologías que la señora tiene para calificarle el rol laboral que le fue calificado, en este caso con adaptación y con algunas restricciones en ese punto.* Dice que *para calificar las minusvalías se tienen en cuenta la totalidad de los diagnósticos que presentan los pacientes*.

En relación con la fibromialgia, dice que no fue calificada como quiera que tiene una única valoración que la menciona y se califica cuando se ha asistido en múltiples ocasiones por la misma patología, además el manual de calificación contempla un año de tratamiento. Explicó que la fibromialgia es una de las enfermedades más complejas que existen en medicina, pues el dolor no es medible y depende mucho de la subjetividad de los pacientes, y puede o no afectar la funcionalidad. También expresó que *una cosa es la fibromialgia y otra cosa es la sinovitis*, y que no se puede calificar una fibromialgia amparada en una sinovitis aunque las dos se manifiesten con dolor. Asimismo, mencionó que aún si se hubiera incluido en la calificación la

fibromialgia no se alcanzaría el 50% de P.C.L., pues aumentaría solo un 2% y le daría un 35%, esto es un porcentaje mínimo de calificación; sin embargo, reiteró que no era posible incluir esta patología en la calificación al contar tan solo con una valoración en la historia clínica.

Del análisis de esta prueba y de las demás allegadas al plenario, el Tribunal no encuentra demostrado que la Junta demandada hubiera incurrido en error al dictaminar la pérdida de capacidad laboral que padece JANNETH PRIETO SANGUÑA TORRADO, razón por la cual confirmará la decisión de primera instancia que negó la anulación del dictamen inicialmente practicado al demandante.

COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

DE BOGOTÁ D. C.

SALA LABORAL

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE HUGO ALBERTO RODRÍGUEZ CUERVO CONTRA EL FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo disponía el artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por el demandante contra la sentencia dictada el 27 de julio de 2023 por la Juez Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá, en la cual ABSOLVIÓ al FONCEP de reconocer pensión restringida de jubilación en favor del demandante.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, HUGO ALBERTO RODRÍGUEZ CUERVO presentó demanda contra BOGOTÁ- FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se reconozca, liquide y pague en su favor la *pensión sanción* prevista en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961, debidamente indexada, a partir de la fecha en que cumplió 60 años de edad, esto es, del 9 de julio de 2022, y se liquide con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios en forma proporcional al tiempo laborado, las mesadas causadas y no pagadas y la adicional o mesada 14. En subsidio, y conforme a lo previsto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, pide que se reconozca la indemnización sustitutiva de la pensión, indexada.

Como sustento de sus pretensiones afirma que laboró para la EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – EDIS, del 12 de julio de 1982 al 16

de septiembre de 1992; que el contrato de trabajo con esa entidad terminó en forma *injustificada, infundada unilateral y sin justa causa legal.* Asegura que nació el 9 de julio de 1962, su último salario promedio ascendió a $270.552,58, y cumple con los requisitos exigidos en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 para acceder a la pensión. Refiere que el 15 de marzo de 2019 solicitó al FONCEP el reconocimiento de la prestación que le fue negado mediante Resolución No. SPE-GDP-000000333 del 1 de abril de 2019 (ver demanda folios 69 a 79, archivo 01 del expediente digital).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal, fue contestada por el FONDO DE PRESTACIONES ECÓNOMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP mediante apoderado judicial. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones con fundamento en que el demandante no cumple con los requisitos para acceder a la prestación reclamada porque no laboró para la EDIS durante más de 10 años y menos de 15 años continuos o discontinuos. Además, adujo que la terminación del último vínculo laboral se produjo con ocasión a la liquidación de la empresa, la cual fue ordenada por Acuerdo del Concejo de Bogotá. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del actor, que el demandante laboró al servicio de la EDIS, y la reclamación efectuada ante esa entidad. Los demás los negó o dijo no constarle. En su defensa propuso como excepciones las que denominó *prescripción de que trata el artículo 488 del C.S.T. que consagra un término de prescripción de tres (3) años para iniciar la acción ordinaria laboral, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción de las mesadas pensionales, y la genérica* (folios 1 a 11 del archivo 06 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de julio de 2023, a través de la cual la Juez Treinta y Cuatro (34) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas. Para tomar su decisión, la juez consideró que el demandante no acreditó el cumplimiento de los requisitos que prevé la norma para acceder a la pensión que se reclama, particularmente el tiempo de servicios, pues no completó 10 años o más trabajando para la EDIS.

La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: ABSOLVER al demandado FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES - FONCEP de todas y cada una de las pretensiones de la*

demanda incoada en su contra por HUGO ALBERTO RODRÍGUEZ CUERVO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente a favor del demandado. TERCERO: En caso de no ser apelada la presente decisión remítase ante el superior en grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante" (Audiencia virtual archivo 16 del expediente digital, récord 42:45).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el demandante asegura que debe darse aplicación al principio de favorabilidad dado el *escaso lapso de tiempo* que le está negando el acceso al mínimo vital y una vida digna[1] (Audiencia virtual archivo 16 del expediente digital, récord 43:28).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de controversia en esta instancia los siguientes hechos: i) que el actor prestó sus servicios a la Empresa Distrital de Servicios Públicos – EDIS de manera discontinua, así: entre el 12 de julio y el 8 de septiembre de 1982, y del 26 de enero de 1983 al 16 de septiembre de 1992, esto es por espacio de 9 años, 9 meses y 13 días (folios 8 a 59 del archivo 01, 52 a 129 archivo 06 y 19 a 21, 24 y 35 a 36 y 94 del archivo 15 del expediente digital);

---

[1] *"Me permito interponer recurso de apelación respecto de la decisión que acaba de tomar su despacho al negar las pretensiones de la demanda y considerar que el señor HUGO ALBERTO RODRÍGUEZ no cumple con el tiempo establecido de los 10 años para acceder a la pensión sanción tal y como lo establece la ley como requisito; sin embargo, es menester respecto de este punto establecer el principio de favorabilidad tal y como lo ha establecido la jurisprudencia y que dice claramente que el principio de favorabilidad es una herramienta consagrada por el constituyente para dirimir los conflictos laborales que puedan surgir de la aplicación, tanto de fuentes formales o de derecho como de la interpretación de estas se puedan desprender cuando concurren varias interpretaciones y a partir de ello se genera una duda razonable, y sería respecto de la aplicación de una u otra interpretación o de una u otra norma, el operador jurídico y en su lugar central, el juez debe escoger la opción que más le favorezca al trabajador o pensionados o pena de infringir un preciso mandato constitucional este principio de favorabilidad lo ha establecido en la sentencia SU 38 del año 2021 y la corte constitucional así lo ha dirimido en diferentes aspectos respecto de este tema, por lo que considera esta profesional que debió aplicarse la ley más favorable a las pretensiones del demandado, toda vez que por una mínima y escasa lapso de tiempo, se le está negando un derecho a tener una vida digna a la seguridad social y a tener un mínimo vital, tal y como se solicita dentro de las pretensiones de la demanda, por lo que será el honorable Tribunal el que entre a estudiar este este aspecto y revoque el fallo y le acceda a las pretensiones de la demanda señora juez, muchas gracias"*

ii) que el último contrato de trabajo terminó sin justa causa y con el pago de la correspondiente indemnización, lo que se acredita con el oficio DRI-15-2309 del 14 de septiembre de 1992 (folio 94 archivo 15, primera instancia), notificado al trabajador el 16 siguiente, en el que la Jefe de la División de Relaciones Industriales de la EDIS informa al demandante lo siguiente: "*Atentamente me permito informarle que las Directivas de la Empresa, en cumplimiento de lo ordenado por la Honorable Junta Directiva han decidido dar por terminado su contrato de trabajo (…) La Empresa se compromete a cancelarle los haberes adeudados y su correspondiente indemnización dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de expedición de su Paz y Salvo. (…)";* así como con la Resolución No. 1543 de 1992 *"Por medio de la cual se reconoce y se ordena el pago de una indemnización, haberes y recompensa por servicio quinquenio"* (folio 108 ibídem); iii) que la norma aplicable a la situación pensional del actor es la Ley 171 de 1961.

En ese orden, en virtud del principio de consonancia, corresponde al Tribunal determinar si el demandante tiene derecho a la pensión restringida de jubilación prevista en la Ley 171 de 1961.

Para hacer el estudio de la pensión restringida de jubilación precisa la Sala que este tipo de prestación se causa como una obligación a cargo del empleador cuando ocurre la *condición suspensiva* que la norma contempla para el efecto, y ésta es la terminación del contrato de trabajo por mutuo acuerdo o por despido, si para el momento en que ello ocurre se han prestado servicios por más de 10 o más de 15 años –respectivamente-. Así lo dispone claramente la Ley 71 de 1961. La edad en estas pensiones es el plazo o término que las normas contemplan para el pago de las mesadas y no una *condición suspensiva* de acceso a la prestación.

Por ello nacido el derecho a la terminación del contrato de trabajo, no se pueden aplicar reformas legales ni enmiendas constitucionales que se hayan introducido al ordenamiento jurídico con posterioridad, pues de hacerlo se estarían desconociendo derechos adquiridos cuando las normas anteriores tenían vigencia.

Con fundamento en lo anterior y revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia en cuanto negó el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación al demandanrte pues no se encuentran acreditados los requisitos referidos para causar la prestación en HUGO ALBERTO RODRÍGUEZ CUERVO.

Si bien el contrato de trabajo terminó sin justa causa el 14 de septiembre de 1992, lo cierto es que para esa fecha el demandante había prestado servicios a la Empresa Distrital de Servicios Públicos – EDIS por menos de 10 años. Laboró por espacio de 9 años 9 meses y 13 días, por lo que no se causó el derecho cuyo pago reclama en este proceso.

Para responder los reparos formulados en la apelación se debe señalar que en este asunto no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad, pues *no existe conflicto o duda sobre la aplicación* de alguna norma del trabajo (artículo 21 del C.S.T.). El derecho reclamado se regula en la Ley referida cuyo texto es claro, y no se demostraron cumplidos los supuestos fácticos para que se pudiera causar.

COSTAS en la apelación a cargo del demandante.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

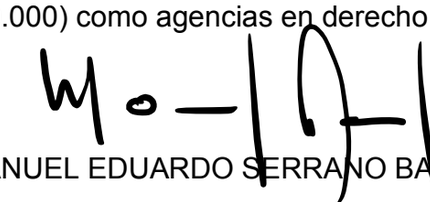


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

EXP. 35 2022 00201 01
Gloria Cecilia Pérez Fonseca vs Colpensiones y otros.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE GLORIA CECILIA PÉREZ FONSECA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última, la sentencia dictada el 14 de junio de 2023 por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, GLORIA CECILIA PÉREZ FONSECA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS SKANDIA S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare *nulo* el formulario de afiliación suscrito por la demandante con SKANDIA S.A. mediante el cual se afilió al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, debido a que no medió su consentimiento en el cambio de régimen porque no fue informada con

suficiencia y se doblegó voluntad con argumentos tales como *la desaparición del ISS*, *la improductividad de los aportes en este régimen, la productividad de los rendimientos en el RAIS y la pensión en cualquier edad*. En consecuencia, pide que se declare que para todos los efectos pensionales continúa afiliada en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (ver demanda y su subsanación folios 48 a 57 del archivo 01 y archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones con fundamento en que al expediente no se aporta prueba que acredite que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en algún error por falta al deber de información por parte de la AFP, o que se esté en presencia de un vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Tampoco obra alguna nota de protesto que permita inferir con *probabilidad de certeza* que se encontraba inconforme con el régimen al que estaba afiliada. Por el contrario, las documentales dan cuenta que la afiliación al RAIS se hizo de manera libre y voluntaria, *sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.* Advierte que en el presente caso no se cumplen los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 por lo que no es procede el traslado de conformidad con el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepción previa *la falta de integración del litis consorcio necesario* y como excepciones de fondo las que denominó: *Errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 38 del archivo 08 del expediente digital, trámite de primera instancia).

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. también se opuso a las pretensiones de la demanda. Precisa que el 23 de diciembre de 2019 la demandante suscribió formulario de vinculación a ese fondo como traslado de la AFP PORVENIR, afiliación que se hizo efectiva el 01 de febrero de 2020 y se encuentra vigente. Indica que a la demandante le es plenamente aplicable la prohibición establecida en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993 al estar a menos de 10 años de cumplir la edad de pensión de vejez. Sostiene que la elección libre y voluntaria de la demandante se materializó con la suscripción del formulario de afiliación como lo dispone el Decreto 1642 de 1995 y que la vinculación a esa administradora se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionándole a la demandante toda la información para que tomara la decisión consciente de afiliarse. Como excepciones de mérito propuso: *SKANDIA no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción de la acción, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro - gastos de administración, buena fe* y la *genérica* (ver contestación folios 3 a 15 del archivo 12 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Por auto del 9 de noviembre de 2022, el Juzgado integró como litisconsorte necesario de la parte demandada a la sociedad administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A. (ver archivo 13 trámite de primera instancia del expediente digital).

Enterada de la demanda y corrido el traslado legal, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. la contestó a través de apoderado judicial. Se opuso a las pretensiones con fundamento en que a la demandante le es aplicable la

restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo segundo de la Ley 797 de 2003. Además, manifiesta que el formulario de afiliación No. 00943260 suscrito por la demandante el 8 de septiembre de 1997 con esa entidad evidencia su libre escogencia del RAIS luego de recibir información clara, precisa, veraz y suficiente acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo, de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, como se observa de la declaración escrita a la que se refiere el literal e) del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. En su defensa propuso como excepciones *prescripción,* buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, restituciones mutuas y la genérica. (ver contestación folios 2 a 22 del archivo 17 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de julio de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que PORVENIR S.A. no garantizó una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado con fecha de solicitud de vinculación del 8 de septiembre del 97 efectiva desde el 1º de noviembre del 97 por la señora GLORIA CECILIA PÉREZ FONSECA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual, efectuado a través de la afiliación a la sociedad entonces llamada COLPATRIA hoy AFP PORVENIR. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE*

*FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y a la SOCIEDAD SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS a reintegrar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación de la demandante GLORIA CECILIA PÉREZ FONSECA como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubiesen causado. TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la parte pasiva por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a recibir todos los valores que reintegre la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR con motivo de la afiliación de la señora GLORIA CECILIA PÉREZ FONSECA como cotizaciones, bonos pensionales sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubiesen causado. QUINTO: CONDENAR en COSTAS procesales a cargo de la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR, liquídense por Secretaría, incluyendo la suma de $1.000.000 de pesos por concepto de agencias en derecho. SIN COSTAS para la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, COLPENSIONES y la AFP SKANDIA. SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se remitirá el proceso a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá Para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta" (*Audiencia virtual, récord 1:11:33, archivo 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso de COLPENSIONES, afirma que la decisión no atiende el principio de inescindibilidad al no dar aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993 el cual señala las consecuencias de la declaratoria de ineficacia ante la falta del deber de información. Sostiene que aceptar el traslado de la demandante al RPM contribuiría con la descapitalización del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás

afiliados, debido a que no cuenta con las reservas para asumir dicha obligación. Solicita se le autorice obtener por las vías judiciales el valor de los perjuicios por asumir la obligación pensional de la demandante y se ordene a PORVENIR y a SKANDIA no realizar deducciones por concepto de seguros previsionales. En caso de confirmarse la sentencia, pide al Tribunal abstenerse de imponer a su cargo el pago de costas pues es un tercero de buena fe que no intervino en el acto de traslado[1] (Audiencia virtual, récord 1:13:31, archivo No. 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En el recurso de SKANDIA, solicita que se revoque la orden de trasladar las sumas de la aseguradora y los gastos de administración. Sostiene que cumplió con el deber legal de asegurar a la demandante contra los riesgos de invalidez y muerte a través de una aseguradora por lo que estos emolumentos nunca han estado en sus arcas y que la devolución de los rendimientos más los gastos de administración y las sumas por seguros previsionales causan un enriquecimiento sin justa causa a favor de la demandante y de Colpensiones, al beneficiarse de un trabajo que realizo la entidad. Pide en caso de

---

[1] *"Gracias, señora juez y muy respetuosamente interpongo recurso de apelación frente a la sentencia emitida el día de hoy, efecto de que los honorables magistrados de la sala laboral del Tribunal Superior de distrito judicial de Bogotá se sirvan revocar en su totalidad la sentencia y en su lugar se absuelva a mi representada de todos los cargos impuestos, teniendo en cuenta los siguientes argumentos, lo primero, señalar que no se atiende al principio inescindibilidad puesto que no da aplicación al artículo 271 de la Ley 100 de 1993, las cuales señalan las consecuencias de la declaratoria de la ineficacia a falta del deber de información como lo señala en la sentencia. Como segundo aspecto señalar que aceptar el retorno de la demandante al régimen de prima media contribuiría con la descapitalización del sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho fundamental a la Seguridad Social de los demás afiliados, pues téngase en cuenta que Colpensiones no tiene las previstas reservas dispuestas para asumir la obligación pensional de la demandante cuál sería la consecuencia de dicha declaratoria de ineficacia. Ahora bien, en gracia de discusión que se confirme la sentencia de primera instancia, ruego honorables magistrados en primera medida que se autorice al Colpensiones obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que se le causen para resumir la obligación pensional de la demandante en los montos no previstos y sin las reservas dispuestas para tal fin Como segundo aspecto rogar, honorables magistrados que se ordenan a la AFP Skandia Y a la AFP porvenir, no realizar deducciones por conceptos de seguros previsionales tales como invalidez y sobrevivencia, toda vez que esto contribuiría con la descapitalización del sistema pensional Y como tercero, rogar honorables magistrados en caso de confirmar la sentencia de instancia, no se condene en costas a mi representada Colpensiones, toda vez que ha sido un tercero de buena fe que respetó la decisión libre, espontánea y voluntaria de la demandante de trasladarse de régimen pensional y permanecer allí por más de 22 años Por lo tanto, al ser Colpensiones un tercero de buena fe que respetó, que acató el ordenamiento jurídico ruego no sea condenada en costas o agencias en derecho, en ninguna de estas dejó así sustentado mi recurso de apelación. Muchas gracias."*

confirmarse la decisión de primera instancia que se absuelva a la entidad de la devolución de tales sumas teniendo en cuenta que no fue el fondo que realizó el traslado y que cuando la demandante entró a la nómina de afiliados de SKANDIA, ya tenía 59 años[2] (Audiencia virtual, récord 1:17:09, archivo No. 26 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[2] *"Gracias, doctora, siendo la etapa procesal ser correspondiente, me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por tu despacho, teniendo en cuenta que se ordenó trasladar las sumas de la aseguradora y de la misma manera que los gastos de administración proporcional al tiempo de permanencia de la señora demandante hacia mi representada, sustento el recurso de apelación solicitándole muy respetuosamente a los del magistrados de Sala laboral de Bogotá revocar dichas condenas hacia mi representada teniendo en cuenta que en lo referente a los seguros previsionales, este emolumento que se adquiere a partir de la suscripción del formulario y vinculación que realizó la señora demandante, Skandia pensiones y cesantías para el año 2019. Nota claramente que en el deber legal viene establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, para tener a la señora Demandante Gloria Cecilia Pérez asegurada a dos riesgos uno que es invalidez y el otro que la sobrevivencia, mi representada no tendría por qué retornar esos monumentos en primer lugar honorables magistrados toda vez que no son administrados por Skandia pensiones y cesantías si no que esto se hace indirectamente o a través de una aseguradora para cubrir las contingencias de un contrato de aseguramiento para unos seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia luego entonces nunca han estado administrado dentro de las arcas de Skandia pensiones y cesantías lo cual acarrearía al retornarlos un detrimento propio a mi representada, teniendo en cuenta que Skandia ha venido actuando de buena fe y se le estaría causando un perjuicio económico y social, estaría desconociendo que cuando se afilió a la seguradora la señora demandante a la asegura presentada, pues ella ya está imposibilitada al rato en el régimen de prima media con prestación definida mi representada cumplió con el deber legal que le imponía la ley de tenerla asegurada para dichos riesgos Lo cual se hace por una aseguradora al no sufrir ningún siniestro de ellos, pero quiere decir que no se cumplió con el deber legal que le asistía por mandato legal de la ley, sino solamente el artículo 22 en el artículo 13 habla de ello para tener la cubierta para dichas contingencias, los gastos de administración de seguros Previsionales tampoco sería dable retornarlos en atención a que dichos emolumentos son gestionados o dichos emolumentos son descontados, van encaminados prácticamente para la administración de la cuenta de ahorro individual de la señora demandante administración quiere decir que SKANDIA pensiones y cesantías realizó unas gestiones administrativas para incrementar el capital de la cuenta de ahorro individual de esta y así mismo al momento de hacer la gestión administrativa se ve reflejada en la cuenta de la señora demandante en el presente fallo, no solamente están ordenado devolver eso, sino que también dice que se deben devolver todos los conceptos de los aportes frutos e intereses que se hayan causado, lo que se entiende que también se tiene que devolver dineros adicionales que se causaron por la buena administración que Skandia, pensiones y cesantías le hizo a cuenta de la señora demandante desde el año 2019 Si bien es cierto, las pretensiones de la demanda siempre van encaminadas a que se aclare, unificarse la afiliación y que el efecto es que las cosas vuelvan a su estado natural también lo es que no se puede desconocer que mi representada avenido actuando de buena fe y le dio unos dineros adicionales como fueron los rendimientos, los cuales si se ordenan trasladar dichos rendimientos y se le Ordena también trasladar los gastos de administración. Los seguros previsionales se le está causando un enriquecimiento sin justa causa de la señora demandante y a Colpensiones a la vez Porque es que se están beneficiando de un trabajo que realizó mi representada, en los cuales se deben retornar unos emolumentos adicionales a los aportes y los cuales adicionalmente se le ordena al fondo de pensiones que debe retornar dichos descuentos que realizó para administración de esa cuenta, por tal motivo, pues Colpensiones se benefició de los dineros adicionales Sí, gracias de discusión honorables magistrados consideran que se debe confirmar el fallo, le solicito muy respetuosamente evaluar la posibilidad de que Skandia no retornen ningún emolumento teniendo en cuenta,*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

---

pues que mi representada no fue quién es el traslado de régimen pensional y cuando entró la demandante a la nómina de afiliados, de Skandia ya contaba con 59 años de edad. Muchas gracias.”.

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 37[3] años de edad y había cotizado 167,57[4] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 1 año y 6 días[5]), y para la fecha de presentación de la demanda había superado la edad de acce+so al derecho pensional (tenía 62 años de edad- ver folio 04 del archivo 01 y archivo 02 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

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

---

[3] Nació el 06 de febrero de 1960.

[4] Ver historia laboral expedida por COLPENSIONES, folio 5 a 7 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia.

[5] Ibídem.

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [6], [7]. Según dicho precedente los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

---

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

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

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró para el año del traslado empezó a trabajar con el fondo asistencial del magisterio del Caquetá y dentro de los documentos de vinculación estaba el formato de afiliación, el cual suscribió sin recibir alguna asesoría o información sobre el funcionamiento del RAIS (Audiencia virtual del 14 de junio de 2023, archivo 28 del expediente digital, récord 18:00).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de SKANDIA y PORVENIR a reintegrar los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e

intereses y rendimientos, pero se adicionará para ordenar a esas administradoras –como quedó dicho en la parte motiva de la sentencia de primera instancia- que procedan a la devolución de los gastos de administración y montos de los seguros previsionales generados durante la afiliación con cada una de ellas, debidamente indexados (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones) conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8], los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL 1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

COSTAS en esta instancia a cargo de SKANDIA.

---

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

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

RESUELVE

1. **ADICIONAR** al numeral SEGUNDO de la sentencia de primera instancia para ordenar a las AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS, devolver los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, debidamente indexadas.
2. **ADICIONAR** la sentencia de primera instancia para DECLARAR que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
3. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia en lo demás.
4. **COSTAS** en esta instancia a cargo de SKANDIA.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE YOLANDA CASTRO CLAVIJO CONTRA AZ COLORS S.A.S., LEONEL MATEUS SEGURA y LUZ MELBA ACUÑA FUENTES

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para estudiar en grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la demandante la sentencia dictada el 6 de junio de 2023 por la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá. En dicha providencia se ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra y se DECLARÓ probada la excepción de inexistencia de la obligación.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado, YOLANDA CASTRO CLAVIJO presentó demanda contra AZ COLORS S.A.S, LEONEL MATEUS SEGURA y LUZ MELBA ACUÑA FUENTES, para que, previos los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 2 de octubre de 2017 y el 6 de agosto de 2019 que terminó por despido sin justa causa. En consecuencia, pirde que se ordene el pago de las sanciones previstas en los artículos 64 y 65 del CST, debidamente indexadas.

Como fundamento de lo pedido, afirma que ejecutó un contrato verbal de trabajo a término indefinido desde el 2 de octubre de 2017 con la empresa AZ COLORS S.A.S (antes L & M CIA LTDA) representada por LEONEL MATEUS SEGURA y LUZ MELBA ACUÑA FUENTES, socios fundadores y propietarios, para desempeñar el cargo de *Directora Administrativa,* con un salario mensual de $3.350.000. Indica que la labor encomendada fue ejecutada de manera

personal atendiendo las instrucciones del empleador y cumpliendo horario de trabajo de 7:00 am a 5:30 pm. Asegura que, en el mes de enero de 2019 por el cambio de la razón social de la empresa, LUZ MELBA ACUÑA FUENTES requirió a la demandante para que elaborara los contratos del personal incluído el suyo bajo la nueva razón social AZ COLOR S.A.S, en papelería y formatos elaborados por el abogado JAIRO NEITA; en de mayo, LUZ MELBA ACUÑA FUENTES luego de revisar los contratos requirió a la demandante para que hiciera su contrato escrito y a término definido inferior a un año. Sostiene que el contrato se mantuvo vigente desde el 2 de octubre de 2017 al 6 de agosto de 2019 fecha en la cual fue despedida por restructuración, según carta de terminación de contrato. Afirma que no se dio tal restructuración sino una segregación de las funciones desarrolladas que fueron repartidas entre varias personas. Aduce que del pago de la primera quincena de octubre de 2017, se acredita que la fecha inicial fue el 2 de octubre de 2017 pero la demandada le expidió certificaciones laborales desde el 4 de octubre de 2017 y con contrato a término indefinido. Indica que el vinculo terminó sin justa causa mediante comunicación de fecha 3 de julio de 2019 en la que se le informó que el contrato No.099 no sería renovado ni prorrogado. Señala que los socios son responsables solidarios de la mora en el pago de la liquidación y de la indemnización por despido sin justa causa del artículo 64 del CST. (ver demanda en archivo 01 folios 1 a 7 y reforma archivo 10).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por los demandados AZ COLORS S.A.S, LEONEL MATEUS SEGURA y LUZ MELBA ACUÑA FUENTES a través de apoderado judicial. Se opusieron a las pretensiones con sustento en que la fecha de inicio del contrato es el 6 de octubre de 2017 y que el despido se dio por justa causa al configurarse las causales 5°,8° y 10 del literal A, artículo 7° del Decreto 2351 de 1965. Señalan que en la demandada no existen socios sino accionistas, por ello conforme el artículo 1° de la Ley 1258 de 2008 están eximidos de cualquier responsabilidad. Sostienen que a la trabajadora se le notificó la no prórroga del contrato de trabajo a término fijo No 99, el día 3 de julio de 2019, dando cumplimiento a lo establecido en el ordinal primero del artículo 46 del CST. Manifiestan que pagaron la totalidad de las acreencias por salarios y prestaciones sociales dentro de los ocho días siguientes a la terminación del contrato, por lo que no hay lugar a la indemnización del artículo 65 del CST. En su defensa propusieron las excepciones de *temeridad y mala fe, despido con justa causa comprobada, falta de legitimación en la causa por pasiva en*

relación con los demandados: Leonel Mateus Segura y Luz Melba Acuña Fuentes, cobro de lo no debido y la genérica. (ver contestación folios 1 a 25 archivo 18 y subsanación archivo 21 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de junio de 2023, en la cual la Juez Treinta y Seis (36) Laboral del Circuito de Bogotá ABSOLVIÓ a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra. Para tomar la decisión encontró acreditada la prestación del servicio desde octubre de 2017 mediante contrato a término indefinido que fue modificado el 6 de octubre de 2017 en su duración, para lo cual se suscribió un contrato a término fijo inferior a un año de 11 meses, que se prorrogó de manera automática hasta el 6 agosto de 2019, y la empleadora envió el preaviso con la antaelación debida. Frente a la indemnización moratoria, considero que tampoco prosperaba esta pretensión, al haber recibido la demandante el pago de sus salarios y prestaciones en vigencia del contrato.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: ABSOLVER a la empresa L & M CIA LIMITADA hoy AZ COLOR S.A.S y a las personas naturales LEONEL MATEUS SEGURA y* LUZ MELBA ACUÑA FUENTES *de todas las pretensiones formuladas en su contra por YOLANDA CASTRO CLAVIJO. SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación. TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante liquídense como agencias en Derecho, la suma de $700.000. CUARTO: En caso de no ser apelada la sentencia por parte del extremo demandante, deberá remitirse ante el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral para que estudie el proceso y el fallo en el grado jurisdiccional de consulta, según las previsiones del artículo 69 del Código de Procedimiento del trabajo y la Seguridad Social a favor del extremo demandante."* (Audiencia virtual del 06 de junio de 2023 - archivo 32 Min 47:44).

Por haber sido esta providencia totalmente desfavorable a la demandante y no haberse interpuesto recurso de apelación, se remitió al Tribunal para que se surta el grado jurisdiccional de consulta por mandato del artículo 69 del C.P.T. y la S.S. que pasa la Sala a resolver previas las siguientes,

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

El Tribunal debe revisar los aspectos desfavorables a la demandante de la setencia de primera instancia, a saber: (i) si el contrato de trabajo ejecutado era de término fijo, y cual era su extremo inicial; y en dado caso (ii) si procede el pago de indemnización por terminación sin justa causa de la relación de trabajo o por mora en elm pago de salrikos y prestaciones sociales.

Para resolver la controversia el artículo 47 del CST establece como modalidad genérica del contrato de trabajo -a falta de un término pactado válidamente- la de *término indefinido,* y dispone que dicha modalidad tendrá vigencia mientras subsistan las causas y la materia que le dieron origen; y el artículo 46 dispone, para la validez del contrato a *término fijo*, el pacto por escrito.

Con estas reglas normativas y una vez revisado el expediente, el Tribunal confirmará la decisión de primera instancia pues se probó que la demandante prestó servicios desde el 2 de octubre de 2017, y si bien el vínculo que unió a las partes inicialmente se pudo ejecutar duranrte 4 dias bajo la modalidad de *término indefinido,* se demostró que el 6 de octubre de 2017 las partes acordaron válidamente la modalidad de *término fijo* de 11 meses, que se prorrogó en dos opoprunidaddades y terminaría el 6 de agosto de 2019, de lo cual resulta oportuno el preaviso entregado a la trabajadora el 3 de julio de 2019.

De las declaraciones de LUZ MELBA ACUÑA FUENTES y LEONEL MATEUS SEGURA este último como persona natural y representante legal de AZ COLORS S.A.S. se deduce que si bien la demandante ingresó a laborar el 2 de octubre de 2017 y que desde esa fecha le fueron pagados salarios, prestaciones y aportes a seguridad social (lo que se demustra con los documentos allegados por la misma demandante, ver páginas 29 a 96 del archivo 13), a partir del 6 de octubre de 2017 las partes suscribieron un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año cuyo texto se aportó al plenario y sobre cya existencia declararon los testigos JEFERSON JOHAN FAJARDO RUEDA, JOAN ANDRÉS PÁEZ HERRERA, YEIMY BIBIANA VERA, quienes coincidieron en afirmar que en el año 2019 la empresa cambio su razón social de L& M CIA LTDA a AZ COLOR SAS en virtud de lo cual cambiaron los contratos de trabajo únicamente en lo relacionado con la razón social, labor que fue realizada por la misma demandante como directora administrativa de AZ COLOR SAS y por instrucción de los demandados.

Al plenario las partes allegaron dos versiones del contrato de trabajo suscrito en el año 2019 con la inclusión de la razón social AZ COLOR SAS, valga señalar que tanto el contrato allegado por la demandante como el aportado por los demandados tienen como fecha de inicio el 6 de octubre de 2017, duración de once (11) meses y fecha de vencimiento 6 de septiembre de 2018. La copia del contrato aportado por los demandados con la contestación a la reforma de la demanda que se titula *CONTRATO LABORAL AZ COLOR SAS CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TERMINO FIJO INFERIOR A UN AÑO No. 0099*, (ver páginas 26 a 29 archivo 01), se encuentra suscrito tanto por la demandante como por la empresa, y de él cual se obtiene certeza sobre las condiciones en que se pactó la relación a partir del 6 de octubre de 2017 en la modalidad de *término fijo*.

Frente a las certificaciones laborales que fueron aportadas por la demandante de fechas 17 de abril de 2018, 23 de agosto de 2018 y 2 de marzo de 2018 (ver páginas 16 y 18 archivo 01), se precisa que fueron elaboradas por ella misma, quien desempeñaba el cargo de directora administrativa, y su contenido resulta contradictorio con lo consignado en el contrato de trabajo vigente para la época de elaboración pues indican vinculación mediante contrato a *término indefinido* desde el 4 de octubre de 2017, lo que les resta valor probatorio.

Así las cosas, ningún reparo merece al Tribunal la setencia de primera insgtancia que absolvió a los demandados pues, se repite, resulta claro de la evidencia aportada que las partes acordaron válidamente un contrato de término fijo inferior a un año, sin ánimo de defraudar o menoscabar los derechos de la trabajadora pues el cambio se dio 4 días después de iniciada la relación y la relación de trabajo duró 22 meses, y que la demandad preavisó la terminación oportunamente.

(i) INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO y SANCION MORATORIA. Como la terminación del contrato por vencimiento se anunció en carta de fecha 3 de julio de 2019 (ver página 13 del archivo 01) y el contrato finalizaba el 6 de agosto de esa anualidad, no hay lugar al pago de indemnización algúna por despido, pues finalizó por una causal legal según las reglas de los artículos 61 y 47 del CST.

Tampoco hay lugar al pago de INDEMNIZACIÓN MORATORIA, pues el artículo 65 del CST impone esta sanción al empleador que demora el pago completo de los salarios y las prestaciones que se hubieran causado con ocasión del vínculo laboral, y durante la relación le fueron pagadas a la demandante la totalidad de las acreencias laborales por salarios y prestaciones sociales, hecho que no fue objeto de controversia en el proceso, y que ella misma reconoció al absolver el interrogatorio de parte.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

RESUELVE

1. **CONFIRMAR** la sentencia apelada.
2. **SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE MARTHA EUGENIA DEL CORRAL FERNÁNDEZ CONTRA UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito según lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para estudiar el recurso de apelación interpuesto por la demandada y en el grado jurisdiccional de CONSULTA a su favor, la sentencia proferida el 10 de julio de 2023 por la Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá que CONDENÓ a la UGPP a pagar a la demandante las mesadas adicionales de junio a partir del año 2017.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, MARTHA EUGENIA DEL CORRAL FERNÁNDEZ presentó demanda contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP, para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que su derecho pensional convencional se causó el 27 de junio de 1999 antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, y, en consecuencia, tiene derecho al pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce desde el 7 de febrero de 2007 cuando cumplió los 50 años de edad, en consecuencia, se ordene restablecer

liquidar y pagar la mesada catorce o mesada adicional de junio causada desde junio de 2009, debidamente indexada.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que prestó sus servicios a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por más de 20 años, siendo retirada del servicio el 27 de junio de 1999, fecha para la cual tenía más de 20 años de servicio y no había cumplido 50 años de edad. Asegura que mediante Resolución No. 5427 del 17 de julio de 2007, la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero le reconoció pensión de jubilación Convencional a partir del 7 de febrero de 2007, en cuantía inicial de $2.094.242,59 que equivale al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios a la Caja Agraria, que se cuantificó en $2.797.343,45 sin indexar la primera mesada. Indica que el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia mediante Resolución No. 606 del 14 de marzo de 2012, indexó la primera mesada pensional a la suma de $3.374.161,50 a partir del 7 de febrero de 2007, y otorgó el pago de la mesada adicional de junio, sin embargo dicha entidad, de manera unilateral, suspendió el pago de la mesada catorce desde junio de 2009 (ver demanda folios 2 a 13 del archivo No. 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada de la demanda, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP la contestó a través de apoderada judicial. Se opuso a las pretensiones declarativas y de condena. Considera que la demandante no tiene derecho a la mesada 14 pues la pensión se causó cuando se cumplieron los requisitos de edad y semanas para acceder a ella. Adicionalmente, sostiene que la pensión reconocida en el 2007 supera los 3 SMLMV de la época de lo cual resulta claro que no tiene derecho a la mesada 14. En su defensa propuso las excepciones de *prescripción, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, improcedencia de intereses moratorios e indexación y buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales* (ver contestación folios 2 a 11 del archivo No. 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de julio de 2023, a través de la cual la Juez Treinta y Siete (37) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la UGPP a pagar las mesadas adicionales de junio causadas a partir del junio de 2017, debidamente indexadas, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, y no probadas las demás. Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia concluyó que el derecho pensional no se vio afectado con la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 pues la prestación se causó cuando se retiró de la Caja Agraria, momento para el cual tenía más de 20 años de servicios. Por prescripción ordenó el pago de las mesadas de junio a partir de junio de 2017.

La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR que el derecho pensional concedió a la demandante señora MARTHA EUGENIA DEL CORRAL FERNÁNDEZ con fundamento en el parágrafo 1º del artículo 41 de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 1998-1999 se causó el 27 de junio de 1999 conforme se expuso. SEGUNDO: DECLARAR que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14 a partir del momento en que empezó a disfrutar de la prestación convencional que lo fue al cumplimiento de los 50 años de edad, 7 de febrero del 2007 en cuantía de $3.374.130,50. TERCERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción respecto a las mesadas 14 que se causaron con anterioridad al 13 de agosto del 2016. CUARTO: CONDENAR a la UGPP al reconocimiento y pago de $40.532.714,18 por concepto de mesa 14 generadas desde junio del 2017 hasta junio del 2023, suma que deberá ser indexada al momento de su pago conforme se expuso. QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandada a favor de la demandante, para el efecto se señala la suma de $1.000.000 como agencias en derecho y SEXTO: SE ORDENA surtir el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP."* (audiencia virtual del 10 de julio de 2023, récord 44:25, archivo No. 13 del expediente digital, trámite de primera instancia)

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso el apoderado de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP insiste en que no se cumplen los requisitos establecidos en el Acto Legislativo 01 de 2005 para que la actora tenga derecho a percibir la pensión sobre catorce mesadas anuales, pues adquirió el status pensional el 7 de febrero de 2007 y el valor de la prestación superó 7 SMLMV de la época. Considera que para causar el derecho pensional se deben cumplir los requisitos de edad y tiempo de servicio. Solicita que se revoque la condena en costas impuesta a esa entidad (audiencia virtual del 10 de julio de 2023, récord 46:07, archivo No. 13 del expediente digital, trámite de primera instancia)[1].

---

[1] *"su señoría por parte de esta defensa UGPP se separa respetuosamente del criterio contenido en la sentencia de primera instancia y se interpone recursos de apelación contra la misma en la cual paso a argumentar en los siguientes términos: solicito respetuosamente al despacho se conceda recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia para que la Sala Laboral Del Tribunal Superior De Bogotá revoque en su totalidad las condenas impuesta contra mi representada siendo que claramente se encuentra demostrado en el plenario que a la señora Martha Eugenia del corral Fernández no le asiste el derecho al reconocimiento de la mesada 14 o mesada adicional pagada en el mes de junio ya que como bien lo ha esbozado esta defensa desde la contestación de la demanda la consolidación del derecho pensional en la convención colectiva de trabajo 1998 1999 suscrita entre sintracrediatario y la Caja De Crédito Agrario Industrial Y Minero el artículo 41 es taxativamente que son requisitos para adquirir dicha reconocimiento pensional el tiempo de servicio de 20 años y el requisito de edad 50 años para las mujeres 55 para los hombres, por lo tanto al ser este un requisito de consolidación de la mesada pensional el mismo debe cumplirse en vigencia de la convención colectiva de trabajo y por tanto como el mismo se cumplió para el año 2007 el requisito de edad se entiende que la pensión convencional se rige por lo establecido en el acto legislativo 01 de 2005 norma que acceder a lo constitucional irradia la interpretación de todas las demás normas vigentes en el ordenamiento jurídico colombiano entre ella los contratos y los pactos entre particulares por lo tanto hacer la convención colectiva de trabajo una norma del ordenamiento colombiano se debe entender que debe ser interpretada acorde con lo establecido por la constitución en ese sentido solo se le entiende que deben pagarse las 14 mesadas al año a quienes devengan menos de tres salarios mínimos en su mesada pensional se ha demostrado que la demandante se le reconoce una mesada pensional encima de los siete salarios mínimos legales vigentes es decir que contaría abiertamente la decisión del despacho de reconocer está mesada pensional dada la constitución por lo tanto solicitamos al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral que revoque la condena impuesta al pago de la mesada pensional a la señora Martha Eugenia. Así mismo se le solicita al tribunal que revoque la condena en costas impuestas ya que como bien los procesos la misma no encuentra motivación a la sentencia ya que el despacho no acreditado que la UGPP haya actuado de mala fe o haya ejercido maniobras dilatorias al proceso para imponer la sanción en costas impuestas por lo tanto se solicita al despacho conceder el recurso de apelación interpuesto para que la sala laboral del tribunal superior de Bogotá revoque en su totalidad las condenas impuestas a mi representada muchas gracias".*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia que mediante la Resolución No. DP 105427 del 17 de julio de 2007, la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO EN LIQUIDACIÓN reconoció a favor de la demandante MARTHA EUGENIA DEL CORRAL FERNÁNDEZ pensión convencional a partir del 7 de febrero de 2007, en cuantía inicial de $2.094.242,59, con fundamento en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para los años 1998-1999, suscrita entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO INDUSTRIAL Y MINERO y SINTRACREDITARIO (ver folios 27 a 30 del archivo No. 001 del archivo No. 005 del expediente digital, trámite de primera instancia); y que mediante la Resolución 606 del 14 de marzo de 2012, el FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, indexó la pensión y reajustó la mesada pensional en la suma de $4.191.298,53 a partir del 7 de febrero de 2007 (Ver folios 22 a 26 del archivo No. 001 del expediente digital, trámite de primera instancia)

Además, según se observa en la constancia de pagos efectuados por el FOPEP aportada con la demanda, la entidad pagó la prestación sobre catorce mesadas anuales entre los años 2007 y 2008. A partir del año 2009 redujo la prestación a trece mesadas anuales (ver folios 18 a 21 del archivo No. 001 del expediente digital, trámite de primera instancia).

El Tribunal debe definir si la demandante tiene o no derecho al pago de la mesada adicional de junio o mesada catorce de su pensión.

Para resolver lo que corresponde, el artículo 142 de la Ley 100 de 1993 dispuso el pago *para todos* los pensionados de una mesada adicional a la que había creado la Ley 4ª de 1976, en el mes de junio. Así lo definió con efectos de cosa juzgada constitucional la sentencia C-409 de 1994.

Dicho derecho fue excluido del ordenamiento jurídico por el Acto Legislativo 01 de 2005, para las pensiones que se hubieran causado con posterioridad al 25 de julio de 2005, fecha en la cual cobró vigencia la enmienda constitucional.

Solo conservaron el derecho quienes hubieran causado el derecho a la pensión antes de la fecha referida.

Para definir cuando se causa el derecho, en casos como el de la demandante, el Tribunal se remite a la interpretación que hizo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia vertido en las sentencias SL1098 de 2019, SL4550 de 2018, SL526 de 2018 y SL289 de 2018, sobre el texto de la Convención Colectiva de trabajo vigente en el periodo 1998-1999 entre la CAJA DE CRÉDITO AGRARIO, INDUSTRIAL Y MINERO y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES – SINTRACREDITARIO (aportada al proceso, folios 34 a 110 del archivo No. 001 del expediente digital, trámite de primera instancia)[2]. Según dicha interpretación, la pensión de jubilación extralegal de los trabajadores de la CAJA AGRARIA se debe entender como un derecho *causado* y adquirido en el momento en que el trabajador cumple 20 años de servicios y sin que importe para el efecto la edad, pues, en palabras de la Sala Laboral, *"la edad pensional no se acordó en la aludida disposición como una exigencia concurrente con la calidad de trabajador activo de la empresa, por ende, como un requisito para la estructuración del derecho sino apenas como una condición para su exigibilidad, goce y disfrute"* (ver SL 526 de 2018, M.P. LUIS GABRIEL MIRANDA BUELVAS).

Con esta interpretación de la Sala Laboral de la Corte, el Tribunal confirmará la sentencia apelada, pues el derecho de la demandante se debe entender

[2] El artículo 41 de la Convención Colectiva referida tiene el siguiente tenor literal: "*A partir del dieciséis de enero de 1992, los trabajadores de la Caja Agraria, cuando cumplan veinte (2) años de servicio a la Caja, continuos o discontinuos, y lleguen a la edad de cincuenta (50) años las mujeres y cincuenta y cinco (55) años los varones, tendrán derecho a que la Caja les pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios (…) Parágrafo 1. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la Institución*".

causado el 27 de junio de 1999 cuando terminó su contrato de trabajo (ver antecedentes en la Resolución 105427 del 17 de julio de 2007), y ello ocurrió antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, normatividad que como se dijo dispuso la extinción del derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14 para las pensiones que no se hubieran causado.

Igualmente se confirmará la sentencia apelada en cuanto dispuso el pago de la mesada adicional de junio a partir de junio de 2017 y declaró probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas con antelación, pues la reclamación que interrumpió el término trienal se presentó el 13 de agosto de 2019 (folios 281 y 282 del archivo No. 05 del expediente digital, trámite de primera instancia) y la demanda se presentó el 26 de julio de 2021 (archivo 02 trámite de primera instancia), se trata de un a mesada que se debe pagar en junio de cada año. Adicionalmente, procedía la indexación de las mesadas adeudadas a la fecha del pago, como quiera que mantener su valor adquisitivo constituye una garantía constitucional[3].

No obstante lo dicho, se revocará la tasación en concreto el valor de las mesadas pensionales adicionales adeudadas, pues cuando se trata de prestaciones periódicas el saldo final a cargo del deudor sólo se obtiene en el momento en que la entidad hace el pago o la inclusión en nómina.

De igual manera, se debe advertir que la pensión convencional tiene el carácter de compartida con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor de la demandante. Dicho carácter se deduce del artículo 5º del Acuerdo 029 de 1985 que dispuso para las pensiones reconocidas en forma voluntaria con posterioridad a octubre del año 1985 el carácter de *compartidas* con las pensiones de vejez que otorgue en el futuro el Sistema, y así lo ratificó el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990 al advertir para las pensiones extralegales –en general- tienen dicho carácter.

[3] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL359-2021 Rad. 86405 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Se confirmará la condena en costas a la UGPP, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió con en el caso bajo estudio (ver contestación archivo 05 del expediente digital).

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** el numeral CUARTO de la sentencia de primera instancia, en cuanto definió un valor concreto para el retroactivo de las mesadas pensionales adicionales causadas.
2. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, advirtiendo que la pensión convencional a cargo de la UGPP tiene el carácter de pensión *compartida* con la pensión de vejez que reconozca o haya reconocido COLPENSIONES en favor de la demandante, y por ello, el pago de la mesada catorce a cargo de la demandada será la *diferencia* que se genere entre la mesada adicional de junio a cargo de la UGPP y la mesada adicional de junio que esté pagando o llegue a pagar COLPENSIONES.
3. **SIN COSTAS** en segunda instancia.

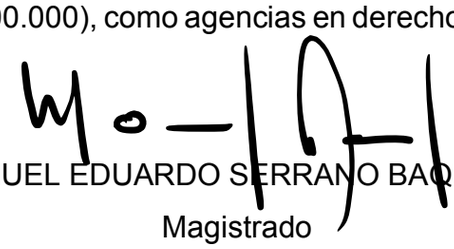
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE LUNA ESPERANZA COMBARIZA SÁNCHEZ CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y PORVENIR S.A.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia dictada el 4 de agosto de 2023 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, por la cual se NEGÓ la anulación o declaración de ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, LUNA ESPERANZA COMBARIZA SÁNCHEZ presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare nula o ineficaz *su vinculación y traslado* del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por DAVIVIR hoy PROTECCIÓN, así como el posterior traslado a PORVENIR, por cuanto ningún asesor de las AFP la *asesoró, explicó* o informó sobre los formularios de afiliación, sus beneficios o consecuencias, simplemente su jefe inmediato le pidió que firmara los documentos que él mismo diligenció. En

consecuencia, pide que se condene a PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES la totalidad de valores recibidos con su correspondiente indexación, aumentos y rendimientos, y a esta última a reconocer el tiempo laborado y emitir su historia laboral actualizada (ver demanda folios 1 a 17 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

PORVENIR S.A., se opuso a las pretensiones y condenas que la involucren. Precisa que a la demandante se le debe aplicar la restricción contenida en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003, y que el traslado del régimen de prima media con prestación definida, de acuerdo con lo que se reporta en el certificado de ASOFONDOS, se efectuó en el año 1995 con ING, hoy PROTECCIÓN. En todo caso, asegura que la afiliación suscrita por la demandante con ese fondo el 20 de abril de 2001 fue producto de una decisión libre e informada después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones que tenía y sobre el funcionamiento del RAIS y las condiciones pensionales, tal como se aprecia del formulario de afiliación, documento *público* en el que se dio la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993 y que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del C.G.P. y 54 A del C.P.T., de allí que su vinculación se considera válida conforme al artículo 60 de la Ley 100. Además, dice que el vicio del consentimiento deriva en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación, como lo dispone el artículo 1741 del C.C., vicio que en manera alguna logra probarse en el asunto. Refiere que tampoco procede la ineficacia a la que refiere el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, toda vez que ésta opera frente a actos que impidan o atenten contra el derecho de afiliación al sistema, esto es, conductas dolosas que en este caso ni se alegan ni se acreditan por la parte actora. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (ver contestación folios 2 a 25 del archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES también se opuso a las pretensiones de la demanda con fundamento en que el traslado de la demandante se efectuó en cumplimiento de lo establecido en el artículo 2 de la Ley 797 de 2002. Considera que *resulta inverosímil* que 20 años después de su afiliación al RAIS y luego de encontrarse a menos de 10 años para solicitar la pensión, solicite el traslado de régimen aduciendo un engaño por parte del fondo de pensiones. En su defensa propone las excepciones que denominó: *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento*, prescripción, *presunción de legalidad de los actos administrativos*, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho, innominada o genérica y *no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público* (ver contestación folios 2 a 21 del archivo 05 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A. se opuso igualmente a las pretensiones, en especial, a que se declarare la nulidad o ineficacia del traslado que efectuó la demandante a ese fondo, en razón a que se trata de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo conforme al formulario de vinculación que en forma libre y espontánea suscribió y con el que se solemnizó su afiliación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato y que generó derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada. Asegura que el acto jurídico cumplió todos los requisitos de existencia y validez, y produce todos los efectos jurídicos. Estima improcedente para la demandante soportar la ineficacia en sus expectativas económicas respecto del valor de su mesada pensional por vejez, pues la forma como se liquida la pensión en ese régimen está prevista en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir*, buena fe, prescripción, *aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones,* innominada o genérica, *reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de la administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente*

sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones (ver contestación folios 1 a 20 del archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 4 de agosto de 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá NEGÓ la anulación o declaración de la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión estimó que a pesar que en el formulario diligenciado en 1995 se incluyó el nombre de un asesor, la demandante indica puntual y reiterativamente que no interactuó con ningún promotor de la AFP DAVIVIR y que el formulario se diligenció a instancia del empleador, por lo que, en consecuencia, el proceso de afiliación no se dio en un escenario de *promoción* de la afiliación, sino en el marco de las previsiones que legal y reglamentariamente regulaban el proceso de afiliación o traslado de régimen pensional. Citó para el efecto jurisprudencia del Tribunal Superior de Bogotá.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: ABSTENERSE de declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la señora LUNA ESPERANZA COMBARIZA SÁNCHEZ con destino al RAIS lo anterior por lo señalado en la parte motiva de esta sentencia. Igualmente, pues abstenerse de declarar una nulidad de su afiliación al RAIS en la forma deprecada SEGUNDO: EXCEPCIONES. Dado el resultado del juicio el despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. TERCERO: COSTAS. Estarán a cargo de la demandante. En firme la presente providencia por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyéndose como agencias en derecho la suma de $250.000 pesos en favor de cada una de las accionadas. CUATRO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, consúltese con el superior"* (Audiencia virtual, récord 1:11:39, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, el apoderado de la demandante alega que el hecho de que el formulario se haya suscrito con el empleador en manera alguna releva al fondo

de pensiones del cumplimiento de su deber de informar cuáles eran los beneficios y pormenores de la afiliación. Asegura que la sentencia desconoce el precedente vertido por la Corte Suprema de Justicia[1] (Audiencia virtual, récord 1:12:59, archivo No. 24 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

---

[1] *"En el presente caso y en oportunidad legal interpongo respetuosamente recurso de apelación en contra de la decisión tomada por parte de su despacho teniendo en cuenta que se basa la absolución frente a que en ese momento DAVIVIR no estaba realizando un tema de promoción directamente y que por esa razón mi representada no, digamos que a las demandadas no les tenían o no tenían la obligación del deber de información su señoría sin embargo su señoría no se puede predicar que no se estaba realizando un tema de promoción cuando la misma compañía o la misma empresa que le realizó la solicitud a mi representada para que firmara tenía formularios de DAVIVIR y si tenía formularios de DAVIVIR también DAVIVIR tendría la obligación en ese momento de entregar los formularios de información por tal razón su señoría es un escenario de promoción ahora si no fue un escenario de promoción al desaparecer escenario promoción entonces mi representada no tendría derecho a recibir una información por parte de la entidad de ahorro individual es ahí la pregunta que nos responde la misma jurisprudencia en sentencia 2013 275 magistrado ponente Javier Tamayo Tabares que establece aquí se habla un tema de nulidad pero pues ya la jurisprudencia lo ha cambiado por el tema de la ineficacia que establece que las administradoras de fondos de pensiones deben al momento del traslado deben entregar una información clara precisa de las condiciones pensionales que podrá tener el afiliado en este momento sus señoría ni en el momento posterior DAVIVIR entregó dicha información este argumento lo respalda la sentencia SL 5686 del año 2021 y la SL 5688 del mismo año su señoría y no es más que esa decisión debe ser de manera informada debe generar un cambio de antecedente en el acto jurídico eficaz de que esa promoción ese traslado haya sido de manera consciente como podemos observar dentro de la presente liquidez mi representada argumento que si bien le hicieron firmar unos documentos y si bien se logra evidenciar dentro del mismo expediente que existen dos afiliaciones dos documentos de afiliaciones uno del año 95 y otro año 97 por la misma DAVIVIR eso lo que genera es evidenciar que efectivamente DAVIVIR contaba con un tema de promoción dentro de la misma compañía demostraba de que efectivamente se estaban realizando formularios y los hacían firmar porque sí sin hacer ninguna pregunta y sin ninguna observación como lo manifestó el señor juez para esa época mi representada tendría 28 o 29 años señoría en ese momento pues el desconocimiento por parte de ella frente a qué trámite pensional era beneficioso pues no lo tenía claro y era obligación por parte de las entidades hoy demandadas hacerle saber a mi representar cuál eran los beneficios y cuáles eran los pormenores que podía tener a una vinculación de esta índole su señoría también su señoría el aquí suscrito manifiesta que el despacho se alejó de la línea jurisprudencial teniendo en cuenta que esta o esta condición de ineficacia se debe realizar de manera libre y voluntaria pero se evidencia que no lo realizo de manera libre y voluntaria porque no se llega a ninguna prueba por parte RAIS de que efectivamente haya realizado en debida forma este derecho de información y ahora más si se desconoce o sea si se pierde y no existe esa motivación de promoción por parte RAIS no se puede aplicar de que entonces no tuve la obligación de dicho derecho de veracidad y de responsabilidad por parte del RAIS de asesorar a mi representada por tal razón su señoría solicitaría a los honorables magistrados se revoque la presente decisión la cual será motivada judicialmente ilegalmente dentro de los alegatos de alzada con el fin de que no vulnere ese derecho fundamental se podría llamar a mi representada y que con ocasión pueda obtener a futuro una pensión de todos los ahorros que en toda su vida ha realizado y que hoy el RAIS no se los estableciendo muchas gracias".*

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

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 29[2] años de edad y había cotizado 88,1[3] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicio (tenía 1 año, 6 meses y 8 días[4]), y para la fecha de presentación de la demanda se encontraba a menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión (tenía 55 años de edad- ver folio 41 y 176 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [5], [6]. Para la Corte los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las

---

[2] Nació el 29 de junio de 1966.

[3] Ver historia laboral expedida por el ministerio de hacienda y crédito público, folio 115 a 116 del archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia.

[4] Ibídem.

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

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

circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

Acatando la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte y dejando a salvo el criterio del magistrado ponente, como se dijo, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia que absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra para en su lugar declarar -en las mismas palabras usadas por la Corte- la *ineficacia* del traslado de régimen del demandante, y dictar las condenas que corresponden con el criterio que en esta materia trazó la Corte Suprema de Justicia, pues PROTECCIÓN S.A. (antes DAVIVIR) no probó haberle brindado *toda la información pertinente* del Sistema en el momento en que suscribió el documento de traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, como lo exige la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y por ello no se puede entender que hubo un *"consentimiento informado"*.

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, al momento de su vinculación a una institución educativa le fue entregado el formulario de afiliación el que procedió a firmar, pero nunca tuvo contacto alguno con ningún asesor de la AFP (Audiencia virtual, archivo 24 del expediente digital, trámite de primera instancia, minuto 5:48).

En el criterio de la Corte que esta Sala está obligada a aplicar, la falta de asesoría no subsana una deficiencia en la información que debió entregar el fondo de pensiones en el momento del traslado de régimen pensional; por el contrario, la corrobora. Como en la demanda se afirmó una *falta* al deber de información, tal materia o hecho sí formaba parte del litigio y se debía decidir en la sentencia con base en los lineamientos fijados en el precedente de la Corte, como se hace en esta sentencia.

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

En consecuencia, se declarará la ineficacia del traslado del demandante y se condenará a la AFP PORVENIR S.A., en la forma como lo definió la Sala Laboral de la Corte, a la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad incluyendo cotizaciones y rendimientos, y la *suma* destinada para garantizar la pensión mínima, así como los gastos de administración y montos de las primas previsionales sin que sea posible descontar suma alguna por cualquier causa, a cargo de aquella y de PROTECCIÓN S.A. por el tiempo en el que la demandante estuvo afiliada con ese fondo (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las

comisiones)[7] conforme a lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8], los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL-1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera correrán a cargo de las demandadas.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia de primera instancia.
2. **DECLARAR** la ineficacia del traslado de LUNA ESPERANZA COMBARIZA SÁNCHEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.
3. **CONDENAR** a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. –actual administradora a la que se encuentra afiliada la demandante- a trasladar los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y los gastos de administración de la cuenta de la demandante, debidamente indexados,

---

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

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

con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

4. **CONDENAR** a PROTECCIÓN S.A. a devolver, debidamente indexados, los gastos de administración y las comisiones pertenecientes a la cuenta de la demandante, a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.
5. **DECLARAR** que bien puede COLPENSIONES obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que se le causen por asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en las omisiones en las que incurrieron los fondos de pensiones.
6. **COSTAS** en primera instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
7. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE LUIS FERNANDO CUELLAR VARGAS CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver el recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a su favor, la sentencia dictada el 9 de agosto de 2023 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se reconoció al demandante indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, LUIS FERNANDO CUELLAR VARGAS presentó demanda contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES para que mediante los trámites de un proceso ordinario laboral se ordene a la demandada el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión debidamente indexada.

Como fundamento de lo pedido afirma que desde el 1 de febrero de 1972 se afilió al extinto ISS, hoy COLPENSIONES, y cotizó a pensiones 266.29 semanas. Nació el 4 de mayo de 1952 y cumplió 62 años de edad el mismo día y mes del año 2014. COLPENSIONES le negó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en resolución SUB 79767 del 26 de marzo de 2020 al considerar que recibe pensión de jubilación a cargo de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA S.A.

Afirma que no percibe pensión de jubilación alguna (ver demanda de folios 2 a 5 archivo 01 trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó la demanda a través de apoderado. Aceptó algunos hechos y dijo no constarle los demás. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones afirmando que conforme la consulta realizada en la base de datos del Ministerio de Hacienda en la sección de Bonos Pensionales, se encontró que el asegurado recibe una pensión de jubilación a cargo de del EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA SA, empresa del Sector Público, que resulta incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada. Propuso como excepciones de fondo: *prescripción, cobro de lo no debido*, *buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho y la genérica* (ver contestación de folios 3 a 11 archivo 09 trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 9 de agosto de 2023, a través de la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá CONDENÓ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a *pagar* la indemnización sustitutiva reclamada debidamente indexada. Para tomar su decisión, el Juez no encontró probado por COLPENSIONES que se hubiera reconocido pensión de jubilación al demandante y en todo caso considera que dicha prestación no sería incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues tendría origen en los tiempos de servicio prestados a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA.

La parte resolutiva tiene el siguiente tenor literal: *“PRIMERO: DECLARAR que al demandante LUIS FERNANDO CUELLAR VARGAS le asiste el derecho a que la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES le reconozca y pague la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez prevista en el artículo 37 de la ley 100 de 1993 por cotizaciones comprendidas entre el 20 de febrero de 1982 y el 31 de marzo del 2013 en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagarle al demandante la suma de*

$2.785.942 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la forma reseñada en la parte motiva de esta sentencia, suma que deberá pagarse de manera indexada tomando para el efecto el IPC que certifica el DANE de acuerdo con la fórmula índice final sobre índice inicial por valor histórico que corresponde al valor de la condena igual a valor indexado, así como índice inicial se deberá tomar el correspondiente al del mes de julio del año 2023 y como índice final de la fecha en que se efectúe el pago de la indemnización que se ha cuantificada, todo lo anterior por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. TERCERO: EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio se declara no probadas las propuestas respecto de la condena infligida. CUARTO: COSTAS a cargo de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, en firme la presente providencia por secretaria practíquese la liquidación de costas teniendo en cuenta como agencias en derecho la suma de $300,000 en favor del demandante. QUINTO: SI NO FUERA apelada oportunamente la presente sentencia consúltese con el superior." (Audiencia virtual del 9 de agosto de 2023 min 27:55 archivo 16 trámite de primera instancia del expediente digital).

RECURSOS DE APELACIÓN

En recurso, la apoderada de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia. Reitera que en la consulta realizada en la oficina de bonos del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO se encontró que el demandante goza de una pensión de jubilación a cargo de la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA y le corresponde al propio demandante desvirtuar este hecho. Por virtud del artículo 128 de la Constitución Policita esa prestación resulta incompatible con la aquí reclamada. Pide que se revoque la condena en costas impuesta a esa entidad (Audiencia virtual del 9 de agosto de 2023 min 30:12 archivo 16 trámite de primera instancia del expediente digital)[1].

[1] *"Su señoría interpongo amablemente recurso de apelación el cual procedo a sustentar en el presente caso a la parte demandante le corresponde aprobar que no estaba recibiendo ninguna prestación por parte de la empresa alcantarillado Cúcuta S.A., situación y que en las condiciones que dejo sustentada el demandante por parte de mi apoderada cada vez que reitero que mi representada corre con el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva al demandante ya que se encontró en la base de datos en el ministerio de hacienda en la sección de bonos pensionales el actor se encontraba gozando una pensión de jubilación a cargo de la empresa de acueducto de alcantarillado de Cúcuta s.a en ese sentido teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 128 de la constitución política en el artículo 19 de la ley 4 de 1992 y el inciso 4 y 17 de la ley 59 de 1999 únicamente resulta procedente el*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fueron objeto de discusión los siguientes hechos relevantes a la decisión que tomará el Tribunal: (i) que el demandante cotizó al RPM administrado por el ISS, hoy COLPENSIONES, un total de 266,29 semanas de aportes entre el 20 de febrero de 1982 y el 31 de marzo de 2013, a través de varios empleadores del sector privado (ver historia laboral actualizada a folio 224 a 227 en expediente administrativo archivo 09).

El Tribunal debe definir (artículo 66-A y 69 del CPTSS) si procede o no el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

Para resolver la controversia, el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 dispone que *"las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas, y declaren su imposibilidad de continuar cotizando, tendrán derecho a recibir, en sustitución, una indemnización equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas; al resultado así obtenido se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado"*.

Con base en esta norma y dado que la demandada no acreditó el reconocimiento de una pensión de jubilación en favor del demandante, ni probó que aquella fuera incompatible con la prestación reclamada, se confirmará la sentencia de primera instancia. Se probó que el demandante

---

reconocimiento simultaneo de otra prestación toda vez que resulta legalmente incompatible ahora bien en caso de que no se acceda apelación solicito amablemente no se condene en costas a mi apoderada toda vez que el artículo 48 de la constitución política describe que no se podrá destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de seguridad social para fines diferentes a ella en este punto resalto por parte de este artículo en el que se refiere no se podrán destinar los recursos para fines diferentes a ellos por lo cual es dable interpretar que el pago en costas seria en encontrar de esta perspectiva constitucional en este sentido solicito amablemente al honorable tribunal se absuelva a mi representada de todas las pretensiones incoadas en su contra.".

cumplió 62 años el 4 de mayo de 2014[2] y sólo cotizó 266.29 semanas[3] (no alcanzó las 1300 mínimas requeridas -artículo 34 de la Ley 100 de 1993-). De la resolución SUB 79767 de 2020 se concluye que el 3 de febrero de 2020 realizó solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva y que la última cotización al Sistema fue en el periodo de agosto de 2013, de lo cual se desprende su manifestación de no seguir cotizando[4].

No obra prueba suficiente de una eventual pensión de jubilación que estuviera devengando el demandante y, de todas formas, la demandada no demostró que en dado caso aquella fuera incompatible con la indemnización sustitutiva. Por el contrario, de las pruebas aportadas se deduce que las cotizaciones sobre las cuales se liquidó la indemnización sustitutiva fueron aportadas por el demandante con empleadores del sector privado (SANCHEZ B ALVARO Y OTRO, COOP TRAB DE ECOPETROL LTDA, METALICAS LA UNION LTDA y ASIGNAR LTDA) y la pensión que se aducen incompatible se afirma reconocida por EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE CÚCUTA, respecto de cual no figuran aportes al Sistema.

Para tasar el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez establecida en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 establece que *"se aplicará la siguiente formula: I = SBC x SC x PPC. Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento"*. Sobre la última variable, y en caso de que con anterioridad a la Ley 100 de 1993 la administradora no manejara

[2] Nació el 4 de mayo de 1952 (folio 14, archivo 01 del expediente digital).

[3] Historia Laboral expedida por Colpensiones actualizada al 3 de febrero de 2020, archivo 09 expediente administrativo.

[4] Historia laboral actualizada a folio 224 a 227 en expediente administrativo archivo 09.

separadamente las cotizaciones de riesgos de vejez, invalidez y muerte por riesgo común de las correspondientes al riesgo de salud, la misma norma establece que se tomará el 45,45% del total de la cotización efectuada.

El Tribunal hizo la liquidación pertinente teniendo la totalidad de semanas cotizadas que figuran en la historia laboral aportada por COLPENSIONES[5], actualizando la base de liquidación y obtuvo una suma superior a la que obtuvo el juez, valor que n o se puede modificar por estar conociendo la segunda instancia en apelación y/o consulta a favor de la entidad demandada.

OPERACIONES ARITMÉTICAS

Periodo	Días Cotizados	IBC	Índice Inicial	Índice final	IBL indexado	IBL diario indexado	Porcentaje de Cotización
feb-72	29	$450	0,14	126,03	$405.096,43	$391.593,21	4,50%
mar-72	31	$450	0,14	126,03	$405.096,43	$418.599,64	4,50%
abr-72	30	$450	0,14	126,03	$405.096,43	$405.096,43	4,50%
may-72	31	$450	0,14	126,03	$405.096,43	$418.599,64	4,50%
jun-72	30	$450	0,14	126,03	$405.096,43	$405.096,43	4,50%
jul-72	31	$450	0,14	126,03	$405.096,43	$418.599,64	4,50%
ago-72	1	$450	0,14	126,03	$405.096,43	$13.503,21	4,50%
may-77	31	$2.430	0,36	126,03	$850.702,50	$879.059,25	4,50%
jun-77	30	$2.430	0,36	126,03	$850.702,50	$850.702,50	4,50%
jul-77	31	$2.430	0,36	126,03	$850.702,50	$879.059,25	4,50%
ago-77	31	$2.430	0,36	126,03	$850.702,50	$879.059,25	4,50%
sep-77	30	$3.300	0,36	126,03	$1.155.275,00	$1.155.275,00	4,50%
oct-77	31	$3.300	0,36	126,03	$1.155.275,00	$1.193.784,17	4,50%
nov-77	30	$3.300	0,36	126,03	$1.155.275,00	$1.155.275,00	4,50%
dic-77	31	$3.300	0,36	126,03	$1.155.275,00	$1.193.784,17	4,50%
ene-78	31	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$914.387,87	4,50%
feb-78	28	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$825.898,72	4,50%
mar-78	31	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$914.387,87	4,50%
abr-78	30	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$884.891,49	4,50%
may-78	31	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$914.387,87	4,50%
jun-78	30	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$884.891,49	4,50%
jul-78	31	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$914.387,87	4,50%
ago-78	31	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$914.387,87	4,50%
sep-78	30	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$884.891,49	4,50%
oct-78	31	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$914.387,87	4,50%
nov-78	30	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$884.891,49	4,50%
dic-78	31	$3.300	0,47	126,03	$884.891,49	$914.387,87	4,50%

[5] Archivo GRP-SCH-HL-2020_2678592-20200226103653 del expediente administrativo, carpeta04 del expediente digital, trámite de primera instancia.

ene-79	31	$3.300	0,56	126,03	$742.676,79	$767.432,68	4,50%
feb-79	28	$3.300	0,56	126,03	$742.676,79	$693.165,00	4,50%
mar-79	31	$3.300	0,56	126,03	$742.676,79	$767.432,68	4,50%
abr-79	30	$3.300	0,56	126,03	$742.676,79	$742.676,79	4,50%
may-79	31	$3.300	0,56	126,03	$742.676,79	$767.432,68	4,50%
jun-79	30	$3.300	0,56	126,03	$742.676,79	$742.676,79	4,50%
jul-79	31	$5.790	0,56	126,03	$1.303.060,18	$1.346.495,52	4,50%
ago-79	31	$5.790	0,56	126,03	$1.303.060,18	$1.346.495,52	4,50%
sep-79	30	$5.790	0,56	126,03	$1.303.060,18	$1.303.060,18	4,50%
oct-79	31	$5.790	0,56	126,03	$1.303.060,18	$1.346.495,52	4,50%
nov-79	30	$5.790	0,56	126,03	$1.303.060,18	$1.303.060,18	4,50%
dic-79	31	$5.790	0,56	126,03	$1.303.060,18	$1.346.495,52	4,50%
ene-80	31	$5.790	0,72	126,03	$1.013.491,25	$1.047.274,29	4,50%
feb-80	29	$5.790	0,72	126,03	$1.013.491,25	$979.708,21	4,50%
mar-80	31	$5.790	0,72	126,03	$1.013.491,25	$1.047.274,29	4,50%
abr-80	30	$5.790	0,72	126,03	$1.013.491,25	$1.013.491,25	4,50%
may-80	31	$5.790	0,72	126,03	$1.013.491,25	$1.047.274,29	4,50%
jun-80	30	$5.790	0,72	126,03	$1.013.491,25	$1.013.491,25	4,50%
jul-80	31	$7.470	0,72	126,03	$1.307.561,25	$1.351.146,63	4,50%
ago-80	31	$7.470	0,72	126,03	$1.307.561,25	$1.351.146,63	4,50%
sep-80	30	$7.470	0,72	126,03	$1.307.561,25	$1.307.561,25	4,50%
oct-80	31	$7.470	0,72	126,03	$1.307.561,25	$1.351.146,63	4,50%
nov-80	30	$7.470	0,72	126,03	$1.307.561,25	$1.307.561,25	4,50%
dic-80	31	$7.470	0,72	126,03	$1.307.561,25	$1.351.146,63	4,50%
ene-81	7	$7.470	0,9	126,03	$1.046.049,00	$244.078,10	4,50%
abr-85	23	$21.420	1,95	126,03	$1.384.391,08	$1.061.366,49	4,50%
may-85	31	$21.420	1,95	126,03	$1.384.391,08	$1.430.537,45	4,50%
jun-85	30	$21.420	1,95	126,03	$1.384.391,08	$1.384.391,08	4,50%
jul-85	31	$21.420	1,95	126,03	$1.384.391,08	$1.430.537,45	4,50%
ago-85	31	$21.420	1,95	126,03	$1.384.391,08	$1.430.537,45	4,50%
sep-85	30	$21.420	1,95	126,03	$1.384.391,08	$1.384.391,08	4,50%
oct-85	31	$21.420	1,95	126,03	$1.384.391,08	$1.430.537,45	4,50%
nov-85	30	$21.420	1,95	126,03	$1.384.391,08	$1.384.391,08	4,50%
dic-85	31	$21.420	1,95	126,03	$1.384.391,08	$1.430.537,45	4,50%
ene-86	31	$21.420	2,38	126,03	$1.134.270,00	$1.172.079,00	6,50%
feb-86	28	$21.420	2,38	126,03	$1.134.270,00	$1.058.652,00	6,50%
jul-13	6	$160.000	78,05	126,03	$258.357,46	$51.671,49	13,50%
DIAS COTIZADOS	**1864**	**SUMA**				**$62.958.115,75**	4,85%
SEMANAS COTIZADAS	**266,29**	**SBC SEMANAL (SUMA/DIAS COTIZADOS *7)**				**$236.430,69**	

SBC SEMANAL	SEMANAS COTIZADAS	PROMEDIO PONDERADO COTIZACIONES - PPC	TOTAL INDEMNIZACIÓN (SBC SEMANAL X SEMANAS COTIZADAS * PPC)
$ 236.430,69	266,29	4,85%	$ 3.053.005,89

Finalmente, se confirmará la indexación como quiera que mantener su valor adquisitivo constituye una garantía constitucional[6].

También se confirmará la condena en costas de primera instancia que se impuso a COLPENSIONES, pues el artículo 365 del CGP atribuye este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda, como ocurrió en el caso bajo estudio (ver contestación de folios 3 a 11 archivo 09 trámite de primera instancia).

SIN COSTAS en la segunda instancia.

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

RESUELVE

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

[6] Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, Sentencia SL359-2021 Rad. 86405 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE CONSTANZA RAMOS CAMELO CONTRA LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS, PORVENIR y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 18 de julio de 2023 por el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderado, CONSTANZA RAMOS CAMELO presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro individual efectuado a través de la afiliación a la AFP COLFONDOS y el posterior traslado a PORVENIR S.A.-, Afirma que la afiliación no se realizó de manera libre, voluntaria, espontánea y sin presiones,

y por el contrario se le indujo a error *para que existiera vicio en su consentimiento* por la falta de información o asesoría clara, cierta, oportuna, trasparente, real, objetiva y detallada, sobre las consecuencias, las desventajas o beneficios que acarreaba trasladarse de régimen, y de un fondo a otro, y por haberse realizado como una *imposición, exigencia presión o requisito para asignarle trabajo en la Compañía Colombiana de Inversiones Colseguros S.A.* En consecuencia, pide que se ordene a COLFONDOS devolver al régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPNESIONES, los valores o aportes pensionales que reposen en su cuenta pensional, y reembolsar de forma integral los gastos de administración, siguiendo las reglas del artículo 963 del C.C.; y a COLPENSIONES recibirla como su afiliada junto con las sumas provenientes del RAIS, como si nunca se hubiera efectuado algún trasado (ver demanda folios 2 a 22, archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

COLFONDOS S.A, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, sobre la declaración de ineficacia del traslado afirma que la afiliación de la demandante a ese fondo se dio de manera libre, voluntaria, espontánea y sin presiones, luego de brindar una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le expusieron las características de dicho régimen, su funcionamiento, las diferencias con el régimen de prima media, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producían los aportes en dicho régimen. Asegura que no se dan los presupuestos de los artículos 12 y 271 de la Ley 100 de 1993 para declarar la nulidad de la afiliación al sistema general de pensiones, por lo que dicha pretensión carece de fundamento jurídico y de asidero fáctico, particularmente porque la vinculación a la AFP fue libre de cualquier vicio del consentimiento y la demandante suscribió el formulario de vinculación dejando constancia de su consentimiento expreso tal como lo exige el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Sostiene que no se puede dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que se ratifica por los *actos propios de la demandante,* quien se ha traslado entre

administradoras del mismo régimen con vinculación formal al RAIS hace más de 20 años, señala que dentro del plazo que las disposiciones legales concedían para manifestar sus inconformidades o volver al régimen de prima media, no lo hizo. Formuló como excepciones de fondo las siguientes: *inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago* (ver contestación folios 3 a 30, archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, también se opuso a la prosperidad de todas las pretensiones de la demanda, con fundamento en que el traslado se realizó con plena voluntad de la cotizante quien, por decisión propia, solicitó suscribir el formulario de afiliación con COLFONDOS, cumpliendo con los requisitos establecidos en la sentencia C-1024 de 2004 y en la sentencia C-789 de 2022, que se fundan en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Asegura que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado, situación que imposibilita reactivar su afiliación en el régimen de prima media y aceptar el traslado de los aportes realizados en el RAIS. Afirma que *resulta inverosímil* que la demandante haya evidenciado las irregularidades en su traslado sin formular duda o inquietud alguna, y solo lo hizo 26 años después cuando ya se encontraba a menos de 10 años para acceder a su pensión de vejez. De comprobarse la omisión del deber de información y buen consejo, pide que se condene a COLFONDOS a tratar a la demandante conforme a las reglas del RPM incluso para el cálculo de la pensión cuando esta cumpla con los requisitos y, en consecuencia, se le absuelva de recibirla como su afiliada en el RPM para *parar el perjuicio que se está generando.* En su defensa propuso como excepciones perentorias las siguientes: "*en caso de que se demuestre la falta de la información y buen consejo se absuelva a COLPENSIONES y se condene a la AFP COLFONDOS S.A. para que trate al demandante* (sic) *conforme a las reglas del RPM*"; *aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021*, *el error*

sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, *presunción de legalidad de los actos administrativos*, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y la innominada o genérica (ver contestación folio 3 a 38 del archivo 15 del expediente digital, trámite de primera instancia)

PORVENIR, se resistió únicamente al éxito de las pretensiones dirigidas en su contra. Asegura que las afiliaciones suscritas por la demandante el 28 de agosto de 1998 con COLPATRIA, el 17 de septiembre de 2001 y 1 de junio de 2006 a HORIZONTE, fueron voluntarias, libres y espontáneas, según consta en los respectivos formularios de afiliación, además que el asesor cumplió con su deber legal de actuar en forma diligente pues al momento de la vinculación se le explicó en forma clara y comprensible las características del régimen al que deseaba trasladarse y sus diferencias del RPM no solo al momento de la afiliación, sino poniendo a su disposición todos los canales de atención, facilitando al acceso a la información sin ninguna clase de engaño o error. Aclara que la actora ha estado en diferentes fondos del RAIS por lo que conoce la naturaleza de este régimen y ha sido asesorada en varias oportunidades. Indica que no hay retroactividad en la norma para exigir obligaciones no existentes en el momento del traslado y que se configura un enriquecimiento sin causa en caso de que se ordene devolver los gastos de administración. En su defensa formuló como excepciones de mérito: buena fe, *ausencia de requisitos legales para que se declare la nulidad o ineficacia del traslado, aceptación tácita de las condiciones del RAIS*, y *enriquecimiento sin causa derivado de la omisión de la figura de restituciones mutuas* (ver contestación folio 3 a 24 del archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de julio de 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) y ordenó a las demandadas que conjuntamente adelantaran las gestiones administrativas tenientes a retornar a la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con los recursos que se hubieren recibido en el RAIS durante el tiempo en que permaneció vinculada en dicho régimen, debidamente indexado. Para tomar su decisión, el Juez de primera

instancia aplicó la jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y concluyó que COLFONDOS S.A no garantizó una afiliación libre y voluntaria caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante aquella opción que mejor se ajustara a sus intereses.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: "*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación verificada por la señora CONSTANZA RAMOS CAMELO con destino a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIÓN Y CESANTÍAS para el 1º de marzo de 1996, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y a las AFP COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, y PORVENIR S.A. que conjunta y coordinadamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y al retorno de los recursos percibidos por cuenta de la demandante en el RAIS durante el tiempo en que permaneció vinculada irregularmente en este régimen, debiendo transferirse los respectivos recursos debidamente indexados tomando para el efecto el IPC que certifique el DANE con la fórmula índice final sobre índice inicial por valor histórico que corresponde al valor de lo mensualmente girado al RAIS por cuenta de la actora de manera integral, debiéndose tomar como índice inicial el del mes en que se verificó el giro de recursos correspondiente y como índice final el del momento en que se efectúa el traslado de los mismos con destino al régimen de prima media administrado por Colpensiones, siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia para finiquitar tal procedimiento, resaltándose que el pago de recursos correspondientes se podrá ser tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante y en caso de insuficientes se pagarán con cargo de recursos propios de COLFONDOS S. A. y PORVENIR S.A. en proporción al tiempo en que la accionante haya estado afiliada en cada una de estas administradoras o de las entidades que*

por efectos societarios asumieron cada una de las AFP´s anteriores sin lugar a descuento de naturaleza alguna en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia. Cabe anotar que si luego de estas operaciones subsisten saldos en la cuenta de ahorro individual de la demandante los valores respectivos serán puestos a orden del fondo de solidaridad pensional TERCERO: EXCEPCIONES dadas las resultas del juicio el despacho declaró no probadas las propuestas frente a las determinaciones adoptadas. CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de COLFONDOS S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de $1.000.000 en favor de la demandante. SIN COSTAS a cargo de PORVENIR y de COLPENSIONES. QUINTO: Si no fuera apelada la presente sentencia, CONSÚLTESE con el superior, esto en la medida en que se han impuesto cargas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES" (Audiencia virtual, récord 42:08, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recurso de COLFONDOS, afirma que no hay lugar a devolver con recursos propios todas las sumas que hayan sido descontadas, entre ellos los gatos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexado. Frente a ello argumenta que, al declararse la ineficacia del traslado también queda sin efecto el contrato suscrito entre esa administradora y la aseguradora *por ausencia de interés asegurable,* de allí que corresponda a esta última restituir las primas recibidas; además los gastos de administración fueron distribuidos por la gestión que realiza el fondo de pensiones y se trata de dineros que no hacen parte de la cuenta de ahorro individual de la afiliada del RAIS. Sostiene que devolver esos dineros constituiría un enriquecimiento sin causa en favor de COLPENSIONES. Pide que se le absuelva de la condena en costas pues ha actuado de buena fe[1] (Audiencia virtual, récord 4:08, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[1] *"Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente me permito interponer recurso de apelación en contra del fallo de primera instancia y ante el honorable Tribunal Superior de*

En el recurso de PORVENIR S.A., pide que se revoque la condena a retornar los gastos de administración indexados, por tratarse de recursos de origen legal cuya destinación está regulada por el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y respecto de los cuales no se puede entender que perdieron valor adquisitivo, por el contrario, lograron incrementar el saldo de la cuenta con los rendimientos generados. Asevera que proceder a su devolución implicaría un enriquecimiento sin causa en cabeza de COLPENSIONES[2] (Audiencia virtual, récord 48:20, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Bogotá Sala Laboral me permito sustentar de la siguiente manera recurso de apelación que presento de manera parcial y en relación a la condena impuesta a mi representada en el numeral segundo del fallo que me permito sustentar solicitando a los honorables magistrados se absuelva a mi representada respecto de la condena impuesta en este numeral que hace relación a que COLFONDOS deba con recursos propios devolver todas las sumas que hayan sido descontadas para lo cual de dicha situación para los gastos de administración primas de seguros previsionales y porcentaje de fondo de garantía en pensión mínima debidamente indexados teniendo en cuenta que estas primas de seguros previsionales al declararse la ineficacia del traslado realizado por una afiliada y al dejarse sin efecto la estipulación ante la administradora se está también sin efecto el contrato de la administradora y aseguradora por ausencia de interés asegurable dado que si desaparece de la vida jurídica el acto de vinculación o traslado de régimen desaparece naturalmente la motivación o el interés también por cubrir los siguientes que afecten la vida y la integridad física de sus afiliados y la misma norma indica que en estos casos donde no existe interés asegurable el contrato provisional pues no produce efecto alguno le corresponde es a la aseguradora pues restituir las primas percibidas. Por lo anterior en caso de una sentencia que ponga fin a ese proceso pues se condenara a la devolución de estas primas pagadas como contraprestación legal y contractual por el seguro previsional pues no sería Colfondos la entidad llamada a realizar la devolución si no la aseguradora con la cual se contrató póliza previsional respecto a los gastos de administración estas sumas han sido re direccionadas o distribuidas a la gestión que debe desarrollar las administradoras de pensiones por lo que ese porcentaje no hace parte de la cuenta de ahorro individual del afiliado como quiera que en el rais y en el régimen de prima media la ley dispuso que ese porcentaje se creara y destinara en favor de las administradoras de fondos de pensiones por lo que si se ordena las devolución de este porcentaje pues se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa y pago a lo no debido en favor a Colpensiones en primer lugar porque esta administradora no realizo gestión alguna y en segundo lugar porque se está imponiendo doble condena a Colfondos por lo mismo en razón a que debe ordenar la devolución de los rendimientos obtenidos y a su vez los gastos de administración con los cuales la entidad pudo gestionar esa actividad crediticia de rendimientos financieros finalmente solicito a los honorables magistrados se absuelva a mi representada condena en puestas en costas por concepto de agencias en derecho teniendo en cuenta que mi representada siempre ha actuado de buena fe que se presume de toda persona natural y jurídica por mandato constitucional en la relación de afiliación que lo vincula a hoy demandante de esta manera dejo expuesto mi recurso de apelación"-

[2] "*Siendo la oportunidad me permito interponer recurso de apelación parcial contra la sentencia aquí enunciada específicamente en el numeral segundo en cuanto no hay lugar a los gastos de administrativos como cuestión adicional debe comentarse que los gastos administrativos que se condenó devolver a porvenir son de origen legal conforme a lo expuesto en el artículo 20 de la ley 100 de 1993 el cual establece que el 3% sobre el ingreso base de cotización se destinara a los gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes con eso se demuestra que los gastos administrativos recaudados y ejecutados no correspondieron a un Porvenir sino que por el contrario tiene su fundamento en la misma ley que creo el sistema pensional que conocemos por lo anterior resulta jurídicamente inviable desconocer su naturaleza y destinación cuando el legislador ha ordenado su debida recaudación y ejecución*

En el recurso de COLPENSIONES pide que se revoque la sentencia, afirma que no se puede desconocer el vínculo contractual que se generó a partir de la selección y afiliación a otro régimen pensional y las obligaciones recíprocas que ello genera, particularmente las que corresponden al afiliado conforme lo establecido en el Decreto 2241 de 2010 como consumidor financiero que le imponen el deber de adquirir información de manera autónoma. Refiere que la permanencia de la demandante en el RAIS ratifica su voluntad de aceptación de las normas que regulan ese régimen y que su regreso al RPM afecta la sostenibilidad financiera del Sistema[3] (Audiencia virtual, récord 48:20, archivo 28 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

*puesto que este rubro corresponde a un valor que estaba destinado al rais como cuestión adicional si se exige a Porvenir devolver los gastos de administración siguiendo con lo indicado en la demanda y en los alegatos **(54:22)** la indexación consiste en traer el valor presente a todos eso dineros que en su momento se pueden entender que perdieron ese valor adquisitivo sin embargo pues en el caso de estudio las sumas que corresponden a los gastos de administración que no han perdido el poder adquisitivo sino que tales gastos lograron incrementar el saldo de la cuenta de ahorros de la parte actor adicional a ello pues estos gastos como se mencionó de la capital anterior no hubiesen generado el RPM ningún tipo de rendimiento de la parte actora como lo generaron estando en el régimen de ahorro individual nótese entonces así como existe un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones más que de la parte actora puesto que no solo se está condenando la devolución de los gastos de administración sino que también se está condenando que estos sean devueltos de manera indexada como si hubiesen perdido ese poder adquisitivo pero pues no por el momento no y de situación pues que es compartida por la sala laboral del tribunal superior de Cali en una sentencia de fechada del 9 de junio 2023 en la 146 toda vez que en la misma refiere que dentro de dicha providencia enuncia lo siguiente entonces abro comillas en cuanto a la indexación en la sala considera que no hay lugar dicha imposición toda vez que con el traslado de los rendimientos se compensa la depreciación del poder adquisitivo de la moneda que se hubiese podido generado en los monumentos a retornar debido a la inflación por tal razón se revocará este ítem y en su lugar se impondrá al fondo privado retornar las sumas de dinero su respectivo rendimientos bueno finalmente pues en ese orden de ideas dejo sentado el recurso de apelación muchas gracias".*

[3] "*Muchas gracias su señoría, me permito amablemente interponer recurso de apelación en contra de la sentencia acabada de emitir procederé a sustentar en primera medida solicito amablemente al honorable Tribunal se revoque la sentencia de primera instancia, conforme los siguientes fundamentos que no debe desconocer que el vínculo contractual generado a partir de la selección y afiliación a uno otro régimen pensional genera obligaciones reciprocas tal y como lo establece el artículo 1495 del código civil en ese sentido el afiliado también tiene obligaciones como la administradora de pensiones tal y como lo ha determinado el decreto 2241 del 2010 en su artículo 4 enuncia los deberes financieros del sistemas general de pensiones. Conforme a lo anterior es evidente que el deber de información se integra por parte de obligación y asesoría y buen concejo que deben suministrar las administradoras de fondos de pensiones a los posibles afiliados pero también con la información que deben adquirir de manera autónoma los consumidores de las entidades financieras acerca de las condiciones modalidades de sistema que tiene regímenes pensionales que permitan tomar decisiones con el debido de atención que merece la decisión por ejemplo de afiliarse trasladarse o de escoger una modalidad particular acorde a las expectativas de cada afiliado. Es de señalar que la permanecía en el rais por parte de la demandante evidencia con claridad que esta acepto y se acogió a las reglas normas y procedimiento de dicho régimen pues a partir de la firma del formulario de estadía dieron como causa realizar por las normas del rais teniendo en cuenta*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

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

---

que forma vínculo contractual con dicha entidad además es evidente que se afecta el principio de la sostenibilidad financiera toda vez que son 27 años los cuales la demandante no ha contribuido con el fondo como financian las personas que han guardado fidelidad al régimen de prima media con prestación definida lo cual conlleva al detrimento patrimonial que pretende evitar el principio de la sostenibilidad financiera conforme a lo anterior es evidente que el eventual traslado del régimen pensional de la demandante afecta significativamente sistema financiero el régimen de prima media teniendo en cuenta la valoración porcentual la falta de contribución de la demandante al fondo común que financia las pensiones en el mencionado régimen y la carga que generaría a los demás afiliados por soportar un eventual reconocimiento pensional en forma en favor la demandante que resalto no ha construido un derecho pensional en el régimen de primaria con prestación definida en mérito de los expuesto solicito al honorable tribunal se revoque el fallo de primera instancia en consecuencia se absuelva a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra"

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

Bajo estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 28[4] años de edad y había cotizado 466[5] semanas, para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 7 años y 11 días)[6], y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de diez años para cumplir la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 55 años de edad- ver folio 02 del archivo 02 del expediente digital).

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

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

[4] Nació el 19 de marzo de 1967.

[5] Ver historia laboral expedida por Colpensiones, folio 9 archivo 13.

[6] *Ibídem*

asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [7], [8]. Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

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

---

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

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

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

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

En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, en una reunión general en la empresa donde laboraba, les indicaron que debían diligenciar y firmar el formulario de afiliación con COLFONDOS, entidad que hacía parte del grupo, pero no hubo como tal una asesoría, y que realizar la afiliación era obligatorio para conservar su trabajo (Audiencia virtual del 18 de julio del 2023, récord 6:17).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de COLFONDOS S.A y PORVENIR la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, sin lugar a efectuar descuento de *naturaleza alguna* como lo explicó en la parte motiva (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han*

debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES" (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993[9]), los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

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

Finalmente, se confirmará la condena en costas a COLFONDOS, pues el artículo 365 del C.G.P. impone este pago a la parte que resulte vencida en el proceso, es decir, a quien se opone a las pretensiones de una demanda y resulta derrotado en sus argumentos, como ocurrió en el caso bajo estudio.

COSTAS en esta instancia a cargo de PORVENIR y COLFONDOS

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

RESUELVE

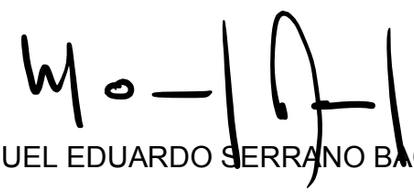
---

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

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

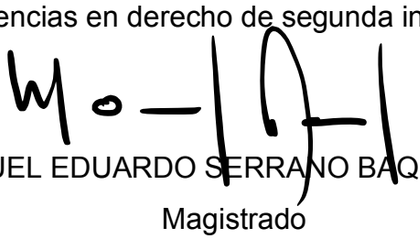


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

PROCESO ORDINARIO DE NASLY SMITH VELÁSQUEZ ZULUAGA CONTRA SUMINISTROS GLAS S.A. SUMIGLAS, RAFAEL IGNACIO VELEZ URIBE, CARLOS GABRIEL LAMBER ORTIZ y ROLANDO MARIO ROSALES GÓMEZ.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito como lo establece el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada contra la sentencia dictada el 15 de marzo de 2023 por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la naturaleza salarial de unos pagos que recibió la trabajadora y se CONDENÓ al empleador a reajustar el pago de prestaciones sociales, vacaciones, y a pagar sanción moratoria.

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, NASLY SMITH VELÁSQUEZ ZULUAGA presentó demanda, contra SUMINISTROS GLAS S.A. SUMIGLAS, RAFAEL IGNACIO VELEZ URIBE, CARLOS GABRIEL LAMBER ORTIZ y ROLANDO MARIO ROSALES GÓMEZ para que, mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se declare que entre las partes se ejecutó un contrato de trabajo de término indefinido entre el 4 de junio de 2013 y el 16 de mayo de 2017, que tuvo como último salario mensual una suma fija $3.750.000 y una suma *variable* de $1.000.000 no incluida en la base de liquidación de las prestaciones sociales y vacaciones causadas durante la relación laboral. En consecuencia, pide que se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones de la relación laboral con base en el salario real de la demandante, al pago de indemnización moratoria e indexación, y que se condene solidariamente a los socios de la demandada SUMIGLAS S.A.

Como fundamento de sus pretensiones afirma que se vinculó mediante contrato de trabajo de término indefinido con la sociedad SUMINISTROS GLAS S.A. SUMIGLAS para desempeñar el cargo de asesora comercial, y trabajó desde el 4 de junio de 2013 hasta el 16 de mayo de 2017. Recibía como salario mensual una suma fija $3.750.000 -el último mes- y un valor adicional de $1.000.000 que no fue tenido en cuenta en la liquidación de prestaciones sociales y aportes a la seguridad social. Los pagos adicionales se entregaban como *bonos Sodexo gasolina* y *auxilio de movilización*. Asegura que su empleador no pagó las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social sobre el total devengado ni lo tuvo en cuenta en la liquidación final (ver demanda páginas 8 a 20 archivo 01 y su subsanación página 151 archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Notificada la demanda y corrido el traslado legal fue contestada por SUMIGLAS S.A. a través de apoderada judicial, quien aceptó los hechos relativos al contrato y sus extremos. Los demás los negó o dijo no constarle. Se opuso a las pretensiones de la demanda afirmando que las sumas de las que se reclama inclusión en la base de liquidación de prestaciones sociales no son salario, pues se destinaron en forma libre y voluntaria por ambas partes como auxilio para el pago de gasolina o transporte, lo que se pactó en la cláusula 10ª del contrato de trabajo. Aduce que la empresa, en la vigencia de la relación y hasta su terminación, liquidó y pagó las prestaciones y *derechos sociales* que se causaron con el salario real de la demandante ($3.750.000 -último salario-) pues la suma de $1.000.000 no era salario, ni era variable, y se entregó para el desempeño de las funciones, sin retribuir el servicio, mediante el sistema de *bonos gasolina Sodexo*. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *prescripción, inexistencia de la obligación, pago, inexistencia de solidaridad y buena fe* (ver contestación archivo 04 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RAFAEL IGNACIO VÉLEZ URIBE por intermedio de apoderada también contestó la demanda. Se opuso a las pretensiones relacionadas con la solidaridad de los socios. Aduce que RAFAEL IGNACIO VÉLEZ URIBE, CARLOS GABRIEL LAMBER ORTIZ y ROLANDO MARIO ROSALES GÓMEZ como personas naturales no tuvieron ninguna vinculación con la demandante, pues el contrato de trabajo se desarrolló con SUMIGLAS S.A.- Afirma que los bonos gasolina tenían como finalidad contribuir en el desempeño de las

funciones de la trabajadora y no retribuían el servicio. En su defensa propuso como excepciones de fondo: *inexistencia de solidaridad, prescripción, inexistencia de la obligación y pago* (ver contestación archivo 13 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Mediante auto del 3 de mayo de 2022 (ver archivo 20 trámite de primera instancia), se aceptó el desistimiento de la demanda frente a los demandados ROLANDO MARIO GONZÁLEZ GÓMEZ Y CARLOS GABRIEL LAMBER ORTIZ.

Terminó la primera instancia con sentencia del 15 de junio de 2023, mediante la cual la Juez Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá DECLARÓ que los pagos efectuados bajo el rubro *bono Sodexo gasolina* entre junio de 2013 y abril de 2017 constituye salario. En consecuencia ordenó el pago de las cesantías, intereses sobre las cesantías, primas de servicios y vacaciones, indexadas al momento del pago, sanción moratoria a partir del 17 de mayo de 2017, y diferencia en los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, Declaró parcialmente probada la excepción de prescripción. Para tomar su decisión consideró que los pagos objeto de discusión fueron periódicos y se recibieron por la demandante, por lo cual se presumen salariales, y la demandada no logró desvirtuar tal presunción. Declaró probada la excepción de prescripción frente a las acreencias que se hicieron exigible antes del 1 de octubre de 2016, a excepción de las cesantías y la sanción moratoria, y frente a vacaciones las exigibles antes del 1 de octubre de 2015. Frente a los aportes a seguridad social recordó que estos son imprescriptibles.

La parte resolutiva de esta providencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO: DECLARAR que el concepto denominado bono Sodexo gasolina, pagado a la señora NASLY SMITH VELÁSQUEZ ZULUAGA, por su empleadora SUMINISTROS GLAS S.A. – SUMIGLAS S.A., entre octubre de 2014 y abril de 2017, constituye salario. SEGUNDO: CONDENAR a SUMINISTROS GLAS S.A. – SUMIGLAS S.A. al reconocimiento y pago a favor de la demandante, de las siguientes sumas de dinero: Por concepto de cesantías, $3.694.889. Por concepto de intereses sobre las cesantías, $254.053. Por concepto de prima de servicios, $749.611. Por concepto de saldo de vacaciones $976.389, debidamente indexada al momento de su pago. Por concepto de sanción moratoria, los intereses moratorios a la tasa dispuesta por la Superintendencia Financiera para créditos de libre inversión,*

sobre las prestaciones sociales adeudadas, cesantías, intereses a las cesantías y prima de servicios, desde el 17 de mayo de 2017, día siguiente a la terminación, y hasta que se verifique el pago. TERCERO: CONDENAR a la demandada SUMINISTROS GLAS S.A. – SUMIGLAS S.A. al pago de la diferencia de los aportes al Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, a favor de la demandante, ante el Fondo de Pensiones en que se encuentre afiliada, teniendo como IBC, los siguientes montos: para junio del (…), segunda quincena del 2013, $500.000; para la segunda quincena de julio del 2013, $500.000; para agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre del 2013, la suma de $1.000.000, al igual que para enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre del 2014. Asimismo octubre, noviembre, diciembre, enero, diciembre del 2014; del 2015 enero, febrero, marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto, septiembre, para octubre $210.000; para noviembre $1.000.000; para diciembre $650.000; para enero $500.000; para febrero del 2016 marzo, abril, mayo, junio, julio, agosto $1.000.000; para septiembre 850,000 pesos; para octubre $1.000.000; noviembre $1.000.000; diciembre $750.000 del 2016. Enero del 2017, $500.000; febrero del 2017 $1.000.000; marzo $1.000.000, marzo $1.300.00 perdón; y abril del 2017 $1.000.000. CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción y NO PROBADAS las demás. QUINTO: CONDENAR en COSTAS a la demandada SUMINISTROS GLAS S.A. – SUMIGLAS S.A., debiendo incluirse como agencias en derecho la suma de $500.000, teniendo en cuenta lo previsto en el acuerdo 10554 del 5 de agosto de 2016." (Audiencia virtual, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:06:10).

RECURSO DE APELACIÓN

En el recurso, la apoderada de la demandada pide que se revoque la sentencia dictada en primera instancia. Afirma que la calificación de los pagos que constituyen salario se determina por la finalidad o la naturaleza del pago y en este proceso se demostró cual era la finalidad de las sumas entregadas como bono Sodexo o auxilio de movilización, pues la misma demandante en el interrogatorio de parte reconoció que se entregaban para los desplazamientos que debía realizar en su propio vehículo para cumplir con las funciones encomendadas. Asegura que desde el inicio de la relación se determinó la remuneración de la demandante y se estableció un salario y un auxilio de transporte que después fue cambiado a bonos gasolina. Aduce que los bonos *Sodexo gasolina* solo se pueden redimir en estaciones de servicio, y por ello

la trabajadora no podía disponer libremente de las sumas entregadas, su destinación era específica y no se podía variar: el desempeño de las funciones, como lo declararon los testigos y lo demuestran las pruebas documentales que el juez no valoró. Señala que la trabajadora dispuso su vehículo particular para ejercer las funciones y éstas exigían traslados en la ciudad de Bogotá y las afueras, por lo cual se pactó la entrega del auxilio adicional. Aduce que la demandante no elevó reclamación sobre este asunto en la vigencia de la relación laboral porque tenía clara la destinación que tenía el bono desde la firma de la cláusula 10ª del contrato al inicio de la relación laboral, en la que se pactó que ese pago no constituye salario. Indica que las partes actuaron de buena fe bajo el convencimiento de que el pago no constituía salario, y el hecho que se hubiera pagado algunas veces en épocas de vacaciones de manera igual o proporcional por diferentes razones no quita su naturaleza. Solicita, en caso de confirmarse la sentencia, que se tenga en cuenta que no actuó de mala fe y pagó lo que consideraba deber a la trabajadora. En punto de la condena por aportes al sistema de seguridad social precisa que en la demanda no se elevaron pretensiones sobre este aspecto. Solicita que se imponga condena en costas contra la demandante y en favor de RAFAEL VÉLEZ, pues se despacharon desfavorablemente las pretensiones elevadas en contra de éste demandado[1] (Audiencia virtual, archivo 34 del expediente digital, trámite de primera instancia, récord 1:09:19).

---

[1] "*Señora juez, respetuosamente me permito interponer y sustentar el recurso de apelación frente a la sentencia proferida por el despacho para lo cual presentó los siguientes argumentos. La legislación laboral y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que para determinar o calificar que un pago constituya salario o no deba demostrarse por parte del empleador la existencia de políticas o condiciones adicionales a los acuerdos entre las partes o el cumplimiento de las normas que regulan la materia. Frente al particular debo llamar la atención que lo que dispone el Código Sustantivo del Trabajo y la finalidad propia de las normas que regulan las relaciones sobre lo patronales han establecido que la calificación de que pagos constituyen o no salarios se determinan por la finalidad o naturaleza del pago que se efectúa al trabajador. Contrario a la argumentación expuesta por la operadora judicial en este proceso, respetuosamente considero que la sociedad que represento sí demostró cuál era la finalidad del pago del bono sodexo; de hecho la propia demandante en su interrogatorio de parte reconoció que este pago se hacía para poder ejercer sus desplazamientos en ejercicio del cargo. Durante toda la vigencia de la relación laboral y desde la contratación propia de la demandante se estipuló una forma de retribución donde se fijó un salario y se determinó que para el ejercicio de sus funciones requería un gasto que inicialmente se denominó de desplazamiento, transporte y posteriormente cambió a bonos gasolina. Los bonos gasolina de acuerdo a la definición que se establece desde el propio Estatuto Tributario tiene una finalidad única y específica y es pagar o desembolsarse en estaciones de servicio. Contrario a lo que se tradujo por el despacho, la trabajadora no tenía la posibilidad de disponer libremente de estos dineros, sino que tenían que destinarse específicamente para el tanqueo de sus vehículos y esto era entregado no para enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, las que reitero quedaron demostrados no solamente en el interrogatorio de parte sino también con la prueba testimonial y la documental. En el contrato de trabajo se pactó entre las partes que pagos no constituían salario, pero aquí la realidad también prima sobre las formas y la finalidad del pago específico que se otorgó a la trabajadora está claro que no era retributivo del servicio, no tenían la libertad de gastarlo en lo que quisiera sino que tenía que emplearlo precisamente para cumplir con*

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

No fue objeto de controversia en esta instancia, que entre las partes se ejecutó un contrato de trabajo de término indefinido entre el 4 de junio de 2013 y el 16 de mayo de 2017 que terminó por despido sin justa causa, la demandada SUMIGLAS S.A. así lo aceptó desde la contestación de la demanda.

La controversia que debe resolver el Tribunal, en consonancia con la materia que fue objeto de apelación (artículo 66-A del CPTSS), se circunscribe a determinar (i) si los pagos realizados a la demandante bajo el rubro bono *Sodexo gasolina* -o auxilio de movilización- eran salario o no; y en dado caso, (ii) si la demandada adeuda algún valor a la demandante por reliquidación de prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social en pensiones, y/o si procede la condena impuesta como indemnización moratoria.

---

sus funciones distinto a otro tipo de bonos que se entregan que pueden canjearse en diferentes almacenes. Estos bonos gasolina tienen una finalidad específica y no pueden utilizarse, cambiarse ni canjearse en establecimientos distintos a estaciones de servicio y para el pago exclusivo de la gasolina de los vehículos. Si la trabajadora dispuso de su vehículo particular para el cumplimiento de sus funciones, si se acreditó y ella asimismo, lo manifestó en su interrogatorio de parte, además cumplía funciones que requerían trasladarse en la ciudad de Bogotá y a las afueras para desempeñar sus funciones, la ley ni la jurisprudencia han establecido fórmulas solemnes para acreditar la destinación de estos pagos y aquí quedó acreditado, no solamente con el interrogatorio, sino también con el contrato y las funciones que desempeñaba. Durante la vigencia del contrato también se estableció y se indagó no sólo aumenta a la demandante, sino también a su testigo si ella formuló alguna reclamación sobre la forma del pago o la discusión sobre él, si esta naturaleza del pago se había discutido con o previo a la terminación del contrato y la respuesta fue que no. Las partes durante la vigencia del contrato actuaron bajo la creencia del convencimiento de que este pago no constituía salario de tal forma que no pueden endilgarse un comportamiento de mala fe cuando las partes en su actuar de buena fe convinieron y lo ejecutaron así durante todo este tiempo, tan es así que cuando surgió el envío del otrosí, que el juzgado en nuestro criterio calificó equivocadamente como una prueba de mala fe; el hecho de mandarse un otrosí, para formalizar una situación del contrato, ella misma admite que desde el inicio de la relación laboral se había pactado que no constituye salario. Entonces si ese fue el convencimiento de las partes no se evidencia un actuar de mala fe por parte de mi representada, de tal forma que en el presente asunto las partes, no solamente acordaron, sino que actuaron con el convencimiento de que este pago no constituía salario, la destinación que se le dio fue precisamente para cumplir sus obligaciones y el hecho de que en épocas de vacaciones si hubiera efectuado ese pago de manera, igual o proporcional por diferentes razones, eso no le resta ni le quita su naturaleza porque finalmente el trabajador o la trabajadora en este caso lo recibía para poder cumplir con las obligaciones que tenía a su cargo y que implicaba los desplazamientos en la ciudad de Bogotá y en las afueras. De tal forma que le solicitó a los señores magistrados se revisen las condiciones de este acuerdo entre las partes y se revoque la decisión. Ahora bien, en el evento en que se confirme la decisión de la naturaleza del pago, le solicito se tengan en cuenta las argumentaciones frente a que mis representada no actúa de mala fe y por el contrario pagó lo que creyó deber a la actora. Frente a la condena al pago de los aportes, no existen en las pretensiones de la demanda formuladas pretensiones en este sentido razón por la cual, pues no existe ningún fundamento para que se profiera condena en este sentido y frente a la condena en costas y a las agencias en derecho, llamó especialmente la atención que pese a que se despacharon desfavorablemente las pretensiones frente al señor Rafael Vélez, el juzgado no impuso condena a la parte actora frente a este demandado, razón por la cual solicitó se revoque la decisión en este sentido y se profiera condena en costas y agencias en derecho a favor del señor Rafael Vélez, gracias señora juez."

(i) FACTOR SALARIAL. Para resolver si los pagos efectuados a la demandante como *bonos Sodexo gasolina* o auxilio de movilización eran o no salario, el artículo 127 del CST dispone que *todo pago* recibido por el trabajador de su empleador en dinero o en especie *como contraprestación* directa del servicio, es salario, sin que importe la forma en que se pacte o la denominación que se le dé[2].

A su vez el artículo 128 del CST, modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990 autorizó la exclusión de algunos pagos que recibe el trabajador de la base de liquidación de sus prestaciones sociales, posibilidad que –a juicio de esta Sala- solo cabe frente a una *duda razonable* que pudiera existir sobre la naturaleza salarial de los pagos excluidos, pues el pacto que deduzca de la base de liquidación de prestaciones sociales a pagos que tengan claramente las características que nuestro ordenamiento jurídico asigna al salario, implicaría una *renuncia* a derechos ciertos del trabajador y por ello sería ineficaz.

Así lo disponen los artículos 53 de la Constitución Política y 13 del CST, y lo adoctrinó la sentencia C-710 de 1996, providencia en la cual la Corte Constitucional impartió una interpretación auténtica de la Ley que tiene por ello efectos de cosa juzgada constitucional y es de forzosa aplicación para todos los jueces. Dijo la Corte Constitucional: "*La definición de lo que es factor salarial, corresponde a la forma como se desarrolla el vínculo laboral, y no a la existencia de un texto legal o convencional que lo consagre o excluya como tal, pues todo aquello que recibe el trabajador como contraprestación directa de su servicio, sin importar su denominación, es salario. En esta materia, la realidad prima sobre las formalidades pactadas por los sujetos que intervienen en la relación laboral. Por tanto, si determinado pago no es considerado salario, a pesar de que por sus características es retribución directa del servicio prestado, la Juez laboral, una vez analizadas las circunstancias propias del caso, hará la declaración correspondiente"*. Advirtió la Corte más adelante en la sentencia referida, que el artículo 128 define pagos que no constituyen

[2] Artículo 127 del CST: *"Constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas y comisiones"*.

salario, "*Sin que ello implique* –en palabras de esa Corporación- *que, en casos concretos, la Juez, una vez analizadas las circunstancias que rodean el caso puesto a su consideración, concluya que determinadas sumas de dinero que recibe el trabajador, a pesar de estar excluidas como factor salarial lo son, en razón al carácter retributivo de la labor prestada".*

Así las cosas, para decidir controversias como la que se estudia en este expediente y en armonía con lo dispuesto en el artículo 15 del CST, que permite la conciliación o transacción de derechos laborales cuando tienen naturaleza incierta y discutible, el Juez laboral no podrá otorgar validez al pacto de exclusión salarial cuando verse sobre pagos que tienen de forma *cierta e indiscutible* naturaleza salarial.

Pero una *duda razonable* sobre esta situación (la naturaleza salarial del pago), es decir, su carácter retributivo, o su habitualidad, o si constituye un ingreso efectivo en el patrimonio del trabajador, habilitará la transacción o *pacto* mediante la cual las partes saldan discusiones futuras excluyendo los pagos de naturaleza salarial *dudosa* de la base de liquidación de los derechos laborales.

Con este criterio, y una vez revisadas las pruebas aportadas al expediente, el Tribunal revocará la sentencia de primera instancia y en su lugar absolverá a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, pues se probó que las sumas entregadas a la demandante como *bonos Sodexo gasolina* y el *auxilio de movilización* no tenían carácter retributivo del servicio, ni constituían un ingreso real en el patrimonio de la trabajadora. Se probó que se entregaban por la demandada y los recibía la demandante para costear los gastos de movilización en su propio vehículo y cumplir las funciones encomendadas por el empleador.

De ello resulta por lo menos *dudosa* la naturaleza salarial que pudieran tener dichos pagos, y válido -en consecuencia- el pacto de exclusión que celebraron las partes.

El texto de la cláusula décima del contrato de trabajo es el siguiente: "*FACTORES NO CONSTITUTIVOS DE SALARIO. Cualesquiera concesiones o prestaciones extralegales que la empresa haya otorgado u otorgase en el futuro al TRABAJADOR, sea en tiempo, en dinero o en especie, se entenderá*

que constituyen meras gratificaciones o bonificaciones graciosas o voluntarias que aquella podrá suspender, disminuir o suprimir en cualquier tiempo, tales como auxilios ocasionales o habituales, Medicina prepagada, alimentación, vestuario, primas extralegales de vacaciones, de servicio o antigüedad, aguinaldo, auxilio extralegal de transporte, etc y otras semejantes o que las partes expresamente por este contrato convienen que no constituyan salario y que por lo tanto no se computaran para la liquidación de prestaciones sociales e indemnizaciones. (…) PARÁGRAFO 2: En consecuencia, cualquier bonificación o prestación extralegal que se conceda estará sujeta a la reglamentación que para cada caso expida la empresa. Por ejemplo: Primas de vacaciones y antigüedad, auxilios de maternidad, nacimiento de hijos, fallecimiento de familiares, consultas médicas, drogas, anteojos, estudios para el trabajador o los hijos, vestido y zapatos de trabajo, aporte legal voluntario al fondo mutuo e inversión, auxilio extralegal de transporte, etc. El EMPLEADOR podrá suspender, disminuir o suprimir en cualquier tiempo estas bonificaciones, estas no se computarán como parte integrante del salario a liquidar las prestaciones sociales de carácter legal." (folio 24 a 32 archivo 01, carpeta 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

En efecto, de las declaraciones testimoniales y en particular del interrogatorio a la demandante, se deduce claramente que las sumas reclamadas corresponden a lo pactado en la cláusula anterior desde la vinculación, que la demandante, como asesora comercial tenía la obligación de visitar clientes en Bogotá y en las afueras de la ciudad para dar asesoría técnica de los productos que ofrece la compañía (folios 24 a 32), y que tales actividades se desarrollaban usando su propio vehículo para lo cual estaban destinadas las sumas de dinero y/o los bonos entregados.

Así lo reconoció la misma demandante al absolver interrogatorio de parte y lo dijeron los testigos AGUSTÍN DIEZ PAJÓN, OLGA LUCÍA GIRALDO CASTAÑO y SARA SÁNCHEZ CANO, quienes agregaron que el desplazamiento afuera de las instalaciones de la empresa y las visitas a clientes ocurrían constantemente y que dicha labor se desarrollaba por la demandante usando su vehículo particular.

Se probó que lo entregado como *bono Sodexo gasolina* tenía como objeto el pago de la gasolina del citado vehículo, cuyo usa era necesario para el cumplimiento de las funciones. Así lo reconoció también la demandante al

absolver el interrogatorio de parte[3], y los testimonios referidos; además obran indicios adicionales de la finalidad señalada para los pagos, pese a que en algunos periodos se hubieran entrega durante vacaciones, lo que la demandada atribuye a un error, pues la misma demandante reconoció que durante la relación de trabajo y "*cuando entró Alejandro de contador modificó las condiciones y empezaron, que si salía de vacaciones entonces -me pagaba-, me descontaban lo de las vacaciones, que si me metían al punto de venta, entonces me quitaban los bonos porque ya no utilizaba la del carro*".

De todo ello resulta claro para el Tribunal que los pagos de bonos Sodexo gasolina y el auxilio de gasolina se hacían para la prestación del servicio y no como una retribución por dicho servicio, es decir, no tenían naturaleza salarial.

Si bien la demandante en su interrogatorio de parte aseguró no haber pactado *con José Fernando* -representante de la demandada- que el auxilio no fuera constitutivo de salario, relató que tuvo una reunión con él en Bogotá y que allí se acordó que el salario era $3.500.000 más $500.000 de auxilio de vehículo, y explicó que durante los dos primeros años estaba Juliana Vélez y le pagaron el $1.000.000 por auxilio extralegal, así como las primas, vacaciones y aportes a pensión con base a ese salario, después -dijo- cuando ingresó Sara la cambiaron a bonos, le dijeron que Chile había autorizado y no había nada que hacer y que transcurrió otro año en el que le pagaron el bono también a vacaciones hasta cuando entró Alejandro de contador y señaló que no se podía volver a pagar en vacaciones ni cuando no se utilizara el vehículo, reconoció además que lo recibido por *bono Sodexo gasolina* solo se podía utilizar para *tanquear* el vehículo y que ni siquiera se podía usar en su mantenimiento.

Debe insistir el Tribunal en que al margen de que el pago del *auxilio extralegal de transporte* se hiciera inicialmente en dinero y posteriormente a través de *Bonos Sodexo gasolina*[4] lo que resulta claro de las pruebas aportadas es que

---

[3] Min 1:12:27 archivo 33 trámite de primera instancia. A la pregunta formulada sobre si el bono se podía utilizar para fines diferentes dijo: "*uno puede pagar una batería, unas llantas con un bono, a mí solamente me tocaba tanquear*".

[4] La demandante recibió los pagos desde junio de 2013 hasta septiembre de 2014 en la suma de $500.000 de manera quincenal a título de "*auxilio de movilización (extralegal)*" tal como se desprende de los desprendibles de nómina allegados; a partir de octubre de 2014 y hasta finalizar el vínculo contractual se pagó mensualmente en el formato denominado "CONTROL BONOS" por valor de $1.000.000. De las pruebas allegadas se advierten excepciones para el mes de enero de 2017 que le pagaron $500.000, diciembre de 2016 que le fue pagado

los pagos recibidos obedecían al mismo concepto y que NO tenían carácter retributivo ni ingresaban -en realidad- al patrimonio de la trabajadora, pues se entregaban, no para su beneficio personal, sino como un medio o instrumento para el cumplimiento de las funciones encomendadas.

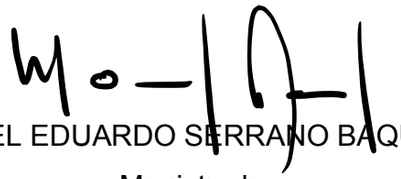
Se revocará entonces la sentencia de primera instancia y se absolverá a los demandado de todas las pretensiones incoadas en su contra.

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

RESUELVE

1. **REVOCAR** la sentencia apelada.
2. **ABSOLVER** a los demandados de todas las pretensiones de la demanda.
3. **COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandante.
4. **SIN COSTAS** en la apelación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

$750.000, septiembre de 2016 le pagaron $850.000, enero de 2016 le pagaron $500.000, diciembre de 2015 le fue pagado $650.000 y en octubre de 2015 le fue pagado $210.000 (ver páginas 37 a 131 archivo 01 y páginas 57 a 85 archivo 04 trámite de primera instancia del expediente digital), estos pagos según las testigos SARA SÁNCHEZ CANO y OLGA LUCÍA GIRALDO CASTAÑO, quienes en su momento fungieron como líder de gestión humana y contadora de la demandada, respectivamente dijeron de manera enfática que en los periodos de vacaciones no se pagaba el bono Sodexo gasolina.

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

Mag. Ponente: Dr. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO.

PROCESO ORDINARIO DE SONIA LUCILA MENESES VELOSA CONTRA LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.

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

Surtido el traslado a las partes para alegar de conclusión por escrito, como lo dispone el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, se reúne la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS y COLPENSIONES, y estudiar en grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última entidad, la sentencia dictada el 18 de julio de 2023 por la Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá. En ella se DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS).

ANTECEDENTES

Por medio de apoderada, SONIA LUCILA MENESES VELOSA presentó demanda contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A. y la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES para que, mediante los trámites de un proceso ordinario, se declare la ineficacia de su traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado el 1 de junio de 1994 a través de la AFP COLFONDOS y su posterior afiliación a SANTANDER hoy

PROTECCIÓN. Afirma que los fondos de pensiones omitieron información, *sesgando y tergiversando las consecuencias de su traslado al RAIS,* pues le indicaron que obtendría mayores rendimientos, mejor mesada pensional y a una edad más temprana, y que el ISS estaba llamado a desaparecer, sin conocer que perdería las ventajas del RPM, y con ello, dice, faltaron a su deber de información. En consecuencia, pide que se ordene a COLPENSIONES *acogerla* como su afiliada en el RPM y aceptar el traslado sin solución de continuidad y sin imponer cargas adicionales; y a *PORVENIR* (sic) trasladar la totalidad de saldo acumulado en su cuenta de ahorro individual compuesto por cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos financieros, *saldos de cuentas de rezago y cuentas de no vinculados,* los aportes voluntarios y demás emolumentos que le pertenezcan, así como los gastos de administración previstos en los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, esto es, todo tipo de comisiones, primas de seguros previsionales, porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima a cargo de su propio patrimonio, y los rendimientos que se hubieran producido de no haberse generado el traslado. Pide que se ordene también a COLPNESIONES actualizar su historia laboral y se le condene, en conjunto con *PORVENIR* (sic), a reconocer y pagar los *perjuicios materiales y morales causados con su traslado* por no haber contado con una asesoría idónea en materia pensional (ver demanda folios 1 a 42 del archivo 01 del expediente digital, trámite de primera instancia).

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

COLFONDOS S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Frente a la ineficacia del traslado aduce que la afiliación de la demandante a ese fondo se dio de manera libre, voluntaria, espontánea y sin presiones, luego de brindar una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de cambio de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le expusieron las características de dicho régimen, su funcionamiento, las diferencias con el régimen de prima media, las ventajas y desventajas, los requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión en ambos regímenes, y los derechos de rentabilidad que producían los aportes en dicho régimen y de retractación. Asegura que no se puede concluir que el traslado de régimen

es nulo pues cumplió con todos los presupuestos de ley, el formulario de vinculación contiene la firma de la demandante y allí no se estableció que existió presión o coacción alguna que viciara su consentimiento. Refiere que no es posible dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante, aunado a que no se le está vulnerando su derecho pensional pues bien puede obtener una pensión en el RAIS. En su defensa propuso las siguientes excepciones de fondo: *prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado y para solicitar indemnización de perjuicios*, compensación y pago, inexistencia de la obligación, *falta de legitimación en causa por pasiva*, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, *validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad*, *ratificación de la afiliación del actor* (sic) *al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.,* inexistencia de perjuicios, inexistencia de prueba de perjuicios (ver contestación folios 2 a 22 del archivo 10 del expediente digital, trámite de primera instancia).

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES se opuso también a todas las pretensiones de la demanda declarativas y de condena, con fundamento en que al expediente no se aporta prueba alguna de que a la demandante se le hizo incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP o que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), ni *nota de protesto* o anotación que permita *inferir con probabilidad de certeza* que hubo una inconformidad de la afiliada, por el contrario, de las documentales se observaba que su afiliación al RAIS fue libre y voluntaria, libre de constreñimientos o presiones indebidas. Asevera que en el asunto no se cumplen con los requisitos de la sentencia SU062 de 2010 y que no procede el traslado conforme lo previsto en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 por encontrarse a menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. En su defensa propuso las siguientes excepciones de mérito: *errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil*, *descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral,* caducidad, *inexistencia de causal de nulidad*, *saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en*

instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la *innominada o genérica* (ver contestación folios 2 a 40 del archivo 11 del expediente digital, trámite de primera instancia).

PROTECCIÓN S.A., también se opuso a las pretensiones de la demanda. Asegura que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo que prueba el formulario de afiliación suscrito con esa entidad en el 2001, en el que se hace constar que el acto se realizó de manera libre y espontánea, y tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones. Sostiene que la voluntad de la demandante estuvo libre de presión y engaños con lo que se desvirtúa cualquier evento que pueda viciar su consentimiento. Indica que la forma como se liquida la pensión en manera alguna hace nula o ineficaz la afiliación, pues dicha fórmula es de consagración legal. Recuerda que la demandante se encuentra a menos de 10 años para pensionarse, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para trasladarse de régimen. Formuló como excepciones de mérito las que denominó: *inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto* y *falta del juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal* (ver contestación folios 2 a 25 del archivo 18 del expediente digital, trámite de primera instancia).

Terminó la primera instancia con sentencia del 18 de julio de 2023, mediante la cual el Juez Treinta y Nueve (39) Laboral del Circuito de Bogotá, DECLARÓ la ineficacia del traslado de la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS). Para tomar su decisión, la Juez de primera instancia aplicó la

jurisprudencia trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y concluyó que COLFONDOS y PROTECCIÓN no garantizaron una afiliación libre y voluntaria, caracterizada por la entrega de una información suficiente y necesaria sobre las características, condiciones de acceso, riesgos y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, que le permitiera elegir a la demandante la opción que mejor se ajustara a sus intereses. Por el contrario, consideró que en este caso no obra medio alguno de convicción que brinde certeza sobre el suministro de una información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada, lo cual constituye una omisión del deber de información asignado a las AFP.

La parte resolutiva de dicha sentencia tiene el siguiente tenor literal: *"PRIMERO DECLARAR que el traslado que hizo la señora SONIA LUCILA MENESES VELOSA al régimen de prima media al régimen de ahorro individual, a través de COLFONDOS S.A., y con efectividad a partir del 1º de junio de 1994 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno, por lo que se deberá entender que la actora jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se traduce de la afiliación que se hizo de COLFONDOS S.A. a PROTECCIÓN S.A. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS a que transfiera a COLPENSIONES las sumas que descontó por gastos de administración, comisiones primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión mínima debidamente indexados al momento del pago. TERCERO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A a que transfiera las sumas de dinero que obran en la cuenta ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos, el bono pensional de haberse redimido, así como los gastos de administración, comisiones primas de seguros previsionales, de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima y gastos de administración. Hacia adelante, los conceptos deben ser indexados hasta el momento del pago. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES que reciba los dineros de que trata el numeral segundo y tercero, y reactive la afiliación de la demandante al régimen de prima media sin solución de continuidad. QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones presentadas por las demandadas. SEXTO: INFORMAR a Colpensiones que puede acudir a las acciones judiciales para obtener el resarcimiento de los perjuicios que pueda causar en contra de*

COLFONDOS y PROTECCIÓN en caso de que los dineros que hoy se ordenan enviar no sean suficientes. SÉPTIMO: CONDENAR en COSTAS a COLFONDOS y PROTECCIÓN dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de $1.160.000. OCTAVO: CONSÚLTESE la presente decisión por resultar algunas órdenes a cargo de COLPENSIONES" (Audiencia virtual, récord 1:19:24, archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

RECURSOS DE APELACIÓN

En el recuro de COLFONDOS, pide que se revoque la orden de devolver los gastos de administración pues el descuento que realizó durante el tiempo que administró los aportes de la demandante entre 1994 y 2001, se hizo conforme a la consagración legal, y tales dineros tenían destinación específica: la adquisición de una póliza de seguro provisional para mantener cubiertas las eventualidades de invalidez y sobrevivencia y un porcentaje para gestión y administración que realizan los fondos de pensiones con el fin de generar los rendimientos. Refiere que el artículo 7 del Decreto 3995 del 2008 es claro en precisar los conceptos que deben devolverse a COLPENSIONES en los casos de traslado entre regímenes pensionales dentro de los cuales no se encuentran los gastos de administración y, en todo caso, sobre estos procede la prescripción toda vez que no están llamados a financiar la mesada pensional. Aduce que tampoco procede la indexación porque no sufrieron depreciación alguna que deba ser compensada[1] (Audiencia virtual, récord 1:21: 39, archivo 33 del expediente digital, trámite de primera instancia).

---

[1] "*Señoría, estando en el momento procesal oportuno, me permitió presentar en recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida por su honorable despacho apartándonos de lo que manifiesta la señora juez en lo que tiene que ver en la condena impuesta a mi representada, devolver los conceptos de gastos de administración, seguros, previsionales y estos debidamente indexados, solicitándole a los honorables magistrados del tribunal superior de Bogotá se revoque esa condena impuesta a mi representada, pues debe tenerse en cuenta honorables magistrados, en primer lugar es que los descuentos que realizó Colfondos durante el tiempo que administró los aportes de la demandante. es decir, del año 94, a el año 2001 se realizaron conforme a consagración legal, pues la ley 100 lo autoriza a realizar estos descuentos adicional, pues debe tenerse en cuenta que estos descuentos que se realizan, tienen unas destinaciones específicas como lo es primero la adquisición de una póliza de seguro previsional para mantener cubiertas las eventualidades de invalidez y sobrevivencia, y otro porcentaje para lo que es la inversión y la administración que realizan los fondos de pensiones con el fin de generar los rendimientos que se encuentran o que fueron depositados por Colfondos durante el tiempo que administró los aportes de la demandante. rendimientos honorables magistrados que superan 2, 3 y hasta 4 veces lo*

En el recurso de COLPENSIONES, pide que se revoque la sentencia. Afirma que la demandante contaba con los medios y capacidades para informarse y

---

descontado por gastos de administración, por lo que es totalmente improcedente que se ordene una condena como esta a mi representada debe tenerse en cuenta honorables magistrados que el artículo séptimo del decreto 3995 del 2008 estableció por parte del legislador, que cuando hay un traslado entre regímenes pensionales cuáles son los recursos que se deben trasladar, lo que se trasladará es el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador destinados a la respectiva cuenta individual y al fondo de garantía de pensión mínima en ningún momento el legislador estableció que en momento de un traslado de régimen se debe realizar el traslado de lo descontado por gastos de administración o lo correspondiente a los seguros previsionales, asimismo, se debe tener presente que la superintendencia financiera, entidad de control y vigilancia de los fondos de pensiones estableció mediante concepto del 15 de enero del 2020, que cuando se declara la ineficacia de la filiación, procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado, que incluyen lo correspondiente a los rendimientos generados como consecuencia de la administración de los aportes efectuados por la administradora téngase en cuenta que se traslada también lo correspondiente y lo estableció también la superintendencia financiera, el porcentaje de garantía de pensión mínima en ningún momento ni el legislador ni la entidad en control y vigilancia estableció o indican que deben trasladarse los conceptos descontados por mi representada debe tenerse en cuenta honorables magistrados que Colfondos siempre actuó con real buena y manifiesta fe que generó unos rendimientos que son mucho mayores a lo descontado por gastos de administración por lo que se hace totalmente improcedente una condena impuesta a mi representada, máxime si se tiene en cuenta que Colfondos desde hace más de 20 años no administrado, no tiene ningún aporte del aquí demandante, como quedó demostrado dentro del proceso, pues la demandante se trasladó a otra afp en el año 2001 y Colfondos trasladó todos los aportes con destino a esa administradora y así que he probado mediante la certificación que se adjuntó en el proceso, por lo que el honorable magistrado le solicito de manera respetuosa revocar esta condena impuesta a mi representada es importante resaltar que estos descuentos que realizó Colfondos y que se realizan tanto en el régimen de prima media, como en el régimen de ahorro individual, son susceptibles de que se les aplique el fenómeno de la prescripción, por lo que le solicito a los honorables magistrados aplicar la excepción propuesta por mi representada en el entendido honorables magistrados que estos conceptos no entran a financiar directamente la mesada pensional y en el régimen de prima media ni en el régimen de ahorro individual, por lo que al tratarse de conceptos de tracto sucesivo sí son susceptibles de que se les aplique el fenómeno de la prescripción, por lo por lo tanto, los que no fueron reclamados dentro de los 3 años siguientes a su causación se encuentran más más que prescritos, por lo que le solicito honorables magistrados aplicarle esta prescripción a los conceptos de gastos de administración y seguros previsionales que fue descontado por mi representada. ahora bien el despacho el acto indica que se deben devolver estos conceptos de una manera indexada, pero olvida el despacho el juez de primera instancia que los aportes de la demandante, aún por estar en poder de los administradores de los fondos de pensiones del régimen de ahorro individual se están generando unos rendimientos que se encuentran y que se depositan en la cuenta de ahorro individual de la demandante y rendimientos que se van a devolver con destino a Colpensiones esos rendimientos honorables magistrados, evitan y compensan la pérdida del poder adquisitivo de dicho rubro. por lo tanto, es totalmente improcedente e innecesario que se den una indexación de esas sumas por cuanto simplemente por el hecho de estar en el régimen de ahorro individual, se van a devolver debidamente y actualizados con los rendimientos que se generan, siendo esto imponiéndosele a mi representada una doble condena o carga a Colfondos de estos conceptos debidamente indexados, generando un detrimento en contra de Colfondos y enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y a favor de la demandante, terceros ajenos que no realizaron ninguna labor administrativa o de inversión para generar esos rendimientos, por lo que le solicito de manera respetuosa revocar la condena impuesta a mi representada en el numeral dos de manera completa y no imponer ningún tipo de condena o cargada Colfondos dejó así sentado mi recurso de apelación, solicitándole al despacho, lo conceda a los honorables magistrados, revocar las condenas. gracias"

comprender lo que estaba suscribiendo y que la negativa a recibir nuevamente a la demandante como su afiliada se fundamenta en la prohibición legal contenida en el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Asegura que la declaratoria de la ineficacia afecta la sostenibilidad financiera del sistema y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados[2] (Audiencia virtual, récord 1:28:02, archivo 19 del expediente digital, trámite de primera instancia).

CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

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

---

[2] *"Muchas gracias, señora juez, por directriz expresa de la entidad que represento, me permito presentar recurso de apelación contra el fallo proferido por este despacho, solicitando a los honorables magistrados tener presente el tema de la inversión de la carga de la prueba, pues esta no puede recaer únicamente en cabeza de la AFP. codemandadas en atención a que la demandante contaba con los medios y las capacidades para comprender qué era lo que estaba firmando de igual manera, tampoco se puede considerar a la demandante como la parte débil en este proceso por cuánto tiene las capacidades para ilustrarse de asesorarse de la mejor manera se debe dejar claro que todas y cada una de las actuaciones llevadas a cabo por mi representada se encuentran permeadas de buena fe y la negativa de recibir nuevamente a la que demandante se basa única y exclusivamente a razonar con cumplimiento del deber legal de literal e del artículo 13 de la ley y el de 93, modificado por el artículo segundo de la ley 797 del 2003. lo anterior teniendo en cuenta que mi representada como entidad del estado no puede reconocer derechos y prerrogativas por mera liberalidad, puesto que la constitución política, en su artículo 346 así lo señala. Es por ello que la declaratoria ineficacia, el traslado afecta a la sostenibilidad financiera, el sistema general de pensiones y pone en peligro el derecho a la seguridad social de los demás afiliados, pues la demandante ya cumple con los requisitos para pensionarse y entraría a beneficiarse por los aportes que los demás afiliados han realizado y además permite que aquellos que por buscar otros beneficios que ofrece el rais, como lo hizo la demandante al momento de darse cuenta que no podrá acceder a dichos beneficios, se vean beneficiados con los aportes, con los rendimientos que han obtenido los afiliados del régimen de prima media que permanecieron en este régimen. de esta manera dejo sustentado mi recurso de apelación solicitando los honorables magistrados de la sala laboral del tribunal superior de Bogotá revocan la sentencia que se acaba de proferir y en su lugar absuelva mi representada."*

(15) años cotizados para la fecha en que entró en vigor el Sistema de Seguridad Social en Pensiones (1º de abril de 1994).

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

Con estos lineamientos normativos se advierte de las pruebas aportadas que, para la fecha en que se afilió al Fondo Privado de Pensiones la demandante tenía 26[3] años de edad y había cotizado 125,14[4] semanas, para la fecha de

[3] Nació el 5 de diciembre de 1967.

[4] Ver historia laboral expedida por ministerio de hacienda, válida para bono pensional, folio 78 archivo 12 e historia laboral expedida por Colpensiones, aportada con la demanda.

entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (1° de abril de 1994) no tenía 15 años de servicios (tenía 2 años, 4 meses y 19 días)[5], y para la fecha de presentación de la demandada se encontraba a menos de 10 años de cumplir la edad para adquirir el derecho a la pensión (tenía 55 años de edad - ver folio 78 del archivo 12 del expediente digital).

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

Sin embargo, y al margen del criterio que tiene el magistrado ponente y que ha expresado en diferentes providencias dictadas en el pasado, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estableció un precedente al que asignó el carácter de obligatorio acatamiento para toda la jurisdicción [6], [7]. Según dicho criterio, los jueces *deben* declarar la ineficacia del traslado cuando ocurran las circunstancias que definen las sentencias STL3382-2020, STL1452-2020 y STL3187-2020 (entre otras).

---

[5] *Ibídem*

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

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

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

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

La Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia estima necesario, no sólo una ilustración sobre las ventajas del régimen y sus características, sino también sobre las desventajas que pudiera tener la decisión en forma específica para cada afiliado. En palabras de la Sala Laboral de la Corte Suprema, el deber de brindar información "*debe ser de tal diligencia, que permita comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como prever los riesgos y efectos negativos de esa decisión*", lo que no se confesó en el interrogatorio de parte que rindió la demandante. Allí, según ilustró, que no hubo una asesoría individual por parte de Colfondos (Audiencia virtual del 18 de julio del 2023, récord 12:28).

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

También se confirmará la decisión de primera instancia que dispuso a cargo de, COLFONDOS S.A la devolución de los valores de la cuenta de ahorro individual con solidaridad de la demandante incluyendo aportes y rendimientos, así como los gastos de administración, primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados que se encuentren a cargo de esta y de PROTECCIÓN S.A. (Sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. GERARDO BOTERO ZULUAGA).

Para la Corte la declaración de ineficacia obliga a los fondos privados a devolver los gastos de administración y las comisiones con cargo a sus propias utilidades, *"pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES"* (SL 4360 del 9 de octubre de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO). Lo anterior también implica la devolución de las primas de las aseguradoras y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes (es decir, las comisiones, artículo 20 de la Ley 100 de 1993[8]), los cuales se deben devolver *"debidamente indexados"* (SL1688 del 8 de mayo de 2019, M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS y COLPENSIONES.

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

RESUELVE

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

1. **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia.
2. **COSTAS** en esta instancia a cargo de COLFONDOS y COLPENSIONES.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado



LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

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



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado